

# **CRIMES E SEGURANÇA PÚBLICA EM PERSPECTIVA**

## FGB/PEMBROKE COLLINS

### CONSELHO EDITORIAL

#### PRESIDÊNCIA

Felipe Dutra Asensi

#### CONSELHEIROS

Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)  
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)  
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)  
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)  
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)  
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)  
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)  
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)  
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)  
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)  
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)  
Glauca Ribeiro (UEA, Manaus)  
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)  
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)  
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)  
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)  
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)  
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)  
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)  
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)  
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)  
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)  
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)  
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)  
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)  
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)  
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)  
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)

ORGANIZADORES:  
ANTONIO SANTORO, DANIELLE DE ARAÚJO, THAYARA CASTELO BRANCO E  
WALKYRIA SANTOS

# CRIMES E SEGURANÇA PÚBLICA EM PERSPECTIVA



**GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS**

Rio de Janeiro, 2019

**Copyright © 2019 Antonio Santoro, Danielle de Araújo, Thayara Castelo Branco e Walkyria Santos (org).**

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi  
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi  
REVISÃO Coordenação Editorial FGB/Pembroke Collins  
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes  
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

**GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS**

Rua Pedro Primeiro, 07/606  
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ  
pembrokecollins@caedjus.com  
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Editora FGB/Pembroke Collins.

C929

Crimes e segurança pública em perspectiva / Antonio Santoro, Danielle de Araújo, Thayara Castelo Branco e Walkyria Santos (organizadores). – Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019.

480 p.

ISBN 978-65-81331-01-6.

1. Criminalidade. 2. Segurança pública. 3. Direito penal. I. Santoro, Antornio (org.). II. Araújo, Danielle de (org.). III. Castelo Branco, Thayara (org.). IV. Santos, Walkyria (org.).

CDD 343.3

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

# SUMÁRIO

UMA SIMBIOSE ENTRE A CORRUPÇÃO E CRIMES EMPRESARIAIS.....	15
<i>Julio Mariano Fernandes Praseres</i>	
O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E DOS CRIMES EMPRESARIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	30
<i>Fernando de Faveri</i>	
A LEI DO FEMINICÍDIO A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA FACE AS RELAÇÕES DE PODER COMO FATOR NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....	42
<i>Francisca Dorinez dos Santos Vicente</i>	
<i>Frank Ricardo Martins Ferreira</i>	
<i>Nilcéia Silva de Medeiros</i>	
REFLEXÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ENQUANTO INSTITUTO DE CONCRETIZAÇÃO DE PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO E SELETIVIDADE PENAL À LUZ DA TEORIA DA ROTULAÇÃO DE HOWARD BECKER.....	57
<i>Adailson Vieira da Silva</i>	
TRABALHO PRISIONAL: OCUPAÇÃO POSITIVA E (IN)DISPONIBILIZAÇÃO.....	71
<i>Daniel Correa Lovatto</i>	
A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O “ESTADO DE COISAS IN- CONSTITUCIONAL”.....	89
<i>Adolfo Veiller Souza Henriques</i>	
<i>Wegna Ianni Souza Henriques</i>	

O PAPEL DA SEGURANÇA PÚBLICA NO COMBATE À CRIMINALIDADE: PARÂMETROS JURÍDICOS-POLICIAIS.....105

*José Ewerton Bezerra Alves Duarte*

*Filipe Araújo de Moraes*

*Almair Moraes de Sá*

*Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas*

POR UM PROCESSO PENAL SEM PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA..... 121

*César Augusto Ferreira São José*

LENTES E OLHARES PARA A CRIMINALIDADE: (IN)SEGURANÇA PÚBLICA EM FOCO.....140

*Nathalia Tavares Pinheiro*

POSSIBILIDADE DE ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA REALIZADO POR AUTORIDADE POLICIAL CONFORME ENTENDIMENTO DO STF..... 156

*Artur Felipe de Matos Moulie Rodrigues*

OS ENTRAVES PARA A RESSOCIALIZAÇÃO E O PRECONCEITO CONTRA O EX-PRESIDIÁRIO: DIÁLOGOS ENTRE GIORGIO E WALTER BENJAMIN.....171

*Gabriel Rodrigo de Sousa*

*Moisés Gontijo Fonseca*

DO CRIME ORGANIZADO AO ANTICRIME: COOPERAÇÃO, CORRUPÇÃO E ESTADO PARALELO..... 189

*Ithala Oliveira Souza*

A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE E A CONCRETUDE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....210

*Vanessa Maria de Oliveira Accioly Maia*

*Bruna Agra de Medeiros*

A POLÍCIA CIVIL DE SANTA CATARINA E A ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....227

*Gustavo Madeira da Silveira*

UMA NECESSIDADE DE (RE)PENSAR O CRIME PELA ÓTICA DA VITIMOLOGIA PREVENTIVA.....	243
<i>João Pedro Prestes Mietz</i>	
A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	261
<i>Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro</i>	
A DISPENSA DE PERÍCIA NOS CRIMES DE POLUIÇÃO AMBIENTAL DIANTE DA POTENCIALIDADE DE DANO À SAÚDE HUMANA.....	274
<i>Ulysses Monteiro Molitor</i>	
O DIREITO PENAL DO INIMIGO À LUZ DO SISTEMA PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	288
<i>Ulysses Monteiro Molitor</i>	
PROGRESSÃO NO REGIME DE PENA DA MULHER GESTANTE, MÃE, RESPONSÁVEL POR CRIANÇA OU PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	302
<i>Ana Paula Pessoa Brandão Chiapeta</i>	
<i>Rafael Pacheco Lanes Ribeiro</i>	
<i>Alini Pereira de Almeida</i>	
CRIME E SEGURANÇA PÚBLICA: O FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN) COMO FORMA DE ORGANIZAR O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	316
<i>Carlos Alberto Ferreira dos Santos</i>	
<i>Ronaldo Alves Marinho da Silva</i>	
ATIVIDADE POLICIAL: COMO GARANTIR UMA POLÍCIA GARANTISTA?.....	331
<i>Oswaldo Veloso Vidal</i>	
A PROBLEMÁTICA INERENTE AOS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS E O PROJETO DE LEI ANTICRIME.....	348
<i>Stephanie da Costa Vidal de Figueiredo</i>	
<i>Maicon Souza Menegatti</i>	
CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS.....	359
<i>Lorena Braga Raposo</i>	
<i>Flávio Mirza Maduro</i>	

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O USO EXCESSIVO DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO BRASIL.....374

*Robson César Durão*

*Láine Tavares Miranda*

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A DÚVIDA RAZOÁVEL DO JULGADOR NO EXERCÍCIO DE SEU PODER INSTRUTÓRIO.....388

*Robson César Durão*

*Láine Tavares Miranda*

A REVISÃO CRIMINAL NO TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....402

*Amanda D'Andrea Löwenhaupt*

CRIME PRETERDOLOSO: A DUALIDADE DO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA.....416

*Renata Muniz Moraes*

*Stephany Samantha Nascimento da Silva*

O DISCURSO CONTRA A CORRUPÇÃO COMO POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA: REFLEXÕES SOBRE A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO.....428

*Rhaysam Poubel de Alencar Arraes*

OS PERIGOS DA PARCIALIDADE IDEOLÓGICA NA APLICAÇÃO DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL.....444

*Dulce Maria da Costa Santos*

**RESUMOS.....459**

DIVERGÊNCIAS DOUTRINARIAS ACERCA DO ESTUPRO MARITAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....461

*Luiz Gustavo Tiroli*

*Alessandra Trevisan Ferreira*

*Henrique Adriano Pazzotti*

A PERPETUAÇÃO DA SITUAÇÃO COLONIAL EM CORPOS NEGROS.....466

*Luisa De Araujo Tavares*



"ESTADO-CENTAURO": UM ESTUDO SOBRE A REGRA NEOLIBERAL DE CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA.....471

*Matheus Guimarães De Barros*

INTEGRACIÓN REGIONAL E INTERNACIONALIZACIÓN DEL PROCESO: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ESPAÑOLA DE UN PROCESO PENAL COMÚN EN EL SIGLO XXI.....474

*Vivian Rodrigues Madeira Da Costa*

*Carolina Rodrigues Madeira Da Costa*



## CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
GlauCIA Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil

Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

## **SOBRE O CAED-Jus**

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

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- 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 2019, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2019)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de agosto de 2019 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos e resumos expandidos de 42 universidades e 24 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 08 livros do evento: Diálogos de direitos humanos e fundamentais, Direitos humanos e fundamentais: leituras interdisciplinares, Direito público: diálogos nacionais e internacionais, Direito privado contemporâneo, Solução de conflitos e instituições jurídicas, Crimes e segurança pública em perspectiva, Trabalho e segurança em perspectiva, Perspectivas de direito contemporâneo.

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 15 trabalhos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que alcançou mais de 90 trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2019. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Braga Lourenço (UniFG/BA), Klever Filpo (UFRRJ e UCP) e Michelle Asato Junqueira (UPM/SP). O trabalho premiado foi de autoria de Carlos Alberto Ferreira dos Santos e Ronaldo Marinho sob o título “O contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas: um olhar crítico sobre as violações dos direitos humanos em pleno século XXI”.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora FGB/Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

# UMA SIMBIOSE ENTRE A CORRUPÇÃO E CRIMES EMPRESARIAIS

*Julio Mariano Fernandes Praseres*

## INTRODUÇÃO

Os crimes de corrupção e os praticados por empresas passaram a ser mais recorrentes, no Brasil com o início da operação Lava Jato essas espécies de crimes criaram grande repercussão, sendo demonstrado que não se trata de um simples crime praticado por empresas, políticos e servidores públicos.

Na corrupção, pessoas e agentes públicos sempre buscaram uma vantagem pessoal, e nos crimes empresariais não ficaram de fora, a intenção empresarial é de se manter no mercado, e muitas empresas passam a praticar ações contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de discorrer sobre o crime empresarial, primeiro se deve ter a compreensão de que não se está imputando um crime a uma pessoa, esta catalogada como de classe alta, média ou baixa na sociedade, mas sim de crimes praticados por organizações empresariais com participação de colaboradores da gestão e de agentes públicos.

Assim, pretende-se nesse artigo demonstrar que a corrupção e o crime empresarial estão interligados, expor por meio de uma análise bibliográfica de que as ações praticadas por agentes públicos e por empresas resultam em uma simultaneidade de crimes.

Essa análise possibilitará compreender que os crimes dessas espécies também resultam em crimes de colarinho branco, pois singularmente o crime de colarinho branco é o resultado obtido por meio das ações praticadas pela corrupção e especialmente pelos crimes empresariais.

Assim, expor a simbiose entre os crimes de corrupção com os empresariais, será como demonstrar a conjectura do *modus operandi* para a prática desses crimes. Em paralelo concernirá à prática dos crimes de colarinho branco.

Desponta a atribuição da nomenclatura “oculto” na espécie de crime de colarinho branco, pois o ordenamento jurídico brasileiro legitima a prática de determinada conduta empresarial, anuindo com os resultados supervenientes.

## 1 CORRUPÇÃO E OS CRIMES EMPRESARIAIS

A corrupção é um crime que agride a todos, ataca diretamente o cidadão que contribui (in)diretamente para o desenvolvimento, qualidade de vida, segurança, educação e um meio ambiente saudável.

Com a prática de corrupção a ascensão da desigualdade é visível, inibe qualquer expectativa futura em que o cidadão comum espera de um Estado laico e democrático, essa espécie de crime tornou-se notória nos meios sociais, agora com repulsa enérgica.

A corrupção possui uma variedade de formas, grande parte da doutrina entende que se configura a corrupção através do suborno, presentes, clientelismo, nepotismo, apropriação de bens e recursos públicos, e propina.

Na legislação brasileira figura como agentes aqueles que praticam a corrupção passiva ou ativa contra a administração pública. A corrupção passiva encontra-se expressa no Código Penal em seu art. 317<sup>1</sup>, e a corrupção ativa está no art. 333<sup>2</sup> no mesmo código.

Segundo Salim e Azevedo (2017, p. 287) o crime de corrupção passiva se trata “de crime próprio, pois o tipo penal exige que o sujeito ativo seja funcionário público. o particular (extraneus) pode ser coautor ou

---

1 **Art. 317** - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

2 **Art. 333** - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: [...] A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.



partícipe, desde que conheça a qualidade de funcionário do outro agente (art. 30 do CP)”.

A corrupção ativa é um “crime comum, razão pela qual o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o funcionário público (desde que ele não aja com essa qualidade).” (SALIM e AZEVEDO, 2017, p. 347)

Essa prática passou a ter maior atenção por parte do Estado, a cobrança da sociedade fez com que houvesse uma rigidez com os agentes públicos que se sujeitam ao cometimento dessa espécie de crime.

Em correlata relação pública e privada, a empresa que necessita de uma rápida resposta do poder público, age por meio dos seus gestores numa persuasão e interação particular com agentes públicos.

Em exemplo, suponha-se que uma empresa necessite de uma licença ambiental, mas devido a características próprias do empreendimento é necessário cumprir determinadas exigências do EIA/RIMA, sabido que um agente público possui grande interesse (pessoal) na obtenção de um aparelho celular, os gestores ao ter conhecimento presenteia determinado agente público, e este em contrapartida facilita e agiliza a liberação da licença ambiental.

Veja-se que a situação fictícia expõe a prática criminosa de corrupção passiva e ativa. Tanto a corrupção e o crime empresarial passam a ter ligações, há uma simbiose, e se fosse possível catalogar em uma hierarquia, pode-se dizer que estariam no mesmo patamar de classificação.

A situação acima é vista como um crime empresarial, pois os gestores praticam a conduta delitativa em nome da empresa, assim, ocupando o poder de comando age em prol da organização.

No caso específico, a corrupção ativa foi praticada por uma pessoa física, porém, essa pessoa física está atrelada a organização empresarial, agindo a comando da empresa por interesses da cúpula gerencial.

Atualmente o critério de classificação de crime é posto conforme a política criminal criada pelo Poder Legislativo, que determinar condutas irrelevantes e relevantes para o Direito Penal. Para Zaffaroni (2003, p. 274-275) a Política Criminal possui forte componente de política institucional, já que passa a “abarcam em seu campo a valoração da estrutura do sistema penal e das propostas formuladas a seu respeito”.

Nesse ínterim, a funcionalidade penal possui o dever da norma, demonstra que há a impregnação do fato criminoso. O Código Penal de-

termina quais condutas são compatíveis na sociedade, elenca em seu art. 21 que o agente tem que ter consciência de que está ali cumprindo os elementos do tipo penal, todos os elementos.

O sistema penal brasileiro não aceita o desconhecimento da lei, sendo este inexcusável. Ademais, evitável o erro se o agente atua ou se omite, sem a consciência da ilicitude do fato, quando era possível nas circunstâncias atingir essa consciência, a consciência dos fatos.

Shuterland (2015) transmite a ideia de que o crime é dado em seu contexto, parte da cultura organizacional, surge através de circunstâncias. Assim, o funcionalismo penal pressupõe que o agente possui conhecimento por meio da prática delitiva.

Como se vê, para o autor supra o crime ocorre por meio de circunstâncias que se encontram inseridas no contexto cultural de uma organização, assim, o agente além de possuir o conhecimento da ilicitude, a faz porque a organização a propôs cometê-la.

Quando se fala em organização, adentra-se na visão de North (2009), que especifica o contexto organizacional e impõe uma ordem de acesso limitado.

É sabido que em toda história as pessoas sempre realizaram transações e organizações, porém as transações são repletas de incertezas e uma das principais consequências são os custos dessas transações, segundo North (2009) o custo se divide em medição e de execução. Embora, não seja útil

Nesse sentido:

[...] The limited access order or natural state emerged in the first social revolution. Personal relationships, who one is and who one knows, form the basis for social organization and constitute the arena for individual interaction, particularly personal relationships among powerful individuals. Natural states limit the ability of individuals to form organizations. In the open access orders that emerged in the second social revolution, personal relations still matter, but impersonal categories of individuals, often called citizens, interact over wide areas of social behavior with no need to be cognizant of the individual identity of their partners. Identity, which in natural states is inherently personal, becomes defined as a set of impersonal characteristics in open access orders. The abil-

ity to form organizations that the larger society supports is open to everyone who meets a set of minimal and impersonal criteria. Both social orders have public and private organizations, but natural states limit access to those organizations whereas open access societies do not. (NORTH, 2009, p.2)

Conforme visto, para North (2009) o relacionamento pessoal apresenta quem é e quem se conhece para formarem a base da organização social, cria o campo para a interação do indivíduo, em particular, relações pessoais entre indivíduos poderosos.

Seguindo a ideia de North, a sociedade passou a desenvolver instituições, ou seja, estabeleceu as regras do jogo ou restrições que estruturam a relação política, econômica e social, aplicando-se inclusive de modo formal ou informal.

Salienta-se que o Estado é a organização das organizações, procura manter as organizações sobre controle, apesar de interesses diferentes, realiza essa organização com a distribuição de privilégios, por meio de políticas públicas.

Essa ordem de acesso limitado faz com que o Estado tome as rédeas de controle, dá poder e retira poder, controla organizações e pessoas, o controle passa a ser exercido por meio da concessão de privilégios, cujo privilegiados passam a ter maior liberdade na tomada de decisões de particulares, eventualmente em detrimento do bem comum.

Ao compreender que o Estado concede poder a uma determinada organização, esta transfere o dever de ação, pois os privilegiados gozam de autonomia e soberania em determinados assuntos.

É de salutar que os crimes empresariais são praticados por seus gestores e colaboradores, caso contrário, seriam crimes comuns do povo e assim o reconhecimento criminal deixaria de ser de uma organização empresarial.

Pode-se dizer que quando há um crime empresarial o resultado/interesse não é de obter coisa alheia ou prejudicar terceiros, o interesse empresarial é conquistar uma vantagem competitiva, com aumento do lucro e permanência no mercado, impondo através de influências a dominação do nicho de mercado.

Assim, o resultado dessas operações segundo Shuterland (2015) é a constituição do crime de colarinho branco. Importante frisar que, em

apontamento do perfil criminoso para o crime de colarinho branco Shuterland (2015) trata como uma verdadeira classe de delitos, porém não tem nada que o diferencie de crimes comuns.

Com um conceito ampliado, Burgess (*apud* PIMENTEL, 1985, p.116), apresentou que há traços diferenciais entre os delitos tradicionais e os crimes de colarinho branco, concluiu que “um criminoso é uma pessoa que se vê como um delinquente e assim é visto também pela sociedade”, entretanto, o autor esclarece que esse conceito não se aplicaria inteiramente aos agentes do crime de colarinho branco.

O agente do crime de colarinho branco não é visto como um delinquente, de tal modo o próprio agente não se enxerga como um delinquente, é visto como uma pessoa de alta classe social.

Veja-se um exemplo típico do crime comum praticado por empresas, também entendido como crime de colarinho branco por Shuterland (2015, p. 360):

A difusão das práticas ilegais é o segundo tipo de evidência de que o crime de colarinho branco está relacionado com a associação diferencial. As empresas visam lucros máximos. Quando uma empresa desenvolve um método para aumentar os lucros, outras empresas tomam conhecimento deste método e também o adotam, geralmente um pouco mais rápido no caso de empresas que são concorrentes diretas. A difusão de práticas ilegais que aumentam os lucros é facilitada pela tendência de centralização do controle da indústria pelos bancos de investimento e pela reunião de interesses em associações comerciais. O processo de difusão será considerado primeiro em relação à concorrência e, posteriormente com relação a outras questões.

São práticas recorrentes que restringem o comércio e são empenhadas através de reuniões e acordos com os concorrentes. Há casos que se tem uma coerção definitiva, impondo que os concorrentes pratiquem as ações ilegais de restrição de comércio.

“Práticas ilegais são difundidas também entre empresas que não possuem concorrência.” (SHUTERLAND, 2015, p. 362)

O interessante do texto supra é que a empresa pública também dissemina informações falsas, o autor expõe que se tem disseminação de falsas

declarações em relação à qualidade do gás vendido por empresas de serviço de utilidade pública.

Destarte, empresas que realizam a prestação de serviço público dissemina situações falsas para que haja maior aceitação social, pelo fato da população só possuir acesso a dados que são expostos na mídia, dificilmente terá acesso aos dados reais, uma vez que o governo não compartilha dados de empresas privadas, mesmo que se tenha concessão pública.

A situação arrolada apresenta os famosos homens de negócios, embora esse termo seja utilizado para demonstrar pessoas que fazem parte de um alto escalão empresarial ou ocupam cargos políticos. Atualmente vem sendo empregado aos gestores que se encontram na gestão organizacional, faz-se alusão direta de Shuterland em virtude de sua vasta pesquisa e originalidade na espécie do crime de colarinho branco.

Homens de negócios não estão apenas em contato com as definições que são favoráveis ao crime de colarinho branco, mas também estão isolados e protegidos contra definições que são desfavoráveis a tais crimes. Indubitavelmente, a maioria deles foi criada em lares onde a honestidade foi definida como uma virtude, mas tais ensinamentos familiares têm pouca relação direta com os métodos negociais. As pessoas que definem as práticas negociais como indesejáveis e ilegais são frequentemente chamados de “comunistas” ou “socialistas”, e suas definições têm pouco peso. (SHUTERLAND, 2015, p. 366)

De tal maneira, os homens de negócios são protegidos por ocupantes de cargos públicos, inclusive sofrem críticas, mas sempre resguardando os privilégios e poder.

O delegatário de função pública, utiliza o seu poder de decisão e influência para poder fazer parte de um grupo que busca a permanência no poder, independente de consequências. Sutherland apresentou que os ocupantes de função pública também ocupam as altas cadeiras de organizações empresariais, ou seja, acumulam cargos e rendimentos.

Percebe-se que a atuação do agente público é similar ao de uma organização empresarial, aquele pretende demonstrar poder, elevar seu patamar de vida, conquanto que este possui a pretensão da permanência no

mercado como um líder, e os seus gestores sempre bem-sucedidos, mesmo que a empresa apresente resultados negativos.

Deste modo, o sucesso obtido pelos gestores de organizações empresariais e por agentes públicos que atuam diretamente em cargos de elevada posição, é similar, embora com objetivos contrapostos, têm-se que o empresário busca obter vantagem competitiva, fazendo com que haja menor burocracia, inaplicabilidade de normas legais, e especialmente vantagens pessoais, conquanto que o funcionário público ou político detém do interesse de sua perpetuação de poder.

## 2 O CRIME DE COLARINHO BRANCO COROLÁRIO À CORRUPÇÃO E CRIMES EMPRESARIAS

Os crimes de corrupção e empresarial certifica a existência de uma variedade de crimes considerados como “crimes do colarinho branco”, são praticados de forma oculta, misteriosa, a consenso, negligenciada e por intermédio externo.

De forma a auxiliar nesse processamento de conhecimento será feito uma exploração com o que já fora visto nos tópicos anteriores e com parcimônia enquadrar situações com verossimilhança de casos reais.

Quando se houve falar em crime de colarinho branco se passa pela imaginação de que se trata de uma falsificação de produtos de alto valor, podendo ser quadros, relógios, roupas de marcas, camisetas autografadas e tantos outros objetos.

De tal modo, também há a impressão de que se trata de um crime de furto de produtos de alto valor, e quando o agente realiza essa ação estaria cometendo o crime de colarinho branco.

Depara-se com situações em que o crime de colarinho branco também é confundido com o crime de estelionato, este que busca vantagem pecuniária por meio de ludibriar pessoas de boa fé.

Como se observa, a tipologia criminal as vezes é confusa, e somente quando se aproxima de características próprias da espécie delitiva é que se tem o esclarecimento sobre condutas e resultados, é normal em um primeiro momento entender que o crime de colarinho branco é um crime de falsificação de produtos de alto valor de mercado, incluindo a prática de furto desses objetos e a obtenção de vantagem pessoal. Apesar de que

o crime de colarinho branco ultrapassa esse modo de ação, sua conjectura não é apenas uma falsificação, furto ou estelionato, pois, são ações criminosas que possuem a própria espécie de crime.

Em crimes empresariais, a literatura brasileira discorre de ações resultantes no risco que é imposto a sociedade, ou seja, resultam em problemas com o meio ambiente e dos resultados negativos de contratos, estes são a grande problemática encontrada. Shuterland (2015) apresenta ações que são realizadas por organizações empresariais que se configuram como práticas criminosas, vivencia ações criminosas que não se resume apenas nos prejuízos causados ao meio ambiente e no firmamento de contratos, descreve as similaridades com os crimes comuns, que geralmente são praticados por pessoas que possuem um alto ou médio padrão de vida.

Como se observou, a corrupção age em conjunto com organizações empresariais, liga o agente público com a organização empresarial, acarretando a troca de favores.

Nos crimes empresariais Shuterland (2015) explora a busca incessante da obtenção da permanência no mercado e de lucro em negócios, esse interesse faz com que os empresários, gerentes e colaboradores passem a agir com condutas diversas de uma negociação normal.

As condutas que são praticadas pela gestão empresarial geralmente ocorrem em situações que determinam o funcionamento de práticas comerciais, Shuterland (2015) expõe casos investigados de empresas que aplicam marketing agressivo, inverdades de seus produtos, como também insere em seus quadros de alto escalão empresarial funcionários do governo, especialmente os que ocupam cadeiras fiscalizatórias.

O crime empresarial urge quando a gestão empresarial infringe regras, porém, sempre com a intenção de se manter no mercado, este que se encontra cada vez mais competitivo.

Pode-se dizer que o crime de colarinho branco sempre ocorreu no Brasil, apesar de que nos momentos atuais criou maior intensidade, essa espécie de crime é vista como um demonstrativo de força, de poder, o interesse pessoal se sobrepõe aos interesses empresariais.

Em uma análise sobre as formalidades empresariais no Brasil, depara-se com um tipo societário que se denota como um mecanismo para o cometimento do crime de colarinho branco.

Frisa-se que essa apresentação da formalização empresarial não deve ser considerada como uma prática de uso exclusivo para o cometimento delitivo do crime de colarinho branco, pois, em detrimento da facilidade e legalização dessa prática nesse tipo empresarial, sempre terá pessoas que atuam sem o interesse escuso de quem comete o crime dessa espécie.

A Sociedade em Cota de Participação é regulada pelos artigos 991<sup>3</sup> a 996 do Código Civil Brasileiro, até então esse modelo societário era pouco utilizado e visto, como também de difícil percepção dos órgãos fiscalizadores.

Atenta-se que o fato da difícil percepção de órgãos fiscalizadores atrai pessoas que possuem conduta desviada, a causa básica para um comportamento criminoso sistemático, que segundo Shuterland (2015) a conduta desviada não é aquela imputada em indivíduos que se encontram em classe mais baixa socioeconômica, mas sim a aprendizagem efetiva dos valores criminais, sucessora de qualquer cultura, característica própria da desorganização social, cujo indivíduo perde os suas raízes pessoais.

Veja-se que se encontra uma desvalia no ordenamento jurídico brasileiro, pois não se tem muito valor sobre o modelo societário citado, apesar de que os órgãos fiscalizadores e os legisladores ainda não atuam diretamente sobre essa sociedade, assim, se reparar os meios utilizados para sua formalização é perceptível o caso típico de um engajamento para a prática do crime de colarinho branco oculto.

Ao tratar de um crime de colarinho branco oculto deve-se se ater que há um novo emprego para a espécie criminológica criada por Shuterland (2015), para o doutrinador o crime de colarinho branco ocorre pela prática de seus gestores na busca de um ganho pessoal e permanência no mercado, por mais que a prática criminosa ocorra de modo oculto haverá uma variedade de ações possíveis. Agora, no ordenamento jurídico brasileiro se tem a inclusão do crime de colarinho branco oculto, visto que o *modus operandi* é invisível para o órgão fiscalizador e para os olhares do poder legislativo e judiciário.

---

**3 Art. 991.** Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.



Para a criação dessa sociedade basta que uma pessoa física injete dinheiro em uma pessoa jurídica, a formalização é feita por meio de um contrato expresso, porém, sem alteração no contrato social ou indicação da participação do novo sócio (oculto).

Neste modelo societário se tem dois tipos de sócios, o Sócio Ostensivo, que realiza o objeto social, faz a contratação com terceiros, responde ilimitadamente perante terceiros, e o Sócio Participante (oculto), não realiza o objeto social, não contrata com terceiros, e não responde perante terceiros.

O Sócio Participante apenas celebra o contrato particular<sup>4</sup> com o Sócio Ostensivo, cujo indica a quantia investida na empresa, e a empresa registra essa quantia como lucro/rendimento.

Atenta-se que o Sócio Participante não demonstra a origem do dinheiro, apenas celebra um contrato particular, sem registro de sua participação na Junta Comercial. A Receita Federal do Brasil por mais que exija que se faça a declaração anual de rendimentos, o Sócio Participante declara somente que recebeu dinheiro de pessoa jurídica.

Um exemplo clássico da Sociedade em Conta de Participação é a venda de quartos de hotéis, um determinado hotel detém de um baixo rendimento financeiro, ou realizou um elevado investimento e precisa restituir o dinheiro para os seus sócios, surge a figura do Sócio Participante para fazer essa alavancagem lucrativa, o dinheiro empregado pelo novo sócio é inserida como lucro.

Percebe-se que Shuterland (2015) tratou o crime de colarinho branco como meios alternados para que se consiga a permanência no poder, especialmente por influências de funcionários públicos e políticos, e nessa classificação exposta, o crime de colarinho branco oculto, ocultou essa influência, desmistificando e ampliando a espécie criminosa.

Ademais, essa espécie de crime o interesse pessoal do agente é a sua permanência no poder, influência em tomadas de decisões, privadas ou públicas, e a aparência, assim, ao aplicar essas características ao crime de colarinho branco oculto, vê-se que esse novo agente busca fazer com que o dinheiro seja escondido legalmente, por meio de uma organização empresarial, por método regularizado pelo governo, e aceito pela sociedade,

---

4 **Art. 992.** A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito.

embora não deseje se aparecer, permanece como influenciador nas decisões empresariais, o seu status é nobre, e o seu poder é superior aos sócios expostos no contrato social.

Destaca-se que não se trata de um crime de lavagem de dinheiro, o STF entende que o recebimento de dinheiro (espécie), oriundos de propina, com o fim de ocultar a origem ilícita da vantagem indevida, não configura o crime de lavagem de dinheiro. Já a realização de depósitos fracionados do dinheiro oriundo de corrupção em conta corrente, em valores que não atingem os limites estabelecidos pela autoridade monetária à comunicação compulsória dessas operações, é meio idôneo para a consumação do crime de lavagem de dinheiro, art. 1º, da lei n.º 9.613/98. (AP 996/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 23.5.2018)

Assim, para o STF a lavagem de dinheiro só ocorre caso seja realizado depósitos fracionados do dinheiro ilícito. Em atenção ao tipo societário exposto, por mais que o dinheiro seja fracionado, isto é, se o agente em qualquer época realize nova investidura financeira na organização empresarial, a possibilidade de descoberta de ilícito é mínimo, uma vez que o dinheiro ingressa na empresa em forma de lucro, há um contrato particular sem a necessidade da especificação da origem do dinheiro.

Por fim, verificou-se que há uma simbiose entre o crime de corrupção e os crimes empresariais, porém, os resultados obtidos também se classificam como crimes de colarinho branco, não em virtude da prática/ação criminosa, mas sim do interesse distinto em sua realização. Por mais que haja uma distinção entre as espécies de crimes de corrupção e empresariais, o colarinho branco aparece quando o agente infrator visa a sua permanência de liderança entre empresas e setores políticos, embora a sua melhoria financeira seja eminente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminologia vem se modernizando com as deturpações contemporâneas, melhoram entendimentos que até então eram distorcidos, e criam novas formas de visualizar fenômenos sobre os crimes.

Ao tratar da corrupção, o objeto em questão era o fato criminoso ser praticado por agente público e pessoa física ou empresarial, essa espécie de crime é a mais recorrente desse século, após a operação Lava Jato no Bra-

sil, em todos veículos de comunicação se depara com exposições fáticas sobre corrupção e lavagem de dinheiro.

Embora as práticas de corrupção sejam expostas aos quatro ventos, os crimes empresariais também passaram a ser vistos com outros olhares, com repulsas sociais e inclusive da classe empresarial.

Sempre terá a indagação de quais são os crimes que se classificam como crimes empresariais, como o objeto do trabalho não foi de discorrer sobre isso, explico que essa classificação de crimes são todas as práticas elencadas no Código Penal, pois a organização empresarial responde de forma objetiva, mas os seus gestores e colaboradores ainda respondem por culpa ou dolo. O que pretendo dizer é que, além da responsabilização empresarial sobre os resultados obtidos pelos atos dos gestores e colaboradores, também haverá a responsabilização dos agentes responsáveis pelos resultados.

Assim, percebe-se que crimes empresariais possuem uma simbiose com os crimes de corrupção, pois o interesse em si é a obtenção da vantagem ilícita, por meio de uma ação fraudulenta.

Pode-se dizer que o resultado dessas vantagens caracterizam crimes de colarinho branco, pois as ações são praticadas as ocultas, e o interesse é a da obtenção de vantagem de mercado, quando se corrompe um agente público, se consegue a vantagem da permanência comercial, como também se pratica o crime assim expreso.

Alinhado ao pensamento de Shurteland, a determinação da conduta criminosa não advém da sua classe socioeconômica, mas sim por aprendizagem efetiva dos valores criminosos, sucessora de qualquer cultura.

O crime de colarinho branco detém de características próprias e muitas das vezes invisíveis aos olhos de órgãos fiscalizadores, estes que por sua vez aderiram a prática criminosa ou realmente desconhecem fatos que são criminosos e resultam no respectivo crime.

O funcionalismo penal dispõe que o agente infrator possui plena consciência dos seus atos, e não poderá alegar desconhecimento da letra da lei. Acompanhando, a ordem de acesso limitada propôs um suporte para identificação de infratores, demonstra quem é quem e quem realiza os atos.

Em paralelo difere-se do funcionalismo moderado apresentado por Roxin, pois este trata-se de interpretar todos os institutos penais com base nos princípios da política criminal e na finalidade da pena.

Na institucionalização apresentada por North (2009), as regras do jogo passam a se tornar frequentes em organizações, tem-se uma demonstração de como o tráfico de influência pode interagir diretamente com resultados em uma negociação, tanto no mundo dos negócios quanto no viés político, no caso em comento organizações empresariais buscam a vantagem competitiva, utilizam-se de seus gestores e líderes para influenciar pessoas que possam facilitar essa vantagem, e os políticos e agentes públicos agem diretamente por meio da influência no objetivo de sua permanência no poder ou interesses pessoais.

Verificou-se que a corrupção e os crimes empresariais possuem uma simbiose em seus *modus operandi*, são realizados com características similares, em muitos casos feitos em conjunto.

O crime de corrupção deriva da prática passiva, cujo infrator é o agente público que obtém para si vantagem pessoal, e a prática ativa, em que o infrator é uma pessoa comum ou organização empresarial que utiliza meios para obtenção de sua vantagem.

Quando o agente infrator possui o interesse de manipular situações para que haja uma vantagem particular de uma organização empresarial, além de praticar um crime empresarial, realiza um crime de colarinho branco, pois o resultado recai a essa espécie de crime.

Embora se saiba que o ordenamento jurídico brasileiro detém de mecanismos de defesa contra essas práticas criminosas, foi visto que o próprio ordenamento disponibilizou a facilitação para realização de uma prática oculta, invisíveis aos olhos da sociedade, política e judiciária.

O termo “oculto” inserido ao crime de colarinho branco, traduz a ideia de que não é apenas um crime oculto, mas sim um crime praticado abertamente sem qualquer tipo de visualização, o agente infrator quando possui o interesse de ser influente, ter poder sobre determinada organização e especialmente sobre políticos, investe numa organização empresarial.

Os objetos pretendidos retornariam como ganhos financeiros, influência, direção empresarial, entre outros, embora seja de difícil constatação de poder de comando perante o Poder Judiciário.

Conclui-se que o crime de corrupção e crimes empresariais possuem suas similaridades, são crimes com simbioses claras, e quando se tem uma conduta praticada pelo agente infrator com finalidade além da pretendida

da ação criminosa, enquadra-se como crime de colarinho branco, como também em uma nova forma de visualizar essa espécie, em crime de colarinho branco oculto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NORTH, Douglass C. **VIOLENCE AND SOCIAL ORDERS: A CONCEPTUAL FRAMEWORK FOR INTERPRETING RECORDED HUMAN HISTORY.** United States of America by Cambridge University Press, New York, 2009.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O CRIME E A PENA NA ATUALIDADE.** São Paulo: RT, 1983.

SALIM, Alexandre. AZEVEDO, Marcelo André de. **DIREITO PENAL: PARTE ESPECIAL – DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA AOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** 5ª ed. rev., ampl. e atual. Coleção Sinopses para Concursos. Rio de Janeiro: Editora JusPODIVM, 2017.

SHUTERLAND, Edwin H. **CRIME DE COLARINHO BRANCO: VERSÃO SEM CORTES.** Tradução Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *et al.* **DIREITO PENAL BRASILEIRO.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

# O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E DOS CRIMES EMPRESARIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

*Fernando de Faveri*

Introdução. Breve reflexão sobre a sociedade de riscos.

O presente trabalho busca refletir sobre a temática dos crimes empresariais e a corrupção, por meio de uma abordagem multidisciplinar de alguns autores estrangeiros, sem perder o foco do local de fala, qual seja, o Brasil. Após alguns apontamentos sobre a sociedade de risco, no seio da qual se busca contextualizar o assunto no mundo contemporâneo, se ressaltam algumas idéias advindas da economia, as quais podem ser apropriadas pelas ciências criminais, de modo a melhor compreender e aprofundar aspectos relevantes da conduta desviante. Ao final, envidam-se esforços para conferir um caráter pragmático às reflexões, notadamente quanto à adoção de novas formas de redução dos crimes mencionados.

As consequências experimentadas pelo cometimento do crime, na atualidade, jamais estiveram tão interligadas, sendo comum a divulgação midiática em tempo real de vítimas e criminosos em ação, com enorme força simbólica, cujo exemplo emblemático reside nos atentados terroristas de onze (11) de setembro nos Estados Unidos.

A série de ataques impactou a abordagem teórica e prática dos países em relação aos seus riscos, de consequências incalculáveis ao resto do mundo, incluindo-se a América Latina, dada a hegemonia econômico-cultural estadunidense.

A respeito do episódio, divisor de águas em sede de política criminal, observa com precisão André Luis Callegari:

É certo que depois de 11 de setembro de 2001 o mundo jamais será o mesmo. O atentado das torres gêmeas foi um marco decisivo na política mundial de segurança e trouxe junto as suas implicações na política criminal de vários países. Os reflexos foram logo sentidos com o recrudescimento do Direito Penal e Processo Penal para determinados delitos. A prisão em determinados casos passou a ser a regra, permitindo-se o encarceramento provisório por mera suspeita de participação em grupos de crime organizado ou terrorismo. Centenas de pessoas foram presas pelo mundo sem uma acusação formal ou com provas, as regras processuais foram esquecidas e os direitos e garantias individuais não passaram de ficção em determinados momentos. (WERMUTH 2011)<sup>5</sup>

Por óbvio que esse novo aspecto reflete não apenas na produção legislativa - muitas vezes açodada-, mas também na própria formulação da teoria do crime, considerando a necessidade de adaptação das novas demandas não mais compatíveis com os elementos clássicos da teoria do crime, a exemplo da proteção aos bens difusos como o meio ambiente e a moralidade administrativa.

Transformações essas que vieram a caracterizar o que se convencionou chamar de sociedade de risco, termo consagrado por Ulrich Beck<sup>6</sup>, sociólogo alemão, para descrever o novo período de riscos no âmbito global, como o terrorismo ou a lavagem de dinheiro internacional.

Se antes a navegação ultramarina possibilitou a expansão dos mercados e o elo entre os povos, atualmente esta tarefa passou a ser realizada pelos novos mecanismos de conexão informatizados, como o Google, Twiter, Facebook ou Instagram.<sup>7</sup>

---

5 Prefácio da obra de autoria de André Luis Callegari.

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

7 Sintoma elucidativo dos tempos atuais, sem pretensões teóricas, apenas pela clareza do exemplo, se encontra na reportagem de capa da Revista Veja, chamando a atenção para as alterações da leitura e escrita na era digital, notadamente pelo atual crescimento na

Mecanismos que ignoram barreiras regionais, com forte impacto no conceito de soberania, relações comerciais e sociais<sup>8</sup>, dentre outros diversos institutos jurídicos por consequência. Vale dizer, vislumbra-se “uma reorganização do poder em escala planetária fora das fronteiras nacionais, motivando a concorrência da qualidade soberana dos Estados com demais entes político-jurídicos”. (STELZER 2009, p. 50)

E a ideia de globalidade de riscos se tornou emblemática no Brasil, especialmente quanto às questões relativas à moralidade administrativa e crimes ambientais, dada a repercussão da Operação Lava-Jato e dos desastres de Mariana e Brumadinho<sup>9</sup>, ainda que, aparentemente, sem conexão direta entre ambos.

## Novo Direito Penal?

Novos direitos, novas demandas. Há, portanto, evidente incompatibilidade do paradigma clássico - no seio do qual o Direito Penal foi concebido como mecanismo de contenção do abuso estatal, fruto do iluminismo -, à luz da nova demanda de gerenciamento de riscos.

---

utilização dos tablets como instrumento de substituição dos livros impressos em papel. *Ler e Escrever na Era Digital*. Revista Veja, ed. Abril, edição 2300, ano 45, n° 51, de 19 de dezembro de 2012.

8 No que concerne às relações sociais, emblemática é a lição de Bauman, alertando para as consequências negativas da liquidez dos laços humanos no atual período vivenciado, ante a excessiva individualidade que o conduz. Vale dizer: “O desvanecimento das habilidades de sociabilidade é reforçado e acelerado pela tendência, inspirada no estilo de vida consumista dominante, a tratar os outros seres humanos como objetos de consumo e a julgá-los, segundo o padrão desses objetos, pelo volume de prazer que provavelmente oferecem e em termos de seu ‘valor monetário’ (...) A solidariedade humana é a primeira baixa causada pelo triunfo do mercado consumidor” Grifei. BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2004, fl. 96.

9 Faz-se referência, respectivamente, à Operação Policial tida como a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil, segundo o Ministério Público Federal ([www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso](http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso). Acesso em 20.04.2019), com ampla cobertura da mídia, produção bibliográfica e cinematográfica, no seio do qual foram condenados inúmeros políticos e dirigentes empresariais. Em seguida, faz-se alusão as duas cidades do estado de Minas Gerais onde houve o rompimento de barragens construídas para contenção dos rejeitos de minério de ferro, desencadeando incalculáveis tragédias humanas e ambientais.



Silva Sanches bem nominou a mudança de regras hoje experimentadas como “terceira velocidade do direito penal”, em sua conhecida divisão, com inúmeros impactos jurídicos, senão vejamos:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. A pergunta que há de elaborar, enfim, é se é possível admitir uma ‘terceira velocidade’ do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. (...) Sem negar que a ‘terceira velocidade’ do Direito Penal descreve um âmbito que se deveria aspirar a reduzir a mínima expressão, aqui se acolherá com reservas a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as de Direito Penal de primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável. (grifei) (SANCHEZ 2011, p. 193/194)

Não pode passar despercebida a flexibilização das regras de imputação, com menor vinculação ao paradigma finalista (dolo), a antecipação da punição mediante a tipificação de crimes de perigo abstrato, primazia na proteção aos bens jurídicos supraindividuais, responsabilização criminal das pessoas jurídicas<sup>10</sup>, além de inúmeras outras mudanças<sup>11</sup>.

---

10 Cite-se a virada jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – RMS 39.173 (BA), afastando-se qualquer vinculação da imputação das pessoas jurídicas às físicas (teoria da dupla imputação), de modo a permitir a punição isolada do ente moral.

11 Em tom crítico às mudanças, porém com grande capacidade de síntese, cite-se: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 25/32.

Isso porque, há dificuldade de se fazer frente aos novos riscos utilizando-se de antigos instrumentos, a exemplo do conceito ontológico de causalidade, de pouco relevância nas infrações de dever; ou da punição dos gestores institucionais ('homem de trás'), públicos ou privados, cujo contato direto com a execução criminosa é nulo, pouco contribuindo a teoria objetivo-formal<sup>12</sup>.

É nesse cenário que se pode falar sobre Funcionalismo Penal, base para modificação da teoria do delito, que gradualmente passa a ser aceita pela dogmática pátria<sup>13</sup>, cuja noção básica reside na funcionalização dos institutos atinentes à teoria do crime, os quais estariam voltados às funções político-criminais desempenhadas pelos diversos elementos integrantes do Direito Penal (ROXIN 2002, p. 62).

Deve-se ressaltar que a ausência de modernização legislativa no tocante a determinados institutos não pode ser óbice ao progresso conceitual da teoria do crime, sendo de suma importância a inclusão de novos conceitos, os quais visam recrudescer o nível dogmático de formulação teórica da ciência penal (ORDEIG, 2004, p. 44).

Aliás, a publicação da Lei nº 12.846/13, popularizada como lei anticorrupção, sob o influxo dos exemplos estrangeiros, inglês (BA – Bribery Act) e estadunidense (FCPA – Foreign Corruption Practice Act), apesar dos avanços quanto à responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, pouco modificou a construção dogmática da teoria do crime.

E as discussões sobre corrupção e crimes empresariais não se distanciam dessa nova realidade, não apenas porque representam modalidades criminosas típicas do período atual, notadamente após a denominada Operação Lava Jato, mas também porque a demanda por moralidade ad-

---

12 Teoria que atrela o conceito de autor à execução do verbo núcleo tipo, a nosso ver, com pouca relevância na criminalidade econômica, de execução compartimentada e riscos diluídos entre executores, mandantes e membros de elevado poder político.

13 Nota-se que apesar da atual absorção por parcela da doutrina brasileira, a teoria funcionalista há muito já vem consagrada em determinados ordenamentos alienígenas, e, neste sentido particular alerta o professor Luís Greco que "este sistema, já dominante há vinte anos na Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, ainda é completamente desconhecido do público nacional, inexistindo, que eu saiba, qualquer trabalho científico de autores brasileiros a respeito" GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 32, 2000, p. 120.

ministrativa traduz-se em bem jurídico difuso, portanto compatível com o período analisado.

Ademais, a velocidade de circulação do capital fala por si, de modo a não traduzir em exagero a assertiva de ser “bem provável que em nenhuma outra época houve tanta corrupção como na era ‘globalizada’. A globalização, aliás, encontra na corrupção um de seus sinônimos mais expressivos”. (GOMES, 2002, p. 158)

Importante ainda destacar as contribuições de Edwin Sutherland, distantes no tempo, porém atuais, e sua consagrada concepção de “*white collar crime*”, dissertando sobre o elevado grau de refinamento da cifra dourada, cujos membros possuem elevada respeitabilidade e prestígio social. (SUTHERLAND, 2015, p. 100)

O autor quebrou paradigmas no século passado, antes da globalização econômica – ao menos da forma como hoje a conhecemos – e do funcionalismo penal, ao defender a ausência de determinação genética ou explicações de ordem biológica do crime, compreendendo-o como resultado da interação entre pessoas ou grupos, mediante processo comunicativo de associação.<sup>14</sup>

Com isso, rompe-se com o positivismo criminológico de matriz determinista, afastando-se de Cesare Lombroso e seu “*Homem Delinquente*” (LOMBROSO, 2001) de modo a propiciar um deslocamento gravitacional da figura do criminoso como “o outro”, podendo se encontrar “entre nós”.

É nesse caldo de cultura permeado pelo crescimento da importância dos crimes econômicos cometidos em larga escala, com as devidas contribuições de Sutherland e sua clareza quanto à normalidade do crime entre os ‘homens de bem’, somado ao impacto das idéias de sociedade de risco, que buscaremos analisar a simbiose específica entre crimes empresariais e corrupção em nosso país, sem intuito de exaurir o tema.

---

14 SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes*. Tradução Clésio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. Nas palavras do autor: “A hipótese da associação diferencial indica que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem de forma favorável tal comportamento criminoso e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável. A pessoa em uma situação apropriada se engaja em tal comportamento criminoso se, e somente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis”. p. 351.

## Contribuições econômicas na questão criminal

Em ordens de acesso limitado, emprestando a expressão do nobel<sup>15</sup> em economia Douglass North<sup>16</sup>, como no caso brasileiro, há pujante relação patrimonialista, no seio da qual público e privado se confundem, de modo a favorecer, por razões diversas, os incentivos ao crime.

Nas palavras de North, as relações pessoais constituem a base das interações entre indivíduos com poder nas ordens de acesso limitado, de modo que entre si são tomadas as decisões, com pouca independência entre organizações privadas e a administração pública.<sup>17</sup>

Com clareza, sintetiza Sônia Karam Guimarães:

North et al. (2007) distinguem, através da história, três tipos de ordem social: ordem primitiva (sociedades de caçadores e coletores); ordem de acesso limitado (que, por sua vez, apresenta diferenciações) e ordem de acesso aberto. A diferença entre os dois últimos tipos de ordem está, entre outros aspectos, em que na ordem de acesso aberto as organizações civis mantêm independência em relação ao estado, resultado da predominância de relações impessoais que garantem liberdade e exercício de competição em relação aos poderes político (inclusive competição por privilégios) e sistemas econômico e social; o acesso a atividades econômicas, políticas, educacionais e à justiça é garantido à maioria dos cidadãos. A ordem de acesso limitado, ao contrário, obedece a uma lógica baseada em relações pessoais que torna as organizações privadas dependentes do estado e sujeitas à manipulação sistemática deste em favor de

---

15 Laureado em 1993 por seu trabalho na área de economia, resumido pelo sitio oficial nos seguintes termos: "for having renewed research in economic history by applying economic theory and quantitative methods in order to explain economic and institutional change". <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences>. Acesso em 13/05/2019.

16 NORTH, Douglass; WALLIS, John J.; WEINGAST, Barry R. *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history*. New York: Cambridge University Press, 2013.

17 Ibidem, p.2. No original: "personal relations, who one is and who one knows, form the basis for social organization and constitute the arena for individual interaction, particularly personal relationships among powerful individuals".

interesses particulares. Na ordem de acesso aberto, o estado perde o controle à distribuição de recursos, visto que os diferentes interesses se organizam pelo livre processo de competição, o que tende a impedir o estado de utilizar o mecanismo de manipulação de concessões em favor de grupos de interesses privilegiados.(GUI-MARAES, 2016, p. 259-284)

Esse acordo entre elites no ‘*quid pro quo*’ delitivo, a nosso ver, se conecta à Sutherland, na medida em que a teoria da associação diferencial vai demonstrar que os crimes de colarinho branco são socialmente aprendidos, reverberando uma forma coletivamente admitida de fazer negócios entre determinados grupos. (ANITUA, 2008, p. 495)

Como resultado, o sistema econômico, por meio de suas instituições (entendidas por North como as regras do jogo, formais ou não), em ordens de acesso limitado (onde o Brasil se inclui), favorece a multiplicidade dos crimes empresariais e da corrupção, falhando na produção de seus incentivos e recompensas (dissuasão) econômicas aos agentes públicos e privados.

Não obstante a existência de perspectivas diversas explicando o crescimento das nações, a Teoria Institucionalista de North fornece importante abordagem não apenas pela força de seus argumentos e exemplos históricos, mas também por valorizar a importância do Direito – mecanismo institucional por excelência-, tão caro na construção dos estados constitucionais modernos.

Arranjos institucionais representaram a grande diferença, dentre várias semelhanças, capaz de explicar a prosperidade econômica de algumas nações em detrimento de outras, servindo como instrumento, de igual modo, estagnador dos países onde vige uma ordem de acesso limitado.

Em referência a sua publicação de 1973 - “*The Rise of the Western World: A New Economic History*”-, bem define Paulo Gala:

O livro de 1973 procura justamente entender essa evolução institucional, que fez da Europa o berço da civilização ocidental. Observa-se isso a partir da saída da Idade Média. As instituições desenvolvidas originalmente na Itália e Holanda e seus desdobramentos levados a cabo principalmente pela Inglaterra colocam a

civilização dessa porção do continente em posição privilegiada na saída do século XVIII. A proposição teórica de North de que as instituições estão na origem do processo de acumulação de capital e progresso tecnológico verifica-se na prática da história. (GALA, 2003, p. 93)

Com isso não se busca isentar a responsabilidade dos infratores por questões conjunturais da economia, pelo contrário, busca-se oferecer uma perspectiva holística, retirando a lupa do microcosmo ontológico, de modo a propiciar uma releitura do fenômeno, com impacto na legislação e na teoria do crime.

Falhas no sistema econômico favorecem os *payoffs* do crime, de modo a propiciar aos jogadores a busca de um equilíbrio (Nash) danoso do ponto de vista social, com diminuição ou eliminação da concorrência, além da criação de entraves burocráticos que elevam os custos de transação das empresas, favorecendo a personalização das relações de direito público (patrimonialismo) e a corrupção.

Crimes empresariais e corrupção se retroalimentam, ciclicamente, de modo que, além de frutos do sistema econômico, para que sobrevivam, faz-se necessária a manutenção de sua interdependência, uma espécie de simbiose ilícita.

Objetivamente, dinâmica de riscos no contexto de países onde vige uma ordem de acesso limitado, como Brasil, representam uma combinação explosiva para o fomento de crimes empresariais e corrupção, os quais se sustentam mutuamente, a exemplo de fraudes licitatórias e delitos contra a administração pública.

## À guisa de conclusão

Não se desconhece a dificuldade de qualquer fixação de causa e efeito nas questões criminais, não apenas pela impossibilidade de isolamento de eventuais variáveis importantes, mas também por problemas da cifra oculta que permeia os dados disponíveis em geral.

Isso não pode afastar a busca por explicações das condutas criminais, de forma que a análise econômica do crime pode contribuir com o trabalho dos juristas, notadamente quanto à temática dos crimes empresariais e

corrupção, tendo em vista o provável cálculo atuarial das pessoas jurídicas no controle de custos de seus riscos proibidos.

Aprofundamento das teorias econômicas pela criminologia, abertura dogmática para o remodelamento das regras de imputação e culpabilidade na responsabilidade penal empresarial – ainda muito vinculada apenas aos desvios ambientais –, apropriação pela teoria do crime das contribuições trazidas pelo funcionalismo, adoção das regras de *compliance* como critério dogmático (SAAD, 2016, p.97), dentre outros mecanismos, faz-se urgente no cenário atual.

Na esteira de Becker<sup>18</sup>, a efetividade da apuração e punição conduz, em alguma medida, em contra motivação ao desvio, possibilitando a redução dos índices de criminalidade, além de orientar o uso de recursos públicos na área.

Igualmente, trabalhos empíricos, comuns na área da economia, são pouco vistos no direito, que, no mais das vezes, afoga-se em questões teóricas com pouca ou nenhuma repercussão prática.

Alerte-se: não se trata de subordinar a ciência do direito a qualquer outra, mas apenas e tão somente aproveitar as contribuições da economia e demais saberes, sem qualquer pretensão de esgotamento tema, voltados no presente caso à temática da corrupção e crimes empresariais, sugerindo novas abordagens aos profissionais em geral, com as contribuições da economia.

Goste-se ou não, à toda evidência, o paradigma clássico se esgotou frente às novas demandas, de modo que sistematizar o novo Direito Penal, mais que um capricho, tornou-se uma necessidade, inclusive para o controlar a hiperinflação legislativa, na tentativa de racionalizá-la.

---

18 BECKER, Gary. S. ***Crime and Punishment: Na Economic approach***. Disponível <https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em 06.01.2019. No Brasil, interessante revisão bibliográfica sobre análise econômica do crime foi realizada por Tiago Ivo Odon, a saber: *Segurança pública e análise econômica do crime: o desenho de uma estratégia para a redução da criminalidade no Brasil*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 33-61, abr./jun. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p33](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p33)>. Acesso em 06.03.2019.

## Bibliografia

- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2004.
- BECKER, Gary. S. *Crime and Punishment: an Economic approach*.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- GALA, Paulo. *A Teoria Institucional de Douglass North*. Revista de Economia Política, vol. 23, nº 2 (90), abril-junho/2003.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 32, 2000.
- GUIMARAES, Sônia Karam. *Desenvolvimento econômico-social e instituições no Brasil*. Civitas, Porto Alegre, v. 16, n. 2.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Porto Alegre: Rivardo-Lens, 2001.
- NORTH, Douglass; WALLIS, John J.; WEINGAST, Barry R. *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history*. New York: Cambridge University Press.
- ODON, Tiago Ivo. *Segurança pública e análise econômica do crime: o desenho de uma estratégia para a redução da criminalidade no Brasil*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 33-61, abr./jun. 2018.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Tem algum futuro a dogmática jurídico-penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2004, Vol. 13.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



SAAD-Diniz, Eduardo. ***Novos modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo***. In: SAAD-DINIZ, E.; ADACHI, P. P.; DOMINGUES, J. O. (org). Tendências em governança corporativa e compliance. São Paulo: LiberArs, 2016.

SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. ***A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais***. São Paulo: RT, 2 ed., 2011.

SUTHERLAND, Edwin H. ***Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes***. Tradução Clésio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. ***Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

# A LEI DO FEMINICÍDIO A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA FACE AS RELAÇÕES DE PODER COMO FATOR NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

*Francisca Dorinez dos Santos Vicente*

*Frank Ricardo Martins Ferreira*

*Nilcéia Silva de Medeiros*

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade atualmente vem evoluindo rapidamente, apresentando maior complexidade mediante a crescente criminalidade no país, de forma que as normas têm sido questionadas e a criação de novas medidas vem surgindo como respostas aos apelos sociais.

Neste contexto, qual a eficácia da Lei do Feminicídio na sociedade no combate a violência contra a mulher?

Como forma de responder esse questionamento sugerimos como Objetivo Geral, analisar o crime de homicídio de mulheres em um contexto caracterizado pelas relações de poder e desigualdade de gênero. Para alcançarmos esse propósito temos como Objetivos Específicos: Identificar os fatores que conduzem aos casos de violência em face da mulher; Pesquisar os meios de proteção no combate à violência contra a mulher e Examinar a Lei do Feminicídio com relação a sua eficácia no combate a violência contra a mulher.

A proteção internacional e nacional referente à mulher foram criadas leis para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Ressaltando que a violência contra ela seja qualquer ato que cause sofrimento psicológico, físico, sexual até a morte, conforme Lei 11.360/2006 denominada Lei Maria da Penha. Ela pode ocorrer em todos os âmbitos da sociedade, seja no ambiente familiar ou na comunidade. Por isso, as leis servem para inibir e até mesmo erradicar atos violentos contra o sexo feminino.

O cenário da violência contra as mulheres no Brasil permite entender o Ciclo de Violência sofrido pelas mulheres. A comparação entre os estados das formas de violências comporta taxas desproporcionais em relação à taxa nacional. Tendo os estados do extremo norte e centro oeste do Brasil com altas taxas acima da média em relação aos outros estados. Percebe-se o Estado como atuante na aplicação da Lei Maria da Penha.

Feminicídio trata-se de um crime de ódio contra o sexo feminino causado por discriminação pelo fato de ser mulher no ambiente doméstico e familiar causando a morte da vítima. A Lei do Feminicídio foi sancionada como mais um meio de proteção a esse tipo de violência, coibindo os agressores através da majoração da pena.

## 2 RELAÇÕES DE PODER COMO FATOR NOS CASOS DE VIOLÊNCIA

### 2.1 A Superioridade entre os Gêneros e a Violência contra a mulher

O desequilíbrio que torna as mulheres mais vulneráveis a determinados tipos de violência que podem resultar no feminicídio, como a violência doméstica e sexual, está baseado em concepções rígidas e desiguais papéis de gênero, construções que determinam os comportamentos femininos e masculinos tidos como “socialmente adequados” em um determinado grupo, comunidade ou país. Desde os primórdios a sociedade não dava autonomia de escolha para a mulher, tendo como única opção, ser mãe e esposa, fazendo com que o gênero masculino tornasse o dominante em relação a ela.

Gênero é um recurso utilizado para se referir à construção social desigual baseada na existência de hierarquia entre os sexos e as consequências que daí se origina. Essa diferença não é só conceitual, tem efeitos políticos, sociais e culturais (FARAH, 2004,)

Além de gerar um desequilíbrio estrutural de poder entre masculino e feminino a naturalização dessas expectativas sociais abre margem para a violência aconteça quando uma mulher não cumpre o esperado. No caso do feminicídio cometido por parceiros ou ex companheiros, muitas vezes eles matam a mulher em casa, no bairro ou no trabalho, na frente de outras pessoas. São comuns os casos em que o autor não faz questão de ocultar o crime de testemunhas, o que significa que exibir aquilo reforça sua masculinidade ele se sente autorizado pela sociedade a ter controle de vida e morte sobre a mulher.

Na maioria dos casos, a violência fatal é precedida por violências anteriores que se perpetuaram até o assassinato. Ou seja, muitas dessas mortes poderiam ter sido evitadas se a violência contra mulheres não fosse banalizada e tolerada por parcela da sociedade e pelas instituições que têm o dever de agir com rigor nesses casos, não podemos achar normal esse tipo de violência e fingir que não o vemos, no entanto toda violência ela deve ser denunciada e sem dúvidas não estaremos entretanto na intimidade de ninguém só estaremos contribuindo para que mais uma vítima não deixe de existir.

Diante dessa hierarquia do gênero masculino em relação ao feminino surgem todos os tipos de violência, seja ela uso de força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo contrário a sua vontade. Nesse sentido, a violência pode ser compreendida como uma forma de restringir a liberdade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, reprimindo e ofendendo física ou moralmente (TELES, 2003).

Com o passar do tempo as mulheres evoluíram e passaram a questionar esse posicionamento da sociedade foi então que começaram os movimentos revolucionários.

No Brasil esse termo passou a ser utilizado pelo movimento feminista ao final dos anos 80, onde o conceito de gênero surgiu então como categoria de análise, em estudo que objetivaram marcar lugares e distinguir o que é da ordem masculina e da feminina.

## 3 ORDENAMENTO JURÍDICO E O COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

### 3.1 Evolução histórica no Ordenamento Jurídico das leis de proteção a mulher

A violência contra as mulheres faz parte de uma sequência crescente de episódios, que abrange uma diversidade de transgressões, motivados pela rejeição ao gênero feminino, incluindo um processo contínuo de abusos, desde verbais, físicos, sexuais, levando a mortes por homicídios, suicídios ou a grande presença da ideação suicida, além de doenças sexualmente transmissíveis, doenças cardiovasculares e dores crônicas.

No que diz respeito especificamente aos direitos das mulheres, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta dispositivos de proteção, enfatizando no primeiro artigo que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade de direitos, ou seja, homens e mulheres tem os mesmos direitos perante a sociedade, indiferente de sexo, cor, raça, idade, religião, entre outros. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Diante desse quadro, foi editado no Brasil o Decreto nº1973, de 1º de agosto de 1996, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994 (CAVALCANTE, 2015).

Reconhecendo que o respeito irrestrito aos direitos humanos foi consagrado na Declaração Americana dos Direitos Humanos, promovendo a declaração americana dos direitos e deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos e reafirmado em outros instrumentos Internacionais e Regionais, de forma que passa entender que a violência contra mulher constitui violação dos Direitos Humanos e Liberdades fundamentais e limita todos ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades.

[...] a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica na violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão.

Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um persistente padrão de violência e discriminação. (PIOVESAN, 2011).

Neste contexto, pode ser citado a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em junho de 1993, em Viena, a qual reconheceu no artigo 18 de sua Declaração, o seguinte:

os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher (REVISTA DA EMERJ, 2000).

Diante disso, a introdução da Lei Maria da Penha-Lei 11340/06-Lei n 11.340, em 7 de agosto de 2006, estabeleceu um mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, assim como, nos termos do Artigo 226, § 8º da CF, e a Convenção Interamericana de 1973, que dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher, do mesmo modo que alterar o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal em seu Artigo 2º, em que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, gozem dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (DIAS, 2012).

### 3.2 Incorporação do conceito de Femicídio no ordenamento jurídico internacional

Femicídio é um crime de ódio contra o sexo feminino essa denominação surgiu na década de 1970 para dar visibilidade a mortes violentas

de mulheres. Ao longo de quatro décadas esse conceito foi ganhando força entre ativistas, pesquisadores e organismos internacionais (PRADO; SANEMATSU, 2017).

O termo feminicídio foi incorporado às legislações de diversos países da América Latina, em 9 de março de 2015, foi publicada a Lei nº 13.104/2015, que criou, como modalidade de homicídio qualificado, o chamado **Feminicídio**, que ocorre quando uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino, oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014.

A doutrina costuma dividir o feminicídio como: íntimo, não íntimo e por conexão.

Entende-se **por íntimo aquele** cometido por homens com os quais a vítima tem ou teve uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins.

**Não íntimo** aquele cometido por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência.

**Por conexão** aquele em que uma mulher é assassinada porque se encontrava na “linha de tiro” de um homem que tentava matar outra mulher, o que pode acontecer na *aberratio ictus*”. (PEREIRA, 2015)

## 4 elementos que contribuem para identificar se o homicídio de uma mulher é Feminicídio

### 4.1 O Ciclo da violência em face da mulher

Para compreendermos a relação entre violência doméstica e feminicídio, faz-se necessário entender os indícios que levam ao cometimento desse crime. A psicóloga americana Lenore Walker, acredita que as mulheres em situação de violência doméstica não sofrem agressões constantes. Diante de pesquisas realizadas por ela onde trabalhou com 1500 mulheres, definiu que esse tipo de violência apresenta um padrão que definiu como Ciclo de Violência, no qual ele apresenta três fases: a) acumulação da tensão; b) explosão; e c) lua-de-mel.

A fase de acumulação da tensão apresenta-se como agressões verbais, afrontas até incidentes leves de agressões físicas, as lesões corporais graves acontecem durante um ataque de fúria, caracterizando a fase de explosão. Após a violência aguda, inicia a fase de lua-de-mel, em que o agressor, ar-

repellido, passa a ter um comportamento calmo e amoroso. No entanto, tal comportamento é momentâneo, pois depois de um tempo o ciclo de violência continua (WALKER, 2009).

Na maioria das vezes em que a mulher passa por todas essas fases, ela não procura ajuda por acreditar que o agressor irá mudar de comportamento, justamente porque a pessoa que bate é a mesma que horas depois está amoroso “lua de mel”. Por isso, a mulher não busca socorro, o que na maior parte dos casos as agressões vão se tornando mais graves até chegar a morte da mulher, ou seja, o assassinato dela pelo agressor “o feminicídio”. Podem ocorrer também outros finais trágicos, podendo a mulher em situação de violência vir a cometer suicídio, ou mesmo a assassinar seu agressor.

Já na fase de explosão as vítimas devem chamar a polícia, denunciar a violência na Delegacia, ou fugir para um abrigo. Mas, a maioria das mulheres agredidas não procuram ajuda mesmo durante este período, a menos que as agressões sejam tão graves ao ponto de procurar auxílio médico (RIBEIRO, 2016).

## **4.2 Dados Estatísticos de Homicídios de mulheres no Brasil**

As taxas apresentadas a seguir, são calculadas a partir do número de mulheres no ano de 2015, que equivalem a 51% da população brasileira, tendo como número absoluto 105.452.262, conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2015. Para tornar possível uma comparação entre estados o total de mulheres no geral foi dividido em cada grupo de 100 mil, sendo cada registros dividido pelo grupo de 100 mil mulheres por estado.

Em 2015, foram registrados 4.616 homicídios de mulheres, tendo como taxa nacional 4,4 por grupo de cada 100 mil mulheres. Porém, alguns estados apresentam taxas superiores à média nacional: Roraima (11,4), Mato Grosso (7,4), Goiás (7,3) e Rondônia (7,2). Do total apresentado em números absolutos, 63% dos homicídios são de mulheres pretas e pardas, 32% brancas e 5% das demais raças. Os dados apresentados demonstram que o extremo norte do país e centro oeste são os que concentram maiores números de casos, sendo necessário uma política de repressão maior para a diminuição dos índices de violência (RIBEIRO, 2016).



### 4.3 Aplicabilidades da Lei Maria da Penha

De acordo com o artigo 7 da Lei Maria da Penha 11.340/2006, são formas de violência contra a mulher.

- **Violência física**, considerada como a agressão a saúde corporal da vítima;
- **Violência psicológica** trata de comportamento que cause sofrimento psíquico, através de ameaças, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, intimidação, insultos, chantagem, privação da liberdade, perseguição, ou qualquer outra conduta que afete sua autoestima e autodeterminação;
- **Violência sexual** se configura ao submeter a mulher a praticar, presenciar, manter ou participar de ato sexual contra a sua vontade.
- **Violência patrimonial** é entendida como a conduta que causa danos ou retém pertences da mulher, sejam eles bens pessoais, valores, direitos ou recursos econômicos destinados a satisfazer suas necessidades.
- **Violência moral** é o tipo que engloba as condutas de crime contra a honra. A vítima sofre calúnia, difamação ou injúria.

A Lei Maria da Penha determina se caso a mulher for vítima de quaisquer dessas modalidades, procure ajuda na delegacia e a autoridade policial, diante do relato de ocorrência de violência doméstica, deverá, dentre outras ações, dar atenção e ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada. A partir da representação, é instaurado o inquérito policial para a apuração da ocorrência, que embora seja conduzido pela polícia civil, em fase anterior à constituição do processo na esfera judicial, é distribuído a Vara competente e registrado pelo Poder Judiciário estadual. Logo após, são proferidas as sentenças, levando a fase de execução penal. (DIAS, 2012).

### 4.4 A Qualificadora do Femicídio

Não é pelo fato de uma mulher figurar como sujeito passivo do delito tipificado no art. 121 do Código Penal que já estará caracterizado o delito

qualificado, ou seja, o feminicídio. Para que reste configurada a qualificadora, nos termos do § 2-A, do art. 121 do diploma repressivo, o crime deverá ser praticado por **razões de condição de sexo feminino**, que efetivamente ocorrerá quando envolver:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O conceito de violência doméstica e familiar (inciso I) é extraído do art. 5º da Lei 11.340/06. Sendo assim, considera âmbito da unidade doméstica compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar.

Antes da lei em estudo entrar em vigor, o assassinato da mulher já qualificava o homicídio, mas pela torpeza, sendo igualmente rotulada como hedionda. No entanto, a virtude dessa alteração está na simbologia, no alerta que se faz da necessidade de se coibir com mais rigor a violência contra a mulher em razão da condição do sexo feminino.

O feminicídio em si pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão a mulher. No entanto, não podemos confundir feminicídio com feticídio. No primeiro a conduta do agente é movida pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, na segunda mata-se a mulher na unidade doméstica sem qualquer discriminação. (CUNHA, 2019).

Assim, nem todo assassinato de mulher pode ser qualificado como feminicídio podendo estes quando não preencher os requisitos dos incisos relacionados acima ser qualificado o crime em virtude de alguma das demais situações previstas no § 2º do art. 121 do Código Penal.

Na hipótese de marido matar a esposa no âmbito familiar pode-se aplicar uma das hipóteses previstas nos incisos acima transcritos, sendo possível o reconhecimento da qualificadora relativa ao feminicídio.

O inciso II, do § 2-A, do art. 121 do Código Penal assegura ser também qualificado o homicídio quando a morte de uma mulher se der por menosprezo ou discriminação a essa sua condição. *Menosprezo*, aqui, pode ser entendido no sentido de desprezo, sentimento de aversão, repulsa, repugnância à uma pessoa do sexo feminino; *discriminação* tem o sentido de tratar de forma diferente, distinguir pelo fato da condição de mulher da vítima.

Merece ser frisado, por oportuno, que o feminicídio, em sendo uma das modalidades de homicídio qualificado, pode ser praticado por qualquer pessoa, seja ela do sexo masculino, ou mesmo do sexo feminino. Assim, não existe óbice à aplicação da qualificadora se, numa relação homoafetiva feminina, uma das parceiras, vivendo em um contexto de unidade doméstica, vier a causar a morte de sua companheira. (GRECO, 2015)

#### 4.4.1 Qualificadora objetiva versus subjetiva do Feminicídio

As **Qualificadoras Subjetivas** são aquelas relacionadas com a motivação do crime e as **Objetivas**, relacionam-se com as formas de sua execução.

Trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher, advertindo que o agente não mata a mulher somente porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, entre outros. Podem ser torpes ou fúteis, moralmente relevantes, não se descartando, por óbvio, a possibilidade de o homem matar a mulher por questões de misoginia ou violência doméstica; mesmo assim, a violência doméstica e a misoginia proporcionam aos homens o prazer de espancar e matar a mulher, porque esta é fisicamente mais fraca, tratando-se de **violência de gênero**, o que nos parece objetivo, e não subjetivo (NUCCI, 2017)

Ademais a jurisprudência mantém o posicionamento acerca da qualificadora ser objetiva:

a inclusão da qualificadora agora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, do CP, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a *ratio essendi* da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a

torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido. (Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 105).

O STJ manteve o mesmo posicionamento. No julgamento do HC 430.222/MG (j. em 15/03/2018), o tribunal negou a ordem sob – dentre outros – o argumento de que as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não são incompatíveis porque não têm a mesma natureza: enquanto a primeira é subjetiva, esta última é dotada de índole objetiva.

#### 4.5. Análise do Artigo 121, § 7º do Código Penal

A Lei 13.104/15 acrescentou no art. 121, §7º do Código Penal, majorante que eleva de um terço até a metade a pena do feminicídio se o crime for praticado:

I – Durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

A majorante tem aplicabilidade desde o momento em que o feto é gerado até três meses após o nascimento. O objeto da proteção especial é a mulher em fase de gestação, não o feto em si. Ressaltamos que o aborto não é hipótese da causa de aumento, se ocorrer a morte do feto, o agente responderá, em concurso formal, pelo homicídio majorado e pelo aborto. (CUNHA, 2019).

II – contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos, com deficiência ou portador de doenças degenerativas que acarretam condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;

embora a segunda parte do § 4º, do art. 121 do Código Penal tenha uma redação parecida com aquela trazida pelo § 7º do mesmo artigo, asseverando que se o crime de homicídio doloso for praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, a pena será aumentada de 1/3 (um terço), havendo, mesmo que parcialmente, um conflito aparente de normas,

devemos concluir que as referidas majorantes cuidam de situações distintas, aplicando-se, pois, o chamado princípio da especialidade, ou seja, quando estivermos diante de um feminicídio, e se a vítima for menor de 14 (catorze) anos ou maior de 60 (sessenta) anos, como preveem os dois parágrafos, deverá ser aplicado o § 7º, do art. 121 do estatuto repressivo. Dessa forma, o § 4º, nas hipóteses mencionadas, será aplicado por exclusão, ou seja, quando não se tratar de feminicídio, aplica-se o § 4º do art. 121 do diploma penal (GRECO, 2015).

III – na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;

Caso agente, que pratica o feminicídio, praticar sua conduta criminosa na presença de descendentes ou ascendentes da vítima, para que a referida causa de aumento de pena possa ser aplicada é preciso, também, que haja prova do parentesco nos autos, produzida através dos documentos necessários (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), conforme preconiza o parágrafo único, do art. 155 do Código de Processo Penal.

Cabe observar que o fato de filhos ou parentes próximos presenciarem tamanha violência, isto acarretará traumas para vida irremediáveis. (GRECO, 2015).

IV – em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II, e III do *caput* do art. 22 da Lei nº 11.340/2006;

Com a entrada em vigor da Lei 13.641/18, o descumprimento de medidas protetivas é crime punido com detenção de três meses a dois anos, no entanto, caso ocorra a violação das medidas protetivas seguida de homicídio, incide apenas a causa de aumento de pena, afastando-se a primeira diante do *bis in idem* provocado pela imputação simultânea. (CUNHA, 2019).

## CONCLUSÃO

Durante muito tempo a violência contra as mulheres eram combatidas em igualdade de condições com os crimes comuns e até mesmo hediondos, tais abusos eram e são oriundos de disputas de poder entre

os gêneros. O grande desafio no combate à criminalidade contra o sexo feminino criou força com instituição de uma lei punitiva como novo tipo penal de repressão e proteção à violência contra a mulher.

As relações de poder como fator nos casos de violência teve origem na hierarquia do gênero masculino em relação ao feminino, fazendo com que os homens sentissem status de superioridade e as mulheres como submissas, acarretando uma sequência crescente de casos de violência contra o sexo feminino.

Diante desse quadro para combater esses tipos de condutas delituosas, foi editado no Brasil o Decreto nº1973, de 1º de agosto de 1996, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994, em sequência a Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006.

Mesmo com todos esses mecanismos de coação os homicídios de mulheres cresciam em índices alarmantes a Lei 13.104/2015, denominada Lei do Femicídio surge como novo tipo penal para responder ao clamor público que pressionava o Estado a combater desvios de conduta que levam ao assassinato de inúmeras mulheres. A lei em estudo criou como modalidade o homicídio qualificado, denominando-o como Femicídio, aumentando a pena para crimes ocorridos nas circunstâncias relatadas como exposto no esboço.

Além de o Estado criar tipos penais em combate a violência contra o sexo feminino, ele ainda precisa criar políticas públicas que possam levar a transformações necessárias para conscientizar a sociedade quando esta se deparar com dispositivos legais destinados à proteção da mulher. São primordiais a contínua ação em prol da reforma social e desconstrução da doutrina do patriarcado para que atinja os campos educacional e comportamental e se faça compreender o fundamento de igualdade de gênero, sem recair em julgamentos tendenciosos e discriminatórios (PIOVESAN, 2011).

O Femicídio é inaceitável em uma democracia. Pois o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo (MORAES, 2018).

## REFERÊNCIAS

- Assembleia Geral da ONU. “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. “Nações Unidas”, 217 (III) A, 1948, Paris, art. 1, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acessado em 20 out 2018.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Volume 1, Parte Geral: Arts 1º a 120, 15. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- CAVALCANTE, Érika Claudine Rodrigues. Violência contra mulher: As suas Políticas Públicas e Aplicação da Lei Maria da Penha. 2015. Disponível em: < <https://erikacrcavalcante.jusbrasil.com.br/artigos/251026383/violencia-contramulher> >. Acesso em: 14 out 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal – Parte Especial. 3ª ed. Editora Jus Podivm. 2015
- \_\_\_\_\_, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 3ª ed. Editora Jus Podivm. 2015.
- \_\_\_\_\_, Rogério Sanches. Direito Penal – Parte Especial. 11ª ed. Salvador. Editora Jus Podivm. 2019
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2012.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e Políticas Públicas. Estudos Feministas, Florianópolis, 12 (1): 47-71, janeiro-abril/2004.
- GRECO, Rogério. Femicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/femicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acessado em 27 de abril de 2019.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisa, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018.

NUCCI, G. S. Leis penais e processuais penais comentadas / Guilherme de Souza Nucci, 6. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_, G.S. Curso de Direito Penal. Parte Especial. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Breves apontamentos sobre a Lei nº 13.104/2015, que cria o crime de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro. <http://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobrealein13-104-2015-que-cria-de-crime-feminicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acessado em 27 de abril de 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Revista da EMERJ. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro Emerj, Imprensa: Rio de Janeiro- RJ, v. 3, n. 11, 2000. Disponível em: < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista11/revista11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11.pdf)>. Acesso em: 02 out 2018.

RIBEIRO, Henrique Marques. Painel de Indicadores da Violência contra a Mulher [recurso eletrônico]: indicadores nacionais e estaduais. – N. 1 (2016) -. -- Brasília : Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2016

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. O que é violência contra a mulher. São Paulo: Brasiliense, 2003.

WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2016: Homicídio de mulheres no Brasil. Disponível em: < [www.mapadaviolencia.org.br](http://www.mapadaviolencia.org.br)>. Acesso em: 20 de outubro de 2018.

WALKER, Lenore. E. (2009). The Battered Woman Syndrome. Springer Publishing Company Bonetti, Pinheiro, L. S., & Ferreira, P. C. (2008). Violência contra as mulheres e direitos humanos no Brasil: uma abordagem a partir do Ligue 180.



# REFLEXÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ENQUANTO INSTITUTO DE CONCRETIZAÇÃO DE PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO E SELETIVIDADE PENAL À LUZ DA TEORIA DA ROTULAÇÃO DE HOWARD BECKER.

*Adailson Vieira da Silva*

## 1 Introdução

A audiência de custódia é um procedimento prévio à ação penal que tem por objetivo decidir o futuro da pessoa presa em flagrante no que diz respeito às medidas cautelares. Nesse contexto, é feita a apresentação do flagranteado e o juiz deve aplicar uma das opções do artigo 310 do Código de Processo Penal (CPP), quais sejam, relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, preenchidos seus requisitos e afastada a aplicação de outra medida cautelar, ou decretar a liberar provisória, podendo cumular com fiança ou outras medidas cautelares diversas da prisão (BRASIL, 1941).

Visa-se, nesse artigo, analisar esse instituto à luz da “labelling approach”, teoria postulada pelo sociólogo Howard Becker, a qual representa uma virada dos estudos criminológicos. Num contexto em que imperavam noções positivistas, as quais buscavam cientificamente o criminoso, numa tentativa de caracterização de quem são os criminosos e de preven-

ção de delitos, Becker inova com uma teoria que foge da noção de “criminoso” e instaura a noção de processos de criminalização. Nesse contexto, os crimes são produzidos por um determinado sistema, a partir da reação dos sujeitos da sociedade e determinadas categorias são selecionadas como clientes do sistema de justiça criminal.

O tema foi escolhido porque a implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro aconteceu a partir de metas, metas essas que não foram efetivadas. Suscitar discussões acerca das razões dessa não efetivação faz-se necessário num contexto em que o sistema penal não soluciona de maneira eficaz os conflitos sociais que se propõe a abarcar. Essas discussões são bases potenciais para a formulação de melhorias para o sistema de justiça criminal ou a criação de alternativas a esse sistema.

Assim, analisando as produções teóricas que utilizam a referida teoria para analisar criticamente o sistema penal, os textos do próprio Howard Becker e os dados acerca da aplicação de prisão preventiva na audiência de custódia, busca-se estudar o instituto como ferramenta que potencializa os processos de rotulação supracitados.

Nesse contexto, primeiramente, faz-se uma contextualização acerca da audiência de custódia, abrangendo conceito, normatização e os objetivos que norteiam a criação e aplicação do procedimento. Após, analisa-se a “labelling approach” e as reflexões que podem ser suscitadas a partir dela. Em seguida, a partir dessas reflexões, analisa-se os dados acerca da aplicação de medidas cautelares na audiência de custódia e as pesquisas que demonstram a característica de reforço de estereótipos que esse procedimento carrega para, então, observar que os objetivos não declarados do Direito Penal podem ser constatados na conjuntura das audiências de custódia no Brasil.

## 2 Audiências de Custódia: Conceito, normatização e objetivos.

Também chamada de audiência de apresentação, a audiência de custódia é o encaminhamento do flagranteado, após a realização da prisão em flagrante, ao juiz competente, para que este, após ouvir as partes, decida entre o relaxamento da prisão, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ou a conversão em prisão preventiva. Trata-se de uma inovação no

processo penal brasileiro, pois, antes da implementação desse instituto, o juiz decidia entre as referidas opções analisando apenas o auto de prisão em flagrante, sem a apresentação e oitiva do preso, seguindo o procedimento do Código de Processo Penal (CPP) em sua literalidade (LOPES JR., 2018).

A realização da audiência não está disposta no CPP. A materialização do instituto advém da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ratificada pelo Brasil e incorporada ao ordenamento jurídico com status de norma supralegal.

Não há, no Código de Processo Penal, a previsão expressa de uma audiência de custódia para a pessoa presa em flagrante. Todavia, a audiência de custódia faz parte do ordenamento jurídico brasileiro com base no item 5, do artigo 7º, do Pacto de São José da Costa Rica, que reza, em sua primeira parte que “toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida sem demora à presença de um juiz”. Tem ela o condão e garantir a audiência do preso com o magistrado competente dentro de vinte e quatro horas. Encontra supedâneo em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 928-929).

Assim, a concretização da audiência de custódia no âmbito do poder judiciário se perfaz em observância à referida Convenção, a qual foi aderida pelo Brasil no ano de 1992.

Regulamentando o instituto, tem-se a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual determina a apresentação de toda pessoa presa em flagrante delito em até 24 horas à autoridade judicial competente, garantida a ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou a prisão ou apreensão e o atendimento prévio e sigiloso por advogado ou defensor. Assim, a Resolução define a expressão “sem demora”, presente do dispositivo da CADH supracitado, o que corresponde a 24 horas em nosso ordenamento (LOPES JR., 2018).

Ressalte-se que a audiência não se presta a investigar o mérito da causa, mas sim analisar as circunstâncias e determinar a custódia.

Quanto ao procedimento na realização da citada audiência de custódia, deve-se atentar para o seguinte: não se trata de uma anteci-

pação do interrogatório. Mais ainda: não se está abrindo a oportunidade para o avanço acerca das circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita. A audiência destina-se tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida (família, trabalho etc.). (PACELLI, 2017, p. 257).

Assim, a análise feita na audiência não é do fato típico, antijurídico e culpável supostamente praticado, mas sim, das especificidades da prisão e da presença ou não dos requisitos para aplicação de medidas cautelares, incluída a prisão preventiva.

Em relação aos objetivos da implementação da audiência de custódia, segundo Lopes Jr. (2018), a condução imediata do preso à autoridade judicial é uma forma de evitar a demora do contato do preso com o juiz competente. Sendo caso de concessão de liberdade provisória, o flagranteado seria libertado de forma imediata, sem ter que esperar muito tempo no sistema prisional, situação frequente quando se aplicava o procedimento literal do CPP (apresentação imediata apenas do auto de prisão de flagrante). Logo, a audiência de custódia, em tese, serve como diminuidora do encarceramento de presos provisórios. Buscou-se, assim, atenuar a superlotação do sistema carcerário brasileiro.

no que se refere aos problemas existentes no âmbito da realidade carcerária também é possível apresentar uma série de caminhos para o enfrentamento desse problema. Tais medidas vão desde a valorização do trabalho útil e do estudo até o estímulo às cautelares penais substitutivas da prisão. E a audiência de custódia é importante reforço ao enfrentamento do drama prisional. Isso porque, determina que todo aquele que for preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão. (CORDEIRO; COUTINHO, 2018, p. 79).

Outrossim, a concretização da audiência de custódia tem como meta subverter as análises frias do auto de prisão em flagrante que eram feitas quando se fazia a aplicação literal do art. 310 do CPP, sem considerar as disposições da CADH, ou seja, trazer novos paradigmas ao procedimento penal.

Eis um ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal do juiz com o detido. Uma medida fundamental que, ao mesmo tempo, humaniza-se o ritual judiciário e criam-se as condições de possibilidade de uma análise acerca do *periculum libertatis*, bem como da suficiência e adequação das medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP. (LOPES JR., 2018, p. 624).

Ressalte-se, ainda, que, como na audiência de custódia há verificação das circunstâncias da prisão em flagrante (inclusive para observar se houve prisão ilegal), há o objetivo de averiguar e combater a tortura e arbitrariedades eventualmente realizadas pelas autoridades policiais.

Também a constatação da condição física e mental do preso, dos efeitos diretos e indiretos da prisão ocorrida, são melhor avaliados no contato pessoal com o juiz. Ademais, é nessa apresentação pessoal reforçada a direta ciência dos direitos pelo preso, momento em que se inicia sua defesa, já com a assistência já de advogado, é o momento que pode diretamente manifestar-se por sua liberdade. (CORDEIRO; COUTINHO, 2018, p. 87).

Assim, a descarcerização, a humanização dos procedimentos e averiguação e reprovação de violências à pessoa do preso são objetivos declarados da instituição da audiência de custódia.

Os termos de cooperação técnica aludidos apontam objetivos que realçam a necessidade da audiência de custódia, mormente: (1) conferir aplicabilidade às normas de direito internacional já integradas ao ordenamento jurídico internacional, tais como as consignadas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9º, item 3) e no Pacto de São José da Costa Rica (art. 7, item 5); (2) efetivar as garantias sufragadas no art. 310, do Código de Processo

Penal, referentemente à pessoa presa em flagrante; (3) aprimorar os mecanismos de persecução penal estatal e de prevenção de delitos de tortura (Lei n° 9.455/1997); (4) reestruturar o sistema de justiça criminal, incentivando a utilização e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão; e (5) impulsionar o enfoque restaurativo, coletando dados do impacto das medidas cautelares diversas da prisão, alternativas à prisão provisória. A audiência de custódia retrata o permeio do princípio da dignidade da pessoa humana no direito processual penal. Trata-se de um modo de humanização da persecução penal estatal, apta à sua democratização tendente tanto a coibir a tortura, quanto a promover o debate sobre a necessidade da prisão. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 930).

Apesar do que foi exposto, não são esses objetivos declarados que são postos em prática. Há objetivos reais e não declarados, melhor compreendidos com uma análise fática através da Teoria da Rotulação.

### 3 “Labelling approach”, teoria da rotulação ou teoria do etiquetamento: novos paradigmas de análise.

A “labelling approach” traz novas formas de análise do sistema de justiça criminal. Passa-se de noções que definiam a criminalidade de forma ontológica para definição do delito como algo atribuído sistematicamente a determinados indivíduos. Assim, o contraponto da referida teoria com as teorias positivistas é que estas analisam crime do ponto de vista científico, psicológico, patológico ou moral, limitando-se a postular qual deve ser a atuação das instituições formais diante dessas questões, enquanto que a teoria do etiquetamento relaciona as dinâmicas do sistema penal com as dinâmicas sociais em si.

Uma conduta não é criminal “em si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como crimino-

so entre todos aqueles que praticam tais condutas. (ANDRADE, 1996, p. 28).

Nesse contexto, a noção de crime e criminalidade é substituída pela noção de processo de criminalização (ANDRADE, 1996), o qual corresponde a esse processo de atribuição da etiqueta de criminoso a determinados grupos de pessoas previamente selecionadas.

Esse processo possui um movimento de criminalização primária, processo pelo qual o Poder Legislativo seleciona quais atos poderão ser sancionados pelo Estado como uma pena (SUXBERGER, 2006) e outro movimento, qual seja, a criminalização secundária, processo de atribuição, pelas instituições formais, do status de criminoso ao indivíduo, a partir das reações e construções sociais (ANDRADE, 1996).

Para o labelling approach, a seleção de qual indivíduo específico deve ser processado (etiquetamento) não se rege por critérios técnico-jurídicos, mas conforme estereótipos criminais que se estruturam no imaginário dos operadores do direito penal. O mandamento abstrato da norma desvia-se substancialmente ao passar por certos “filtros” altamente seletivos e discriminatórios que atuam segundo critérios de status social do infrator. Se no processo de definição da criminalização primária escolhem-se condutas, no de criminalização secundária concretiza-se individualmente a seqüência seletiva, definindo-se as pessoas delinquentes. (SUXBERGER, 2006, p. 226).

Assim, a atuação do sistema de justiça criminal não é um simples resultado de apuração e punição de condutas, tendo em vista proteger bens jurídicos, mas sim, o desenvolvimento de uma seletividade e criminalização de determinados setores da sociedade, considerando, para isso, a reação da sociedade diante dos atos praticados. É por essa razão que Andrade (1996) diz que a teoria a rotulação instaurou o “paradigma da reação social”.

Se um ato é ou não desviante, portanto, depende de como outras pessoas reagem a ele. Uma pessoa pode cometer um incesto clânico e sofrer apenas com mexericos, contanto que ninguém faça uma acusação publica; mas será impelida a morte se a acusação for feita.

O ponto é que a resposta das outras pessoas deve ser vista como problemática. O simples fato de uma pessoa ter cometido uma infração a uma regra não significa que outros reagirão como se isso tivesse acontecido. (Inversamente, o simples fato de ela não ter violado uma regra não significa que não possa ser tratada em algumas circunstâncias, como se o tivesse feito.). (BECKER, 2008, p. 24).

Outrossim, por conta dessa dinâmica de caracterização de um ato como criminoso ser diretamente relacionada com as reações sociais, o mesmo ato definido pelo legislador como ilícito na criminalização primária pode ser apenas observado como crime em relação a certas pessoas. Outras pessoas que praticarem o mesmo ato podem não ser consideradas como criminosos e o Estado pode nem mesmo ter ciência do ato cometido, pois essas não são as pessoas selecionadas pela instituição para a construção do estereótipo de delinquente.

Como o desvio é, entre outras coisas, uma consequência das reações de outros ao ato de uma pessoa, os estudiosos do desvio não podem supor que estão lidando com uma categoria homogênea quando estudam pessoas rotuladas de desviantes. Isto é, não podem supor que essas pessoas cometeram realmente um ato desviante ou infringiram alguma regra, porque o processo de rotulação pode não ser infalível; algumas pessoas podem ser rotuladas de desviantes sem ter de fato infringido uma regra. Além disso, não podem supor que a categoria daqueles rotulados conterá todos os que realmente infringiram uma regra, porque muitos infratores podem escapar à detecção e assim deixar de ser incluídos na população de “desviantes” que estudam. À medida que a categoria carece de homogeneidade e deixa de incluir todos os casos que lhe pertencem, não é sensato esperar encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que expliquem o suposto desvio. (BECKER, 2008, p. 22).

Ademais, conforme Baratta (2002), a teoria da rotulação inspirou a formação de correntes da criminologia crítica, as quais postulam que a criminalização, ao selecionar e estigmatizar determinados sujeitos, é um instrumento de controle desses mesmos sujeitos e manutenção da ordem social capitalista, na medida em que aqueles mais atingidos por esses processos de criminalização pertencem a classes sociais mais baixas. Logo, o



sistema penal seleciona, rotula e criminaliza para a conservação de outros sistemas de dominação, como o de classe, de raça e outros.

Assim, não há como definir e unificar cientificamente os criminosos, porque o crime é algo construído e não intrínseco, como dito pelos teóricos anteriores à “labelling approach” e à criminologia crítica. Nesse contexto, os processos de criminalização se perfazem na tipificação do delito e no âmbito das diversas instituições do sistema de justiça criminal como a Polícia, do Ministério Público, o Cárcere e o Poder Judiciário, incluída, neste último caso, a audiência de custódia.

#### 4 Audiência de custódia e a desvirtuação dos propósitos do instituto: os objetivos não declarados do sistema penal.

Analisando os dados acerca da conjuntura das audiências de custódia no Brasil, percebe-se que a situação é extremamente sintomática. Dados esses que revelam o não cumprimento dos objetivos do instituto e a consequente criminalização e seletividade penal.

Conforme dados do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2017), em diversos estados, a medida mais decretada nas audiências de custódia é a prisão preventiva, o que revela que a implementação das audiências não levou a uma significativa diminuição da superlotação do sistema prisional.

Para exemplificar, em Pernambuco, 61% das decisões proferidas no ano de 2015 foram de decretação de prisão preventiva. No Ceará, essas decretações correspondem a 50,42% das decisões. Em Minas Gerais, 53,58%. No Rio de Janeiro, 63,4%. Em São Paulo, 50%. (INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2017).

Outrossim, observa-se que, em Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, a maioria dos flagrantes são pessoas negras e, em relação a essas pessoas, a maioria das decisões é de decretação de prisão preventiva. Do mesmo, a quantidade de decisões determinando a prisão preventiva para pessoas negras é bem maior do que para pessoas brancas (INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2017). Esses dados demonstram os processos descritos por Becker (2008), situação em que o sistema de justiça criminal tem incidência maior sobre determinadas pessoas pré-selecionadas, no caso as pessoas

negras, que passam a integrar majoritariamente o sistema prisional e as outras agências do sistema penal, quando pessoas brancas que cometem delitos passam a não integrar proporcionalmente, pois não passam por esses processos de rotulação.

Nesse sentido, o etiquetamento é escancarado não só por esses dados, mas também quando se constata que a audiência de custódia se torna a oportunidade em que magistrados reforçam estereótipos em relação às pessoas flagranteadas.

No caso das audiências de custódia, o momento de apresentação da pessoa presa deveria ser uma oportunidade de descoberta de uma diferente história. De reconstrução da realidade, de (re)conhecimento de uma história diferente. Porém, esse exercício de alteridade, infelizmente, não foi verificado nas audiências de custódia assistidas no Distrito Federal. O exercício do poder – de colocar o preso “em segundo lugar”, ou de falar por ele, dar conselhos para melhorar sua vida – é o cotidiano desses atos processuais. A cultura punitiva supera as expectativas de um encontro que deveria produzir novas informações, novos sentidos.

Essa condição de “ser maior do que o outro” é claramente vista quando os magistrados fazem as ditas “perguntas socioeconômicas”: em relação à educação, por exemplo, a pergunta se faz da seguinte forma: “até quando o senhor estudou?”. Os juízes naturalizam o abandono escolar e não se preocupam com ele – a não ser para cumprir o protocolo previsto na Resolução nº 213/CNJ. O mesmo dá-se em relação ao número de filhos, à situação de trabalho, a questões de saúde. A imposição do poder da autoridade judiciária em relação àquele corpo negro preso pode ser sentida em todo o ato processual. (FERREIRA, 2017, p. 296).

Essas discussões, acerca dos dados quantitativos relativos à decretação de prisão preventiva e da atribuição de estereótipos nas audiências, revelam um sistema penal que aprisiona pessoas negras não porque essas pessoas intrinsecamente possuem maior propensão a serem criminosas, como as teorias positivistas, mas porque são produzidas etiquetas e realidades sociais, com resultados de encarceramento e criminalização.

No Brasil, o perfil das pessoas em privação de liberdade é de maioria de jovens negros com precário acesso à educação: 55,07% da população prisional tem até 29 anos, 61,67% dela é negra e apenas 9,5% concluíram o ensino médio. O mesmo perfil é verificado entre as mulheres presas, composto de jovens (50%) predominantemente negras (68%), com baixa escolaridade – apenas 11% dessas mulheres concluíram o ensino médio. Importante ressaltar que, de 2000 a 2014, foi observado o expressivo aumento de 503% dessa população, tema que será aprofundado adiante neste relatório. Quando essas informações são comparadas aos dados demográficos da população brasileira, fica evidente o caráter seletivo do sistema de justiça criminal, que tem atingido em sua maioria jovens e negros. INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, 2017, p. 53).

Nessa conjuntura, percebe-se que os objetivos de descarcerização e humanização do processo penal pensados para a audiência de custódia foram substituídos pelo encarceramento massivo e pelo reforço de estereótipos. Essas situações se perfazem justamente porque a audiência de custódia está contida no sistema de justiça criminal, sistema esse que, por sua própria estrutura, não tem por objetivo a resolução e pacificação dos conflitos.

c) É, portanto, estruturalmente incapaz de cumprir as funções que legitimam sua existência, a saber, proteger bens jurídicos, combater e prevenir a criminalidade, através das funções da pena (intimidando potenciais criminosos, castigando e ressocializando os condenados), e fornecendo segurança jurídica aos acusados e segurança pública à sociedade. E não pode porque sua função real é construir seletivamente a criminalidade e a função real da prisão (violência institucional) é “fabricar os criminosos” (teses que, desde Michel Foucault até a Criminologia da reação social e crítica e o abolicionismo se afirmaram como irreversíveis);

d) Além de funcionar seletivamente – criminalizando os baixos estratos sociais e reproduzindo as desigualdades sociais, o sistema penal engendra mais problemas do que aqueles que se propõem a resolver, “sendo produtor de sofrimentos desnecessários (esté-

reis) que são distribuídos socialmente de modo injusto”, com o agravante dos seus altos custos sociais e do autêntico mercado do controle do crime que, em torno de si, estrutura; (ANDRADE, 2006, p. 171).

Assim, em todas as suas especificidades, incluindo as audiências de custódia, o sistema penal se legitima através de seus objetivos declarados de proteção de bens jurídicos e concretiza seus objetivos não declarados de seletividade e criminalização de determinadas categorias, em nome da manutenção de uma ordem social.

Os objetivos declarados do Direito Penal produzem uma aparência de neutralidade do sistema de justiça criminal, promovida pela limitação da pesquisa jurídica ao nível da lei pena, única fonte formal do Direito Penal. Essa aparência de neutralidade do Direito Penal é dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado, como indicam as teorias conflituais da Sociologia do Direito. (SANTOS, 2008, p. 7-8).

Nesse contexto, os dados, analisados à luz das noções supracitadas, mostram que os objetivos não declarados do sistema de justiça criminal são materializados no procedimento da audiência de custódia, realidade constatada em várias partes do Brasil.

## 5 Conclusão

A teoria da rotulação trouxe importantes contribuições aos estudos criminológicos, na medida em que instaurou outros parâmetros de observação do sistema penal. Através dos pressupostos postulados por Becker, é possível perceber potencial histórico e sistemático de Estado de selecionar, produzir e encarcerar aqueles etiquetados como desviantes, a partir das dinâmicas de reação dos setores da sociedade.

Essas construções são percebidas no instituto da audiência de custódia, o qual tem um propósito de humanizar o procedimento, mas que, na

prática, observando os dados acerca da implementação das audiências no Brasil, instrumentaliza diversos processos de criminalização e hipervisibiliza estereótipos dos flagranteados.

Assim, a busca pela compreensão da importância do instituto pelas instituições formais e consequente concretização dos objetivos da Convenção Americana de Direitos Humanos pode ajudar a melhorar as dinâmicas do sistema de justiça criminal e a diminuir a produção de desigualdades e desumanidades.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, Florianópolis, v. 30, n. 30, p.24-36, jun. 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>>. Acesso em: 28 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Sequência**, Florianópolis, n. 52, p.163-182, dez. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. Tradução: Juarez Cirino dos Santos.

BECKER, Howard S.. **Outsiders**: Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. Tradução: Maria Luiza X. de Borges.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2019.

CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. **Revista de Estudos Constitucionais**,

**Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 10, n. 1, p.76-88, 27 abr. 2018. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.06>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de des-carcerização ou de reafirmação de estereótipos? **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 2, p.279-303, set. 2017. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7153>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (São Paulo). **Audiências de Custódia - Panorama Nacional**. São Paulo: Iddd, 2017. 87 p. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A inserção do controle social nas escolas criminológicas: do monismo social à criminologia crítica. **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais**, São Paulo, v. 3, n. 5, p.214-230, jul./dez. 2006. Disponível em: <[https://www.academia.edu/13703138/A\\_inser%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_controle\\_social\\_nas\\_escolas\\_criminol%C3%B3gicas\\_do\\_monismo\\_social\\_%C3%A0\\_criminologia\\_cr%C3%ADtica](https://www.academia.edu/13703138/A_inser%C3%A7%C3%A3o_do_controle_social_nas_escolas_criminol%C3%B3gicas_do_monismo_social_%C3%A0_criminologia_cr%C3%ADtica)>. Acesso em: 28 maio 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

# TRABALHO PRISIONAL: OCUPAÇÃO POSITIVA E (IN)DISPONIBILIZAÇÃO

*Daniel Correa Lovatto*

## INTRODUÇÃO

Diante da pluralidade de deficiências do sistema prisional, já ingressando no vértice da adequada execução da pena de prisão, o objetivo maior desse estudo é analisar o trabalho prisional dentro do âmbito de cumprimento de pena, com levantamento de problemas e benefícios em sua aplicação e disponibilização.

Sendo considerado um dos três elementos da prisão, junto com espaço e tempo (MATTHEWS, 2003, p. 51), o trabalho prisional deve ser tratado com sua especial importância.

Assim, serão explorados seus conceitos correlatos e origem, bem como seu desenvolvimento no ordenamento jurídico e seu (ir)real procedimento de execução.

Buscando melhores modelos no atual cenário em colapso prisional, serão exploradas algumas medidas alternativas, tais quais o modelo da APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados.

## 1 Origem

Antes de ingressar propriamente na análise do trabalho prisional, faz-se oportuno uma pequena introdução ao instituto “prisão” como forma de apenamento.

Embora imprecisa sua idade, a prisão foi inicialmente implementada como um lugar de contenção, custódia e/ou destinado à prática de torturas (FERRI, 1931, p. 5), mas durante o período iluminista ganhou notoriedade e protagonismo como um apenamento “menos cruel” em relação às penas corporais. Após desenvolvida a prisão com o movimento de humanização das penas, séculos depois volta a ser cerne do debate criminológico, não pelo desenlace “humanitário”, mas por sua desordeira aplicação.

Enfim, apesar das massivas e estruturadas críticas à prisão, ela ainda é a panaceia penal, embora executada em dissonância com as teorias fundamentadoras da pena. Nesse momento, o trabalho prisional talvez ingresse como uma comprovação dessas afirmações.

A origem do “trabalho” veio antes do próprio conceito de aprisionamento, sendo este derivado da obrigatoriedade de o sujeito exercer determinado trabalho para o Estado. Essa obrigatoriedade é transmitida pela palavra “tripalium” (WOLECK, 2002, p. 35), que representa um instrumento de agricultura formado por três (*tri*) pedaços de pau (*pallium*), mas que foi revertido para tortura de inadimplentes de impostos, obrigando-os a cumprir atividades rentáveis suficiente para pagar o fisco. Assim, como gerar riqueza era trabalhar, de modo a “contribuir” para o Estado, implementou-se a prisão-trabalho.

Assim, supõe-se que a origem histórica do trabalho prisional estaria ou na sua execução propriamente como pena – reflexo dos interesses estatais acima –, ou na sua incorporação à execução da pena prisional – forma de impingir mais castigo ou dar certa utilidade àquele que se encontrava recluso (OLIVEIRA, 2017, p. 13-14).

No decorrer do desenvolvimento das formas de isolamento foram implementados vários modelos de sistemas prisionais com alguma relação com o trabalho prisional. Os mais referidos são os modelos americanos de Filadélfia-Pensilvânico e Auburn, e os modelos progressivos inglês e irlandês (BITENCOURT, 2004, p. 85).

Enquanto no sistema Filadélfico o trabalho era isolado na cela, no sistema Auburniano era coletivo, mas em total silêncio. Já nos modelos europeus, o sistema Inglês previa um isolamento celular total, passando para o trabalho comum silente até chegar à liberdade condicional, enquanto que, no modelo Irlandês, após as duas primeiras fases, de iso-



lamento celular e de reclusão noturna com trabalho diurno silente, se passava a uma terceira com trabalho coletivo em indústria ou em área agrícola, antes de sua liberdade condicional (BITENCOURT, 2004, p. 85-88).

Embora existam no ordenamento interno do Brasil diversos institutos incidentes na execução da pena, inclusive um Regime Disciplinar Diferenciado, espécie *sui generis* de sanção administrativa aplicada a eventuais casos, temos hoje um sistema progressivo, com três regimes de cumprimento – fechado, semiaberto e aberto –, sendo que em todos o trabalho é elemento chave no cumprimento da pena (BRASIL, 1984).

Indiferente de quais sistemas influenciaram o brasileiro, em relação ao trabalho prisional, a interpretação gravita em defini-lo como forma de ocupação do indivíduo submetido à custódia do Estado. Nesse sentido, ocupação é a forma de preencher o tempo e o espaço prisional, com a pessoa e as atividades por ela desenvolvidas. Como informa Woleck (2002, p.7), “a percepção do status ocupacional é mutante, acompanhando a dinâmica da sociedade e a evolução do sistema produtivo”.

Matthews (2003, p. 71) relata que o trabalho prisional produz renda e bens, capacita e profissionaliza o indivíduo, permite sua reabilitação, ensina disciplina sobre o tempo e, principalmente, permite uma ocupação lícita ao recluso.

Elemento de progressiva reeducação do preso, o trabalho no sistema penitenciário permite entender bem o conceito de ocupação, de modo a se refletir melhor sobre a importância de seu desenvolvimento. Uma coisa é indiscutível: o preso sempre irá procurar uma atividade. Portanto, a questão gira em torno de se oportunizar ocupações mais positivas do que negativas.

## 2 Panorama legal e incidentes de execução do Trabalho Prisional

Para tratar de aplicação do trabalho prisional, importante ingressar, em breve síntese, no universo legislativo da execução penal.

No Brasil, a normativa legal responsável pela disciplina da execução da pena é a LEP – Lei de Execução Penal n. 7.210/1984 (BRASIL, 1984), com objetivo de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal,

além de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A execução penal, portanto, inicia-se com a condenação do indivíduo. Em que pese observarmos na jurisprudência a execução provisória da pena diante de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau, o tema será aqui tratado apenas por execução penal decorrente de condenação.

Ainda, embora existam diversos tratados internacionais que tratem de direitos humanos, o ordenamento jurídico interno deve prioritariamente observar, em relação ao indivíduo aprisionado, as Regras de Mandela, definidas internacionalmente pela ONU como Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (BRASIL, 2016). Adotadas em Genebra no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes de 1955, foram revisadas em 22 de maio de 2015, implementando um novo quadro de normas, oficializado pela Nações Unidas, e novas doutrinas de instrumentos internacionais. (BRASIL, 2016).

Conforme regras 96 a 103 (BRASIL, 2016), específicas sobre trabalho prisional, o indivíduo, ao ingressar na unidade prisional, deve submeter-se a um exame médico para verificar sua aptidão ao trabalho, com objetivo de oportunizar um trabalho de acordo com ela, de natureza útil, de modo a conservá-lo ativo, sem estresse, sem regime de escravidão ou servidão e sem benefício da equipe prisional. Essa aptidão é verificada de forma a nutrir as habilidades profissionais e propiciar uma vida digna após sua liberação, com treinamento vocacional e oportunidade de escolha da atividade a exercer. O trabalho interno deve assemelhar-se aos trabalhos exercidos externamente, sem subordinação à obtenção de lucro financeiro, evitando operação por contratantes privados, com fiscalização por agentes prisionais. Ainda, devem ser observadas regras de segurança, indenização por acidentes de trabalho, limite de horário de trabalho segundo normas e costumes locais e remuneração igualitária ao trabalhador comum, destinando-se em parte para sua família.

No ordenamento interno, a LEP (BRASIL, 2019) cumpre função normativa dos deveres e direitos dos presos, do funcionamento da prisão e das funções de seus atores. Aos condenados previu assistência, trabalho, deveres, direitos e disciplina; aos órgãos de execução penal, suas formações e funções; aos estabelecimentos penais, as formações, localizações

e orientações; e relativo à execução penal em si, as diversas penas, regimes de aplicação, autorizações, remição da pena, livramento condicional, monitoramento eletrônico, suspensão condicional, medidas de segurança, incidentes, anistia e indulto, bem como o procedimento judicial de execução.

Como direitos do preso ligados ao trabalho prisional, a LEP (BRASIL, 1984) previu a disciplina do seu trabalho, atribuição e remuneração, previdência social, constituição de pecúlio, proporcionalidade na distribuição do tempo para trabalho, descanso e recreação, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, desde que compatíveis com a execução da pena, e a igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena.

Em relação à remuneração, conforme artigo 29 da LEP (BRASIL, 1984), seu valor observará prévia tabela, nunca inferior a três quartos do salário mínimo, devendo constituir o pecúlio por depósito em conta poupança, além de atender a indenização pelos danos, a assistência à família, as despesas pessoais e o ressarcimento ao Estado por sua manutenção.

Ainda, possui força normativa a sentença judicial para determinar direitos e deveres a serem aplicados à execução da pena. Conseqüentemente, os direitos do preso que não estiverem insculpidos na sentença, estão ou deveriam estar protegidos pela LEP (BRASIL, 1984).

Em relação aos incidentes de execução do trabalho do preso, pode-se verificar seu fim educativo e produtivo, bem como o dever de observar regras técnicas de segurança e higiene, ser remunerado, atender às capacidades laborais do indivíduo, de modo que ofereça condições para cumprir suas finalidades (BRASIL, 1984).

O local de trabalho dos presos pode ser interno ou externo. Quanto ao externo, pode ser praticado, inclusive, por presos do regime fechado, desde que se destine a serviços ou obras públicas e que atenda demais requisitos dos artigos 36 e 37 da LEP (BRASIL, 1984). Ainda, é possível inclusive ao indivíduo que cumpre pena por crime hediondo, não dependendo de autorização judicial, apenas o implemento dos requisitos legais e deferimento pelo diretor do estabelecimento prisional. É uma forma de concentrado esforço no sentido de implementar a progressividade dos regimes de cumprimento de pena. Mas, ao mesmo tempo, exige empenho das autoridades para evitar fugas e manter a disciplina em sua execução.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme seguinte trecho:

1. A lei de Execução Penal, ela mesma, às expensas, admite o trabalho externo para os presos em regime fechado, à falta, por óbvio, de qualquer incompatibilidade, por isso que acolhe o benefício, “desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.”. 2. E tal ausência de incompatibilidade há de persistir sendo afirmada ainda quando se trate de condenado por crime hediondo ou delito equiparado, eis que a Lei 8.072/90, no particular do regime de pena, apenas faz obrigatório que a reprimenda prisional seja cumprida integralmente em regime fechado, o que, como é sabido, não impede o livramento condicional e, tampouco, o trabalho externo. (HC 29.680/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 09/12/2003). (BRASIL, 2003, n.p.)

Em caso de presos que cumprem pena em regime semiaberto, não só possível o trabalho externo, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014), como ele é incentivado, sem requisito mínimo de pena cumprida, desde que verificados pelo Juiz da Execução os requisitos legais.

Já aos presos do regime aberto, como devem recolher-se à noite, é admitido qualquer forma de trabalho diurno (BRASIL, 1984), sendo o único regime em que o trabalho prisional assemelha-se consideravelmente com o trabalho livre, inclusive com a preservação de direitos sociais previstos constitucionalmente como a proteção da consolidação das leis trabalhistas.

Quanto à revogação do trabalho externo, o parágrafo único do artigo 37 da LEP (BRASIL, 1984) prevê sua ocorrência se o preso praticar fato definido como crime, for punido com falta grave ou tiver comportamento contrário aos requisitos legais. Nesses termos, importante referência do Tribunal de Justiça gaúcho de que a falta média não gera revogação:

[...]A justificativa apresentada para a ausência em dois dias consecutivos ao trabalho externo, se idônea, plausível e comprovada, afasta a imposição de penalidades. No caso concreto, o Conselho

Disciplinar considerou se tratar de falta disciplinar de natureza média. A ausência no estabelecimento onde cumpre serviço externo traz as consequências próprias do art. 37 da LEP, tal como eventual revogação. Não caracteriza, assim, a suposta falta grave prevista no art. 50, VI, da LEP. (Agravo Nº 70080576275, Quarta Câmara Criminal, Relator Julio Cesar Finger, Julgado em 11/04/2019). (RIO GRANDE DO SUL, 2019, n.p.).

Ingressando nos deveres do preso, cabe centrar num dos mais importantes pontos no que concerne ao trabalho prisional – a sua obrigatoriedade. Conforme artigo 39, inciso V, da LEP (BRASIL, 1984), o trabalho prisional constitui dever do condenado, sendo essencial à reeducação, cuja não execução irá gerar consequências, sem configurar pena de trabalhos forçados, o que seria vedado pelo artigo 5º, inciso XLVII, alínea c, da Constituição Federal, e pelo artigo 6º do Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992). Legalmente, o artigo 50, inciso VI, da LEP (BRASIL, 1984) determina que a recusa injustificada ao trabalho é falta grave e acarreta a perda de benefícios, como a progressão de regime e o livramento condicional.

Cabe, contudo, apontar exceções em que o trabalho prisional é facultativo: aos presos provisórios - artigo 31, parágrafo 2 da LEP -, aos presos civis, aos presos políticos - artigo 200 da LEP (BRASIL, 1984) - e aos condenados à pena de prisão simples, cuja pena não exceda 15 dias - artigo 6º, parágrafo 2º, Decreto-Lei 3.688/1941. (BRASIL, 1941).

De forma a incentivar o trabalho, criou-se o instituto da remição da pena, prevista no artigo 126 da LEP (BRASIL, 1984), como direito, tanto do preso definitivo como do provisório, de reduzir proporcionalmente o tempo de cumprimento da pena mediante o desconto de 1 dia de pena para 3 dias de trabalho, desconto esse que não cessa quando o preso fica impossibilitado, por acidente, de prosseguir trabalhando.

Segundo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015b), o tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos, como, v.g., para progressão de regime prisional e para o livramento condicional, independente do regime e do local de cumprimento. Será, contudo, perdido em caso de falta grave, com redução proporcional de até um terço do tempo, conforme Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014), à gravi-

dade da falta cometida. Já a chamada remição ficta não foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1305450/RO (BRASIL, 2015a), por ausência de previsão legal, assim, a omissão estatal em oportunizar a realização de tais atividades, não autoriza a denominada remição ficta ou automática.

Por fim, cabe referência ao incidente administrativo *sui generis* chamado Regime Disciplinar Diferenciado, pois contrário às posições orientadas a permitir o trabalho no seu período de 2 horas de sol, o Supremo Tribunal Federal no RHC 124775 (BRASIL, 2014) entendeu que não haveria a possibilidade de execução de trabalho interno pelo preso inserido nesse “regime”. Uma por impor ao preso tratamento peculiar, mais severo e distinto do reservado aos demais detentos. Outra, outra face à ausência de previsão legal para o preso deixar a cela para executar o trabalho interno.

Assim, no contexto geral, a legislação acerca do trabalho prisional implementa um caminho que, apesar de evidenciar um pensamento amplo acerca de seus institutos, soa utópico diante da realidade prisional brasileira. Portanto, ao invés de um simplório discurso legal, para enfrentamento da temática exige-se análise aprofundada do quadro atual.

### 3 Quadro (ir)real, dados e aplicação dos institutos

Segundo os dados de maio de 2019 das inspeções nos estabelecimentos penais elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – Geopresídios, através do relatório mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais – CNIEP (BRASIL, 2019), o Brasil possui 712.457 presos, dos quais 336.178 estão em regime fechado, 113.080 no semiaberto, 9.193 no aberto, 6.612 em regime domiciliar e 247.393 são presos provisórios. Existem, contudo, 2.617 estabelecimentos penais no Brasil com 418.832 vagas, preenchidas com mais de 700 mil presos, resultando em um déficit de quase 300 mil vagas.

Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2016, através do INFOPEN (BRASIL, 2017), realizado em 73% dos estabelecimentos penais, informaram que a taxa de ocupação do sistema prisional girava em torno de 197,8%. Nesses dados considerou-se os indivíduos custodiados em carceragens de delegacias e outros espaços administrados pelas Secretarias de Segurança Pública, mas não se consi-

derou vagas registradas, por se tratarem de espaços inadequados à custódia de pessoas. Desse número, estariam envolvidos, em atividades laborais externas e internas ao estabelecimento, apenas 15% dos detentos, sendo que, nessa porcentagem, 87% estariam desenvolvendo atividades internas e 13% externas.

Em comparativo, são dados muito abaixo dos índices do Uruguai que, apesar de deter junto com o Brasil os maiores índices sul-americanos de prisionização por habitantes, com cifras ao redor de 300 presos a cada 100.000 habitantes, possui 38% de pessoas aprisionadas realizando alguma atividade laboral (URUGUAI, 2017).

Os dados de 2016 do INFOPEN (BRASIL, 2017) refletem a situação precária do sistema prisional, principalmente na disponibilização de trabalho aos detentos, realidade pouco alterada até o presente. A partir desses dados, diversas conclusões podem ser retiradas, mas a elas devem ser somadas informações e esforços de outras pesquisas.

O IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada junto com o CNJ – Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015), realizou pesquisa sobre o lugar do trabalho nas políticas de reintegração, com merecido destaque ao dar voz também aos detentos e aos atores da execução, e não apenas aos estudiosos do assunto.

Dessa pesquisa observou-se que, apesar da orientação legal e da consideração das condições pessoais do detento e do mercado de trabalho, as formas de trabalho apresentadas servem apenas como passatempo, como laborterapia, uma ocupação evitando o ócio e suas consequências, conforme conclusão:

Os trabalhos realizados pelos presos geralmente não contribuíam para a aprendizagem de um ofício e desenvolvimento de competências procuradas no mercado de trabalho de forma a possibilitar a sua reinserção social, exigindo, em geral, baixíssima qualificação. Assim, embora o trabalho fosse considerado fundamental na política de reintegração, nem todos os postos ofertados no sistema serviam a essa finalidade. Os próprios presos não entendiam o trabalho como meio de adquirirem capacidades técnicas que poderiam ser utilizadas quando de sua libertação, sendo no máximo considerado útil enquanto prática que lhes facilita aquisição de benefícios. (BRASIL, 2015, p. 23).

Simetricamente, Chies (2008, p. 193) cita que:

O trabalho penitenciário pouco ou nada corresponde a um discurso ético, legal e profissionalizante, e tampouco e nesse sentido buscado pela maioria dos condenados, mas sim como forma de ‘matar o tempo’, lutar – em insana luta – de forma sã contra esse inimigo que é o tempo (marginalizado e excessivo pelo ócio).

Pereira (2009, n.p.), complementando, informa que o trabalho oferecido é obsoleto, marginal e inútil, realizado normalmente por meio de produção em série de determinados produtos, sem qualquer espaço para a criatividade ou comparação com o praticado extramuros, representando uma verdadeira improdução. Ainda, afirma que “a acusação do fracasso da prisão, no que se refere à sua função corretiva, traz implícita a avaliação de que as técnicas que ela emprega são rudimentares. O aperfeiçoamento de tais técnicas tornou-se a tônica de qualquer proposta reformadora.” (PEREIRA, 2009, n.p.).

Não por acaso, consta nas Regras de Mandela, no item 2 da regra 96, que um “trabalho suficiente de natureza útil deve ser oferecido aos presos de modo a conservá-los ativos durante um dia normal de trabalho.” (BRASIL, 2016).

Tratam-se de visões que buscam no trabalho prisional uma forma de profissionalização do detento, de aproveitamento do trabalho não como mero “gasto de tempo”, mas com um ideal de tornar a pessoa mais capaz de enfrentar a sociedade longe da criminalidade.

Agregando nova visão, Goffman (1974, p. 82) vê o trabalho não só como mera profissionalização da atividade praticada, mas concreta profissionalização do “dever ser”, uma ajuda na forma de reaprender a viver em sociedade como seu membro, cuja voluntariedade e capacidade de enfrentamento poderão transparecer sua melhora. Nesse contexto, Foucault (2004, p 133-134) examina que “em sua concepção primitiva o trabalho penal não é o aprendizado deste ou daquele ofício, mas o aprendizado da própria virtude do trabalho [...] trabalhar sem objetivo, trabalhar por trabalhar, deveria dar aos indivíduos a forma ideal do trabalhador”, embora refira que não se trata da real intenção, senão a de agrupar as pessoas em um ambiente controlado, delimitado, formando um potencial com fins econômicos ou políticos.



Outro ponto de destaque é a remuneração como direito e incentivo ao trabalho e a sua carga motivacional. Existem casos relatados (BRASIL, 2015) nos quais se exerce atividade laboral, mas não há remuneração, e isso não quer dizer que o apenado não quer trabalhar de qualquer forma, pois conforme verificado em diversas situações, o ócio representa mal maior para muitos detentos – uma ocupação negativa –, conforme declarações de um detento do regime fechado das unidades comuns de penitenciária brasileira:

Na cadeia a gente tem que ocupar a mente. Aqui a gente tem liberdade de ir e vir com a supervisão dos agentes. A gente brinca um pouco, conversa, e num instante passa o dia. Quando chega no modulo mesmo, as vezes nem liga a TV, já vai dormir, descansar um pouco, porque anda muito, vai para lá, vem para cá, a gente não para, está sempre ocupado. (...) Trabalhamos sábado e domingo. Essa função que nós exercemos, que é a de distribuidor de alimento, essa função precisa de domingo a domingo. É uma questão espontânea, mas, na questão da remuneração, da remição, nós não ganhamos nada. (...) Mas é espontaneamente porque, por exemplo, no sábado, quando não temos visita, ou a visita cai no domingo, é muito chato. A gente já está acostumado à saída para distribuir alimento. É muito entediante ficar no módulo. A gente se acostuma a trabalhar, quando a gente fica no módulo, fica agoniado. Aí nós preferimos, mesmo sem remuneração e a remição, sair para exercer a função de distribuir alimentos. (BRASIL, 2015, p. 25).

No estudo do IPEA (BRASIL, 2015, p. 25), é possível ver que as próprias relações dentro da prisão transparecem uma clara melhora na vida prisional daqueles que estão exercendo algum trabalho. Pois, além de ocuparem os melhores locais (módulos ou pavilhões) na penitenciária, é referido que existe melhor tratamento e valorização dos que trabalham por parte dos funcionários penitenciários, para os quais, o fato de um interno estar trabalhando representa o seu arrependimento pelo crime cometido e interesse pela mudança de comportamento.

Seguindo a investigação, a discussão encontra vértice na hora da disponibilização do trabalho, pois isso exige tanto uma arquitetura prisional

desenvolvida, como um substancial conjunto de esforços. Esses esforços, por sua vez, iniciam-se no Estado e requisitam, também, forças de entidades privadas, que encontram ali um potencial laboral e social muito grande.

Essa divisão entre os potenciais laborais e sociais refletem a mão de obra que pode se mostrar muito capacitada para as tarefas, além de transparecer o contexto social envolvido por trás. Assim, primeiro haveria de ser rentável para as empresas investirem seu capital no desenvolvimento do trabalho prisional, inclusive com certas garantias de segurança desse investimento, com uma devida fiscalização e gerenciamento, uma vez que a administração prisional cabe ao poder público.

Segundo, não pode ser visto o trabalho prisional como uma forma de “fácil lucro e exploração”, pois segundo as teorias que justificam o apenamento, a busca não é de retorno financeiro, mas de uma política adequada de futura reintegração do detento ao convívio social.

Como Roger Matthews (2003, p. 76) explica que, independente da visão favorável ou contrária, sempre observou-se historicamente que se o trabalho possui uma direção comercial e lucrativa, tende a ter um decréscimo reabilitador ou educativo, enquanto que o trabalho mais orientado à reabilitação e capacitação é pouco produtivo e eficiente, precisando haver equilíbrio entre rentabilidade e processo de reintegração.

## 4 Constructos Alternativos

Nessa linha de pensamento, foram criados espaços que buscam uma construção diversa dos mais conhecidos métodos e institutos de aplicação da pena prisional, com ênfase em índices menores de reincidência. São modelos que observam a implementação do trabalho prisional com a devida importância.

Historicamente, modelos alternativos que buscavam no trabalho um ambiente reintegrador do indivíduo à sociedade, trocando a severidade pela benignidade e os castigos pelos prêmios, na base do estímulo pelo trabalho, podem ser encontrados há cerca de 200 anos nos modelos de Montesinos na Penitenciária de Valência, com índices de redução da reincidência de 30 a 35% para míseros 1%, e em Maconochie na Ilha Norfolk (BITENCOURT, 2004, p. 84 e 89). Em que pese seus acertos e desacertos,

tos, sempre sofreram críticas, inclusive de questões econômicas como a concorrência desleal, mas a sociedade tem que tomar consciência da necessidade do implemento de um sistema que desenvolva o trabalho como mais uma ferramenta de luta contra a criminalidade.

Exemplo atual desses novos espaços seria a APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, entidade jurídica sem fins lucrativos, estabelecida como alternativa para uma melhor reintegração dos indivíduos aprisionados e que ganhou mais força através do projeto Novos Rumos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Trata-se de estabelecimento prisional que oferece a possibilidade de executar a pena nos três regimes prisionais, adotando uma metodologia que impõe uma certa rotina, de modo a evitar o ócio, onde “cada recluso é cogestor do processo de administração da unidade prisional”. (FONSECA, 2016, p. 116).

A APAC possui como objetivo auxiliar a Justiça na execução da pena, ajudando o condenado a se recuperar e reintegrar-se na sociedade, onde o tempo, o espaço e o trabalho prisionais são melhor desenvolvidos. Ao mesmo tempo, apresenta uma redução de 2/3 dos custos por interno e resulta em índices baixos de reincidência, o que reflete uma significativa diferença a ponto de ser questionável o interesse daqueles que criticam esses modelos. (FONSECA, 2016, p. 109 e 119).

Como não bastasse esse modelo brasileiro de resultados acima da média, existe, entre outros modelos internacionais que merecem grande referência, o de Punta de Rieles no Uruguai, o qual possui unidades que incentivam e disponibilizam o trabalho aos internos, com cifra de 94% de internos executando algum trabalho (URUGUAI, 2019).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese todas adversidades do trabalho prisional, como a falta de disponibilidade, as formas obsoletas, as situações de ausência de remuneração adequada pela sua prática, a má gestão dos institutos prisionais, entre outras tantas, o trabalho prisional é ou deveria ser enxergado como uma oportunidade de melhoria de vida na prisão.

Essa visão, contudo, encontra seu maior óbice na disponibilidade de trabalho, pois se já há superlotação dos institutos penais, quiçá trabalho efetivo e organizado disponível aos detentos. A necessidade de uma ur-

gente reestruturação dos cárceres voltada às ideais finalidades da pena é evidente. Não só reestruturar, mas também evitar o aprisionamento em massa desmedido e desnecessário, muitas vezes reflexo de políticas voltadas a interesses diversos dos objetivos explicitados pela lei penal.

Só com um espaço prisional devido, bem organizado, que oportunize o trabalho prisional em adequadas condições, que poderá ser implementada alguma política reconstrutiva de caráter, no intuito de compatibilizar o tempo de pena ao necessário objetivo de reinserir socialmente o detento.

A análise da espécie e forma de execução do trabalho prisional passa pela necessidade de um ambiente propício. Dessa forma, oportunizar o trabalho com interesses escusos e em desrespeito aos direitos sociais dos presos equivale a diferenciar a ótica do trabalho reintegrativo para uma visão exploratória, fazendo a própria disponibilização perder seu sentido.

Assim, faz-se necessário um Estado presente e preocupado com a correta aplicação e disponibilização dos institutos, fornecendo um trabalho adequado e condizente com a condição de pessoa em processo de reintegração, uma ideia oposta ao projeto criticamente observado por Foucault de um trabalho inútil disponibilizado com interesse de que o sujeito nada pudesse fazer ao sair da prisão. Somado a isso, a fiscalização Estatal deve ser efetivada amplamente, dentro e fora dos presídios, além de dever exercer uma análise concreta dos resultados obtidos com seus projetos implementados, evitando-se a insistência em institutos falidos.

Uma coisa é certa, modelos de sucesso alternativos ao presente não faltam. Existem diversos trabalhos e convênios sendo realizados que propiciam um desenvolvimento adequado do espaço, tempo e trabalho prisional.

No fim, a questão sempre volta-se a uma interrogação: é interesse Estatal implementar soluções?

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. ISBN 8502-4723-X.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penais**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)>. Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela:** Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. 1ª Ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b-02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto 678 de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.688 de 3 de outubro de 1941.** Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Texto para discussão 2095. **O Desafio da Reintegração Social do Preso:** uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2GhyV7y>>. Acesso em 08 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei n.º 7.210,** de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** INFOPEN, junho de 2016. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2O29ltu>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1305450/RO, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 30/06/2015a. **Revista Eletrônica da Jurisprudência.** Disponível em: <<http://bit.ly/2YXXldj>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 29.680/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 09/12/2003. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Disponível em: <<http://bit.ly/2Y4l7HJ>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 278.462/RS, rel. Min. Feliz Fischer, DJe 02/12/2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2Jlbpv>>. Acesso em 25 de junho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 282.192/RS, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 22/05/2014. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303775616&dt\\_publicacao=22/05/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303775616&dt_publicacao=22/05/2014)>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Repetitivo – Tema 917. Recurso Especial n. 1381315/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 13.05.2015b. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201301487621&dt\\_publicacao=19/05/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301487621&dt_publicacao=19/05/2015)>. Acesso em 25 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* n. 124775/RO, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 19.12.2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652170>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **A capitalização do tempo social na prisão**: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade. São Paulo: Método - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008. ISBN 978-85-99216-16-3.

FERRI, Henrique. **Princípios de Direito Criminal**: o Criminoso e o Crime. Traduzido por Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1931.

FONSECA, Carlos Eduardo Prates; RUAS, João Esteves. O Método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados -

Como Alternativa à Crise do Sistema Prisional Brasileiro. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNIFAFIBE**, Bebedouro/SP, v. 4, n. 2, p. 96-123, 2016. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 20ª edição. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004. ISBN 85-7038-019-4.

GOFFMAN, Erving. **Prisões, Manicômios e Conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

MATTHEWS, Roger. **Pagando tiempo**: una introducción a la sociología del encarcelamiento. Tradução de Alejandro Piombo. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2003. ISBN 84-7290-216-1.

OLIVEIRA, Gláucio Araújo de Oliveira. O Trabalho Penitenciário no Brasil. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 6, n. 60, p. 13-26, jun. 2017.

PEREIRA, Vany Leston Pessione. A vida na prisão: O tempo entre parênteses. **Revista âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 70, p. 1-14, nov. 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6942](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6942)>. Acesso em: 11 mar. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo Nº 70080576275, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 11/04/2019. Disponível em: <<http://bit.ly/2O534ND>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

URUGUAI. Comisionado Parlamentario Penitenciario. **Boletín Estadístico Del Sistema Penitenciario**, n. 3, 2017. Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/DocumentosCPP/Bolet%C3%ADn%20N%C2%BA3%20-%202017.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

URUGUAI. Ministerio del interior. **Punta de Rieles**: trabajo, estudio y deporte, herramientas de la rehabilitación. Disponível em: <<https://>

[www.minterior.gub.uy/index.php/unicom/noticias/1425-punta-de-rieles-trabajo-estudio-y-deporte-herramientas-de-la-rehabilitacion](http://www.minterior.gub.uy/index.php/unicom/noticias/1425-punta-de-rieles-trabajo-estudio-y-deporte-herramientas-de-la-rehabilitacion)>. Acesso em: 11 jul. 2019.

WOLECK, A. O trabalho, a ocupação e o emprego: Uma perspectiva histórica. **Revista de Divulgação Técnico-científica do Instituto Catarinense de Pós-Graduação**, Janeiro de 2002, p. 33-39. Disponível em: <<http://www.iesc.ufrj.br/cursos/saudetrab/trabalho%20ocupa%E7%E3o.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2019.



# A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

*Adolfo Veiller Souza Henriques*

*Wegna Ianni Souza Henriques*

## INTRODUÇÃO

O Estado de Coisas Inconstitucional é originado de decisões proferidas pela Corte Constitucional Colombiana, em meados da década de 90, em razão da constatação de violações sérias e sucessivas a direitos fundamentais. O referido instituto foi criado com o intuito de confeccionar dispositivos hábeis a superar a situação caótica, tendo como principal causa a omissão do Estado.

No Brasil, o Estado de Cosas Inconstitucional apenas foi reconhecido em 2015, em virtude da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), situação em que o sistema penitenciário pátrio apresentava graves violações a direitos fundamentais assegurados à população carcerária, acentuado por obstruções de cunho político e contrário ao texto constitucional, deixando de ser prestados serviços básicos como: saneamento básico e saúde.

É sabido que a República Federativa do Brasil legitimou o Estado Democrático de Direito, presente no preâmbulo e artigo 1º da Carta Magna, fazendo alusão expressa. Desta forma, os direitos fundamentais transformam-se em matéria da mais alta relevância, funcionando como mecanismo de tutela dos indivíduos.

O atual cenário do sistema penitenciário brasileiro não se compõe de características virtuosas. As prisões não comportam a quantidade de indivíduos que lá se encontram. É sabido que é dever do Estado concretizar os direitos fundamentais constantes da norma constitucional assegurados a todos os indivíduos, incluindo-se, também, os detentos.

Neste cenário, o presente trabalho versará acerca do estudo do “Estado de Coisas Inconstitucional”, observando os aspectos delimitados pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a abordagem da importância do papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais de titularidade dos detentos.

O objetivo do vigente trabalho é examinar a matéria normativa e fática que proporcionam embasamento ao Estado de Coisas Inconstitucional, assim como abordar todos os aspectos da crise no sistema penitenciário brasileiro.

Para o desenvolvimento da presente análise, lançará mão do método dedutivo, por meio da técnica de pesquisa documental indireta, explanando a problemática mediante análise de livros, códigos, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, revistas, sites que remetam ao estudo abordado.

## 1. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para a completa elucidação do tema proposto, é de suma importância a prévia análise da concretização dos Direitos Fundamentais dispostos no Estado Democrático de Direito. A Constituição Cidadã preconizou, de forma expressa, a consagração do Estado Democrático de Direito, e, em razão disso, o Estado passou a se submeter a uma sucessão de finalidades, com o fim de se atingir a realização da justiça social nos casos concretos.

Com o estabelecimento do referido protótipo de sistema político, acarretou-se uma dilatação do rol de direitos fundamentais dispostos no corpo constitucional, bem como dos mecanismos para a sua concretização. Além disso, o papel estatal na proteção dos direitos fundamentais contou com modificações, concedendo severa relevância à soberania popular. Doravante, os direitos agora estudados passaram a carregar efeito *erga omnes*, podendo ser opostos contra qualquer indivíduo ou contra o Estado.

Acerca do tema, Jorge Miranda (1990, p. 35):

Numa primeira noção, Estado constitucional significa Estado asente numa Constituição fundadora e reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder.

Consequentemente, o Estado Democrático de Direito assevera a presença de direitos que se mostram imprescindíveis a vivência dos indivíduos e à evolução da personalidade destes e que, em virtude disso, simbolizam mecanismos hábeis à tutela em detrimento da arbitrariedade do poder conferido ao Estado. Os direitos fundamentais são configurados como direitos substanciais à pessoa humana, uma vez que proporcionam a situação de pessoa ao indivíduo. Em consequência, pertencem à seara do direito constitucional.

Nesse cenário, o art. 5º, caput, da nossa Magna Carta de 1988, instituiu que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O texto constitucional abarcou os direitos fundamentais por meio de um rol bastante abrangente, assegurando, dentre outros, o direito à liberdade, à propriedade, à segurança, à igualdade, à liberdade e à vida. Desses direitos é que derivam todos os outros, relacionados nos diversos incisos do art.5º. Impende ressaltar que, de acordo com o §2º, do artigo 5º da Carta Magna não aduz a rol exaustivo de direitos fundamentais, autorizando-se a percepção de outros durante todo o texto constitucional. Ademais, permite-se, também, o reconhecimento de direitos fundamentais que se encontram inseridos de forma implícita, contanto que advenha dos fundamentos legitimados, especialmente a dignidade da pessoa humana.

É certo, entretanto, que apesar da existência dos direitos e das garantias previstas no texto constitucional, a realidade que permeia o seio social muitas vezes é discrepante do conteúdo normativo. Não é neces-

sária análise profunda de livros para ter essa conclusão. Apesar da enorme relevância dos estudos sobre a realidade social, não é necessário muito conhecimento sobre esses materiais para reconhecer a desigualdade e os obstáculos que por ora ainda se impõe ao gozo dos direitos ao ser humano fundamentais. Aliás, nesse cenário importa a observação social muito mais do que a própria leitura dos livros.

O mundo real nem sempre oferece aos tutelados condições mínimas de sobrevivência e por isso clama por atitudes concretas e emergenciais para solução dos conflitos sociais. Por outro lado, entre a necessidade que compõe a realidade social e a possibilidade de o Estado fomentar os direitos fundamentais, insurge-se o que a doutrina alemã tem chamado de reserva do possível. Segundo o pensamento inaugurado pela reserva do possível, o Estado não pode oferecer o que não dispõe em recursos ou o que não seja logicamente possível, nesse sentido Olsen (2012, p. 201), destaca que:

A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O Direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestação.

É reiterada e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a reserva do possível, sob a perspectiva da teoria dos custos dos direitos, não pode ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento dos deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. Nesse sentido, transcreve-se trecho da seguinte ementa:

EMENTA: [...] A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PU-  
DER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) - O

PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO - A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) - A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO - CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220) - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.(Supremo Tribunal Federal. STA 223 AgR/PE; relatora: min. Ellen Gracie; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de publicação: DJe 9 abr. 2014)

É certo, porém, que a mera alegação de não dispor dos recursos necessários não deve escusar o Estado de sua competência, principalmente quando essa escusa atingir uma parcela significativa da sociedade. Por outro lado, cumpre ressaltar que entre a quantidade reduzida de recurso e a inércia do poder público existe um imenso abismo que os separam. Deve-se assistir a população, ainda que com as condições mínimas do Estado, para, posteriormente, fortalecer o Estado, de modo que esse possa, então, viabilizar o cumprimento efetivo dos direitos fundamentais. Moro consagra a reserva do possível como reserva de consistência, isso porque é necessária à interpretação judicial que invoca a Constituição a presença de argumentos e elementos suficientes que demonstrem o acerto do resultado pretendido. No entanto, no que toca às políticas públicas Moro (2000, p. 67) observa:

O limite da reserva de consistência impedirá o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacitação para elaboração de política habitacional ou que visasse à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal (“busca do pleno emprego” como um dos princípios da ordem econômica). Todavia, a extensão do impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade desta poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que forem encontrados caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, através do Judiciário.

Ademais, o palco das maiores violações a direitos humanos, especialmente tomando o *modus operandi* brasileiro é o sistema carcerário. É reconhecido que o cumprimento de penas privativas de liberdade no Brasil está longe de ressocializar o indivíduo, ainda sendo um fator que mais reforça a desigualdade social do que contribui para a pacificação social.

Urge salientar que os direitos fundamentais constantes da Constituição Federal têm como destinatários todas as pessoas físicas e jurídicas, incluindo-se os estrangeiros, podendo estes configurar turistas que aqui habitam ou não. Portanto, a norma constitucional abarca, também, os indivíduos que se encontram no exercício do cumprimento de pena incorporado ao sistema penitenciário pátrio.

De fato, o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e” da Constituição Cidadã impede a determinação de penas de cunho cruel aos indivíduos que receberam a condenação penal. Da mesma forma, o inciso XLIX, incorporado ao artigo supracitado, garante aos presos a não violação da sua integridade moral e física.

## 2. FATORES DA CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Elucidados os aspectos concernentes aos direitos fundamentais assegurados à população carcerária, convém, neste momento, apurar ao cenário de profanação numerosa daqueles direitos no sistema penitenciário brasileiro, ocasionado pela indiferença do Poder Legislativo, assim como pelos erros de cunho estrutural na consolidação de políticas públicas eficazes.

No ano de 2009, a Câmara dos Deputados instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema penitenciário pátrio. Os congressistas procederam a visitas de presídios situados em diversos estados e confeccionaram um relatório que demonstrou um cenário de intenso desrespeito aos direitos fundamentais. A fim de esclarecer a situação verificada, foram aludidas, no referido relatório, diversas ocorrências, conforme mencionam Falcão e Fernandes (2017):

(...) a distribuição de comida para os presos em sacos plásticos sem talheres, a utilização do “banheiro” (um buraco no chão) para fazer as necessidades na frente de 69 pessoas, a utilização de migalhas de pães para conter o fluxo menstrual, além da falta de remédio e atendimento médico para aqueles que se encontravam doentes.

Neste sentido, alguns trechos do relatório confeccionado (BRASIL, 2009):

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.

Nas cadeias femininas, nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorvente.

A manutenção do cenário acima relatado constitui intensa violação dos direitos conferidos aos detentos, presentes em todo o ordenamento jurídico, uma vez que, como já enfatizado, a dignidade da pessoa humana configura fundamento da República Federativa do Brasil. Os direitos fundamentais ofendidos também se encontram presentes em diversos tratados internacionais que aduzem a Direitos Humanos vinculados ao ordenamento jurídico brasileiro, a saber: Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

No ano de 2016, a população carcerária brasileira contava com 726.712 pessoas, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, em publicação efetuada pelo Ministério da Justiça. Em razão disso, o Brasil é o detentor da terceira maior população carcerária do mundo (VERDÉLIO, 2019).

Acuada pela vulnerabilidade originada do aumento da criminalidade e da insuficiência de ações estatais hábeis a rechaçá-la, a sociedade tende a despejar sua indignação e dissabor na população carcerária. A melhora da situação carcerária, mais precisamente as condições dos presídios causam aversão da sociedade, preferindo que os recursos públicos sejam destinados a outras searas, como o sistema público de saúde. Logo, os parlamentares, por necessitarem do eleitorado para obterem nova eleição, fecham os olhos para o cenário do sistema penitenciário. Acerca do tema, o Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347 asseverou (BRASIL, 2016:



É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (legislativeblindspot): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais.

Logo, percebe-se que, muitas vezes, a sociedade esquece que o detento, apesar de ter sua liberdade privada em face de ter praticado uma conduta delituosa, permanece sendo pessoa humana, detentor de direitos, apesar de existirem diversas normas legais que atestam estes direitos.

Com efeito, o artigo 11 da Lei de Execução Penal assegura aos detentos direito à educação, saúde, assistência religiosa, material, social e jurídica. No entanto, o Estado, a quem incumbe a tutela dos aprisionados, detém o dever de assegurar toda a assistência a eles necessária, o que, na realidade, não ocorre. “Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas” (BRASIL, 2009).

O presente sistema penitenciário não possibilita o caráter ressocializador, isto é, o cumprimento da finalidade da pena, consagrado pelos estudiosos do direito e pelo ordenamento jurídico pátrio. Como sequela, as taxas de criminalidade não diminuem, ao passo que a revolta da sociedade aumenta.

### 3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O estado de coisas inconstitucional (ECI) teve sua primeira declaração efetuada pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC), em 1997, na ocasião em que se julgava o caso de educadores municipais que, apesar de realizarem contribuições de forma obrigatória ao fundo previdenciária, não detinham direitos sociais de natureza básica (CAMPOS, 2016, p. 1210).

Com o fim de solucionar a situação acima narrada, a CCC entendeu por bem declarar o ECI e determinar que as disposições contrárias à

Constituição fossem retificadas em prazo hábil pelo município. Ademais, a mencionada Corte estabeleceu que exemplares da decisão proferida fossem remetidos aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, aos Governadores e Assembleias, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Prefeitos e Conselhos Municipais e aos membros do CONPES social, com o fim de que providências fossem tomadas (CAMPOS, 2016, p. 124).

A CCC desenvolveu e conceituou o ECI através da *Sentencia* T-25 de 2004. Desta forma, a Corte citada determinou que seis coeficientes são necessários para que o ECI seja identificado (COLÔMBIA, 2004):

i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, a afetar um número significativo de pessoas; ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos fundamentais; iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como, por exemplo, a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; iv) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentais necessárias para evitar a violação de tais direitos fundamentais; v) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, que requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recurso que demanda um esforço adicional orçamentário importante; vi) a probabilidade de enorme congestionamento judicial, caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema ajuizassem ação de tutela para obter a proteção de seus direitos fundamentais.

Com o objetivo de instituir o conceito dedicado ao estado de coisas inconstitucional, é importante trazer definições confeccionadas por outro estudioso do direito. Neste sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016):

Técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os co-

mandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

Neste momento, passa-se a observar o estado de coisas inconstitucional à luz da omissão estatal. Convencionalmente, a omissão inconstitucional decorre da inércia do Poder Legislativo. Este tipo de omissão se dá nas ocasiões em que a Carta Magna ordena que o legislador regulamente determinado assunto e ele deixa de fazê-lo (BARROSO, 2016, p. 296).

Respeitando a classificação de José Afonso da Silva (2004, p. 101-102), vale dizer que muitos dos direitos contidos na Carta Magna são de aplicabilidade imediata, uma vez que lhes foi conferida normatividade apta à produção de efeitos, independentemente de regulamentação infra-constitucional.

Todavia, a não consolidação desses direitos ou a ausência de mecanismos que os concretizem pode ensejar a omissão constitucional. É necessário que os direitos fundamentais produzam plenos efeitos, pois, do contrário, a Carta Magna deterá apenas caráter simbólico (NEVES, 2011, p. 90-91:

[...] sobre a relação entre texto constitucional e a realidade constitucional, pode-se retirar um primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica, o seu sentido negativo: o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo juridicamente de forma generalizada.

A inércia do Poder Legislativo ou Executivo por ausência de políticas públicas para a consolidação de direitos fundamentais enseja a omissão inconstitucional e, em consequência, o desrespeito em massa dos direitos fundamentais é a segunda condição para que o ECI seja declarado.

Neste cenário, o Poder Judiciário detém papel supletivo, apenas atuando nas ocasiões em que os outros poderes se mostram inertes. A atuação do Poder Judiciário tem a finalidade de reparar o desrespeito dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 58).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 foi originada a partir da requisição do Partido Socialismo e Li-

berdade (PSOL) para que o Supremo Tribunal Federal (STF) efetuasse a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário e deferisse as deliberações requisitadas na ação para que as máculas contra os preceitos fundamentais contidos na Carta Magna cometidas no sistema penitenciário pátrio fossem sanadas.

Não obstante o STF não ter apreciado o mérito da ADPF 347, o pedido cautelar foi deferido de forma parcial para o fim de (BRASIL, 2015):

- Reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro com base na superlotação e condições desumanas de custódia, admitindo expressamente a violação massiva de direitos fundamentais por falhas estruturais de políticas públicas;
- Estabelecer a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional a fim de possibilitar a superação do estado de coisas inconstitucional;
- Obrigar juízes e Tribunais a realizarem audiências de custódia em até 90 dias, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão; e
- Acolher a proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de determinar à União e aos Estados-Membros, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem à Corte informações sobre a situação prisional.

Desta forma, foram fixadas algumas medidas de forma a tentar a melhoria do caos instalado no sistema penitenciário brasileiro ante a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os condenados à privação do convívio social devem ser reinseridos na sociedade e a reincidência deve ser evitada a todo custo. Estas medidas não constituem incumbência apenas dos próprios detentos, mas sim de toda a sociedade, uma vez que esta também colherá os bons frutos do sucesso dos mecanismos supracitados.

Os Poderes Executivos e Legislativos, por serem dotados de governança política e necessitarem do intento do eleitorado, nutrido pelos clamores sociais, eximem-se de zelar pela dignidade da pessoa humana dos detentos. E a inércia é agravada pelo fato de ações destinadas a melhoria e efetivação dos direitos fundamentais pertencentes à população carcerária ensejarem a repulsa da sociedade.

Logo, percebe-se que são necessárias políticas públicas que sejam capazes de instruir a sociedade e proporcionar a ela um amadurecimento acerca da dignidade da pessoa humana pertencente à população carcerária, haja vista ser uma ocorrência de interesse coletivo.

Apesar de toda a contrariedade esposada pela sociedade neste sentido, a situação atual do sistema penitenciário brasileiro necessita que as instalações dos estabelecimentos prisionais sejam dotadas de estrutura eficiente, bem como que todos os direitos fundamentais dos detentos sejam respeitados em sua magnitude. A concretização destas ações demanda enorme suporte financeiro, e é sabido que o Estado enfrenta obstáculos para destinar os recursos públicos à seara do sistema carcerário.

A colaboração público-privada tem o condão de instituir medidas hábeis à superação do desrespeito em massa dos direitos fundamentais presentes constantemente nos estabelecimentos prisionais pátrios. Logo, contribuem de forma significativa para que o estado de coisas inconstitucional, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal seja ultrapassado.

Se valendo da proteção oferecida pela jurisdição, o Supremo Tribunal Federal, através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), determinou a consolidação de algumas medidas cautelares aptas à proteção dos direitos ofendidos. Neste caso, o Poder Judiciário interveio de forma benéfica, tendo em vista que era imprescindível que fossem instaurados mecanismos hábeis à reparação dos danos advindos da omissão dos outros Poderes, em caráter repressivo, e, preventivamente, evitando que outras situações de abuso viessem a ocorrer no futuro.

A importância da função jurisdicional, em casos semelhantes, vem aumentando consideravelmente, tendo em vista a indispensabilidade dos direitos que o Poder Judiciário visa resguardar em consequência da omissão estatal.

Diante de todo o exposto, ainda que o Poder Público se mostre omisso e tenda a seguir os pensamentos arcaicos emitidos pela sociedade, no

sentido de se eximir de sua responsabilidade em relação à promoção da humanização das condições do sistema penitenciário brasileiro, existe eficaz movimentação do Poder Judiciário para que este quadro seja revertido.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 04 jul. 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 06 jul. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 798**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcer%C3%A1rio:%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direito%20fundamental)>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Brasília. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 223 AgR/PE**; relatora: min. Ellen Gracie; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de publicação: DJe 9 abr. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-25**. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

FALCÃO, Ana Gessica Carneiro; FERNANDES, André Dias. **Estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a parceria público-privada**. Disponível em: <<https://www.faculda-dedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/719>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

LIMA, George Marmeistein. **Estado de Coisas Inconstitucional- ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas--inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitu-cional/>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Editora Forense, 3ª edição, 1990.

MORO, Sergio Fernando. **DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43018/Desenvolvimento%20e%20efetivacao%20judicial%20das%20normas%20constitucionais.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2012

SAAB, Nadia Maria. **A crise do sistema penitenciário brasileiro: um estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55186/a- crise- do- sistema- penitenciario- brasileiro- um- estado- de- coisas- inconstitucional>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

SILVA, Érick William da; MARTINS JÚNIOR, Irineu Ruiz; BONINI, Lúcio Mendes de Melo. **O Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro e a Adoção de Medidas Cautelares**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70277/o- estado- de- coisa- inconstitucional- do- sistema- prisional- brasileiro- e- a- adocao- de- medidas- cautelares>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERDÉLIO, Andreia. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo**. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação dos poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e compromisso significativo: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 09 jul. 2019.



# O PAPEL DA SEGURANÇA PÚBLICA NO COMBATE À CRIMINALIDADE: PARÂMETROS JURÍDICOS-POLICIAIS

*José Ewerton Bezerra Alves Duarte*

*Filipe Araújo de Moraes*

*Almair Moraes de Sá*

*Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas*

## 1. INTRODUÇÃO

O ambiente que envolve a segurança pública é complexo e repleto de diversos desafios, não somente aos profissionais diretamente envolvidos com os acontecimentos deste cenário, os policiais, mas também para a sociedade, que sente as consequências boas e ruins de tal contexto. Desta forma, sendo os policiais os principais gestores da segurança pública, espera-se que estes tenham os conhecimentos necessários para a realização dos serviços que correspondam às expectativas da organização em que ele esteja alocado, bem como da sociedade, e que com este conhecimento minimize-se os riscos relacionados ao exercício regular de sua profissão.

Qualquer instituição que preste um serviço público ou privado, as pessoas que executam as ações são tidas como um recurso estratégico, assim, práticas que visem direcionar e assegurar que os funcionários contribuam para os objetivos e desempenhos das organizações constituem a gestão estratégica destas (OLIVEIRA, 2009).

A segurança pública hodiernamente encontra-se em destaque, ganhando uma visibilidade histórica talvez nunca antes vista nesta área, es-

tando presente constantemente em debates, tanto de especialistas da área, como da população em geral. O aumento das taxas de criminalidade, a violência crescente nas escolas, bem como a sensação geral de insegurança, entre outros aspectos, representam um desafio para consolidação da política democrática no Brasil.

A valorização do policial mostra-se extremamente necessária neste caso, compreendendo este como o autor final das políticas de segurança, devendo ser concebido, desta feita, como fundamental para o bom funcionamento da Segurança Pública em *lato sensu*. No entanto, percebe-se que, tanto no âmbito das instituições, onde se vê uma preparação inadequada, desvalorização econômica e falta de estrutura laboral ideal, como no âmbito social, onde nota-se um descaso da população com esta classe, atribuindo-se a estes (policiais) muitas vezes um papel de vilão, existe, ainda, uma desvalorização da profissão, o que gera no profissional uma desmotivação sem precedentes, ocasionando, por exemplo, problemas de saúde e falhas na execução das ações profissionais.

É imperioso questionar-se então quais são os caminhos a serem seguidos pela segurança pública para frear os crescentes casos que assolam o país neste quesito, bem como de qual maneira o policial deve ser preparado e valorizado para uma melhor execução do seu trabalho, proporcionando assim um melhor resultado na implantação das políticas públicas de segurança.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 DESAFIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

A segurança pública, em um estado democrático de direito, deve ser considerada um direito humano fundamental, compreendendo que independente de qualquer situação política, econômica ou qualquer outra que gere uma diferenciação social, todos os seres humanos devem ter assegurados uma segurança digna e garantida pelo Estado, cabendo assim entender que a segurança pública é inerente à condição humana (HOBBS, 2003).

Podemos compreender que a segurança pública atualmente encontra-se inserida no rol dos direitos humanos de terceira geração, que são direitos transindividuais, portanto voltados para a sociedade em geral e

não um direito individual, destinados à proteção do gênero humano, e são relacionados ao desenvolvimento ou progresso, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, ao direito de comunicação, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (NOVELINO 2009).

Portanto, compreende-se que as pessoas, no propósito de garantir a segurança social, abdicam de alguns dos seus direitos individuais, para conceder ao Estado o poder de realização da proteção, que demonstra sua força através de uma vontade geral, cumprindo a função da existência do Estado, que é a de buscar o bem comum (ZENI; RECKZIEGEL, 2009).

No entanto, é visto hoje que o Estado não consegue garantir a segurança necessária à população, deixando-a à mercê da criminalidade e da violência em todos os níveis e expressões. Não há demonstração de esforço partindo do Estado brasileiro na erradicação ou pelo menos diminuição da violência, gerando uma insegurança nas pessoas e criando uma crescente desigualdade social, havendo uma menor sensação de insegurança apenas aos que possuem condições de mantê-la. (SANTOS, 2012)

Da Matta citado por Sapori (2007), entende a desigualdade como um problema moral e não apenas econômico, afirmando que se trata de:

Desigualdade de distribuição de riqueza nacional e, portanto, de acesso às oportunidades de ascensão social, mas também é desigualdade de cidadania, típica de uma sociedade que classifica os cidadãos em primeira classe e segunda classe ou mesmo que distingue os indivíduos das pessoas (DA MATTA apud SAPORI, 2007).

A segurança pública é um produto da natureza social do homem, e como tal teve em seu processo de evolução diferentes expressões ao longo da história, primeiro sendo considerada do âmbito individual, estando inserida na primeira geração dos direitos humanos, tendo como “titular a pessoa individualmente considerada e representava o direito de resistir e opor-se ao Estado” (SANTOS, 2012, p.04), contudo, como já explicado, hoje compreende-se a segurança como um direito que deve ser garantido para a sociedade em geral, independentemente da sua situação individual.

Contudo, observamos que “ainda não temos uma “segurança cidadã” e continuamos assistindo a uma segurança pública violadora dos di-

reitos humanos” (MATOS; CHARBEL, 2014, p. 301). A Carta Maior de 1988 consagrou os direitos políticos, abriu um caminho para repensar os direitos civis, e ampliou o leque de direitos sociais no país, contudo, na luta contra a ditadura, da sua crise e da transição democrática, as classe dominantes utilizaram-se de meios para excluir a massa popular nos processos decisórios, houve neste caso a socialização da política e não uma socialização do poder político (NETTO, 2015).

Indaga-se então como pode-se garantir uma segurança pública de maneira efetiva e humanizada para toda a população, sendo que apenas parte da população possui real poder político. Observa-se que na maioria dos casos a segurança pública torna-se discurso político e não políticas públicas, utilizando-se delas apenas para obtenção de votos, “legitimando as mais diversas barbáries protagonizadas pelos órgãos de segurança pública contra a população, principalmente a mais pobre”. (MATOS; CHARBEL, 2014, p. 301).

No estado brasileiro a segurança pública está destacando-se como um dos mais graves problemas sociais. Observando as vítimas fatais nos últimos 24 anos, têm-se o alarmante número de mais de um milhão de casos, destaca-se que a taxa de mortes por agressões teve um salto de 22,2 a cada 100 mil habitantes, no ano de 1990, para 28,3 em 2013 (FBSP, 2013).

O alarme sobre a necessidade de observar-se a segurança pública no Brasil continua ao observarmos que possuímos 2,8% da população mundial, mas acumulamos 11% dos homicídios ocorridos em todo o mundo (UNODC, 2012). Ainda como agravante, observando-se a pesquisa de Daniel Cerqueira, feita no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), foi feito um cálculo e constatou-se que de 1996 a 2010, quase 130 mil homicídios no Brasil não entraram nas estatísticas de morte violenta (CERQUEIRA, 2013).

Observando estes dados, percebe-se que o número de assassinatos reais no Brasil chega a quase 60 mil por ano, ou seja, a taxa só de homicídios no país já nos coloca como uma das sociedades mais violentas do mundo, isto não contando com dados acerca de outros crimes que assolam a segurança pública, como roubos, lesões, sequestros, et al.

O que se propõe, observando todos estes aspectos, tanto o da necessidade de garantir a segurança pública, como o dos alarmantes casos de violência encontrados no Brasil, é que o Estado possa vir a cumprir o seu

papel de garantir a vida e a segurança, não violando os Direitos Humanos consagrados pela Carta Magna de 1988 e também na legislação internacional.

Infelizmente, e com base nos dados expostos *in retro*, percebe-se que as políticas de segurança pública não são efetivas, e são voltadas ao combate ao crime e a violência nos seus estados mais primitivos, voltada a combater as parcelas mais excluídas como se fossem a causa dos problemas de segurança no país (MATOS; CHARBEL, 2014).

As políticas públicas deveriam ser conduzidas de maneira democrática e participativa. Estado, governos e principalmente a sociedade civil, que é a mais interessada nesta situação, devem estar envolvidos em suas criações e efetivações, pois sendo a segurança pública inerente à qualidade humana, em um Estado Democrático de Direito, e ainda destacando seu patamar de direito fundamental, conforme a Constituição Federal de 1988 é indispensável que essa seja garantida de forma equitativa. Para o melhor desenvolvimento humano, bem como para garantir este desenvolvimento de maneira saudável, é indispensável apontar algumas coisas referentes às políticas sociais na sociedade contemporânea.

Matos e Charbel (2014, p. 02) dizem que “as políticas sociais ou padrões de proteção social se desenvolveram como respostas à questão social, mais precisamente nas mobilizações operárias do final do século XIX em resistência à exploração do Capital”. Na medida em que a sociedade se desenvolve, as políticas de segurança devem caminhar para priorizarem, em primeiro lugar, a vida e depois garantir o bem estar da coletividade.

Importante também é destacar que a ideia de segurança pública encontra-se relacionada diretamente à compreensão de ordem pública, estando esta situação enraizada na compreensão social, ou seja, é comum que a população em geral entenda como segurança uma ação realizada para manter a ordem (SANTOS 2012).

Zevevucha (2010) manifestando-se sobre a ordem social e seus conceitos, apresentando também os seus autores, considera que a ordem não é um conceito neutro em sua definição, e em todos os níveis dos processos de tomada de decisão política vai envolver escolhas que refletem as estruturas políticas e ideológicas dominantes, sendo a noção de ordem envolvida em julgamentos ideológicos e sujeitando-se a estereótipos e preconceitos sobre a condução de determinados indivíduos.

Devem às políticas públicas de segurança ser pensadas, inicialmente, considerando a proteção do humano, seja ele criminoso ou policial. Não deve o Estado, nem seus autores diretos na manutenção da segurança, renderem-se a uma mercantilização em detrimento do direito à vida e segurança, pois estariam “enveredadas pelos caminhos da privatização para os que podem pagar, da focalização/seletividade e políticas pobres para os pobres, e da descentralização, vista como desconcentração e desresponsabilização do Estado” (BEHRING; BOSCHETTI, 2007, p. 184).

Na ditadura militar brasileira a segurança era orientada para o combate ao inimigo interno, e não para exercer uma proteção direta a população ou a sociedade, ou seja, os traços arraigados na sociedade brasileira principalmente nas instituições de segurança, continuam orientando as políticas públicas neste sentido, interferindo inclusive nos autores desta segurança, que acabam por agir por este conceito, constatando-se que a segurança pública no Brasil, figura entre as mais letais e violentas do mundo, sendo ainda responsável direta pela reprodução da desigualdade social (PELLIGRINI, 2015).

Pelligrini (2015) ainda afirma que a polícia brasileira além de improdutiva, por reproduzir conceitos não humanizados, ainda é utilizada como aparelho bélico do Estado, empregada por sucessivos governantes a combater um inimigo interno, neste caso seu próprio povo, produzindo matança nos residentes das periferias das cidades ou nas favelas, ou conduzindo pessoas a prisões medievais.

Destaca o autor que por essa razão as polícias brasileiras possuem grande dificuldade em uma adaptação ao modelo democrático, pois por conceitos arcaicos, acabam não reconhecendo a titularidade dos direitos fundamentais na população pobre, considerando-os sempre como suspeitos que devem ser no mínimo disciplinados e vigiados.

Há uma necessidade de “sistematização de ações pontuais combinadas a programas consistentes e duradouros, fincados; sobretudo, na valorização do ser humano sob todos os aspectos, considerando o contexto social de cada cidadão” (CARVALHO; SILVA, 2011, p. 60), norteando as políticas de segurança em um processo democrático, excluindo essa ideia de inimigo interno, e capacitando o contingente policial para uma melhor atuação frente aos problemas da sociedade.

Passando, portanto, o policial a proporcionar uma proteção real, observando sempre a criminalidade hodierna, mas deixando de atuar apenas

como agente punitivo, e sendo responsável pela proteção direta da população, sem destinações sociais e econômicas, obtém-se uma política de segurança mais adequada ao Estado Democrático de Direito. Contudo, há de se observar a necessidade de valorização desta categoria profissional, que acaba sendo despreparada, não apenas por viver em um sistema enraizado com a cultura do inimigo interno, mas por não ter as capacidades sociais, econômicas e psicológicas de agir de maneira adequada.

## 2.2. VALORIZAÇÃO DA CLASSE POLICIAL

De acordo com o que aduz Minayo (2012), a “valorização profissional” é constituída por uma noção imprecisa, contudo, o senso comum é de atribuir tal valorização a um recebimento de melhores salários por parte dos profissionais. A autora ainda confirma que algumas profissões como as dos setores de serviços, como as da área da saúde, da educação e da segurança pública, possuem grande importância para a sociedade, porém pouca visibilidade e baixa remuneração.

A literatura sociológica conduz o pensamento a entender a valorização profissional como o papel social que é desenvolvido pelo sujeito, utilizando-se de modelos de comportamento, expectativas, responsabilidades e privilégios, percebendo o significado do tema através de características prévias sobre os autores ou grupos que desempenhem determinados papéis ou expectativas, convenções e valores (MELO, 1999; STACCIARINI; TROCCOLI, 2001; MEIRELLES, 2006).

Existe em alguns casos, uma identificação da apreciação que o profissional recebe diante da sociedade como relação da sua valorização, ocorrendo que quanto mais estes profissionais são percebidos de maneira positiva pela sociedade, bem como pelas instituições em que exercem seu ofício, mais tendem a desenvolver um papel mais valoroso, criando um movimento cumulativo entre o reconhecimento profissional e o melhor exercício de suas atribuições (MINAYO, 2012).

Concebe-se então que o salário não é a característica determinante na valorização de um profissional, sendo ele apenas parte desta, necessitando para um completo reconhecimento uma política de gestão de pessoas nas organizações em que estejam empregados. Minayo (2007) destaca que, no caso do policial militar, o salário é de grande importância na sua vida

profissional, mas elenca outros fatores como: o fortalecimento da autoimagem do policial; repensar a rigidez hierárquica da organização; preocupações com as condições de saúde física e mental do policial; reconhecimento social, dentre outras situações que elevam a qualidade de vida deste profissional tão importante.

Portanto, ter mais renda não significa ser mais valorizado, estando à satisfação conectada a temas tangíveis como a melhor remuneração, mas dependendo também de aspectos subjetivos, como a confiança, o respeito, a existência de um ambiente institucional harmônico, a satisfação em superar desafios, bem como o orgulho de fazer algo importante para si e para a sociedade, pressupondo assim que, o reconhecimento profissional é uma manifestação onde o autor percebe claramente que seu trabalho têm um valor, tanto para si próprio como para a sociedade em geral (PADILHA, 2011).

Este reconhecimento ocorre, quando o profissional encontra, em seu âmbito de trabalho, uma autonomia, um reconhecimento da sua pessoa, a justiça salarial, bem como o sentimento de estar inserido em uma organização não apenas como instrumento, mas pertencendo realmente a esta, sentindo seu trabalho inestimável e valioso (MARTINS; HONÓRIO, 2014).

Observando os aspectos que envolvem a prestação de serviços da classe policial, destaca-se a prevenção e a manutenção da ordem pública, sendo necessário para alcançar os objetivos da organização, que o policial sinta-se imprescindível, sendo ele responsável final pelo atingimento das metas que forem estabelecidas. Ricardo Balestreri (1998, p. 08), manifesta que:

É fundamental que o cidadão policial sinta-se motivado e orgulhoso de sua profissão. Isso só é alcançável a partir de um patamar de “sentido existencial”. Se a função policial for esvaziada desse sentido, transformando o homem e a mulher que a exercem em meros cumpridores de ordens sem um significado pessoalmente assumido como ideário, o resultado será uma autoimagem denegrida e uma baixa autoestima.

É necessário que o policial se reconheça como agente de mudança social, envergando-se para um mundo melhor e mais justo, para isso ele deve



encontrar nas instituições que lhe acolhem a possibilidade para obtenção do seu crescimento. Isto é necessário para qualquer profissional ter uma perspectiva de futuro, é imprescindível que o Estado como órgão de acolhimento deste profissional disponibilize possibilidades para que ele atue ligando seus ideais ao desta, proporcionando ao policial a compreensão de que seu esforço e dedicação valem a pena (PADILHA, 2011).

Portanto, o policial precisa enxergar, em sua carreira, uma possibilidade de crescimento profissional, alcançando também uma remuneração adequada ao desenvolvimento de suas competências individuais e coletivas, pois, se o trabalhador não perceber perspectivas de futuro em sua instituição, não compreenderá o valor de seu trabalho, promovendo nele uma descrença e acomodação (MINAYO, 2012).

A segurança pública é um caminho para obtenção de uma cidadania plena, devendo garantir o respeito à dignidade humana, bem como aos princípios que norteiam os Direitos Humanos, sendo esta compreensão imprescindível, entendendo que vivemos em um Estado Democrático de Direito no Brasil que tem como fundamentos a construção de uma sociedade justa, solidária e livre, que objetiva a erradicação da pobreza, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana.

Cabe aos órgãos responsáveis pelas ações policiais exercerem o papel de garantidores dos Direitos Humanos, sendo nesta situação, o papel do policial um pilar de sustentação deste objetivo geral, atuando ele para manutenção destes direitos, bem como agindo como defensor dos cidadãos e da cidadania em si.

Por razões históricas e culturais, como já trazido no texto através das explicações de Carvalho e Silva (2011) ou mesmo pelo próprio objetivo fiscalizador dos órgãos de segurança pública, a sociedade e o policial se encontram, em diversas vezes, em posições antagônicas ou mesmo com uma maior distanciação, criando um desconhecimento e dicotomia, onde os profissionais que são responsáveis por manter a segurança pública desconhecem os reais anseios e expectativas do cidadão quanto ao seu serviço, e as pessoas em geral não conhecem a sua polícia.

Este distanciamento entre policial e sociedade, contribui para o sentimento de desvalorização deste profissional, que acabam compreendendo-se apenas como meras ferramentas no processo de segurança, e por mui-

tas vezes se colocando como um “mal necessário” para obtenção desta. A Carta Magna brasileira de 1988 preceitua que a Segurança Pública é dever inerente do Estado, sendo este, portanto, um direito bem como uma responsabilidade de todos, compreende-se assim a sociedade com um papel fundamental no fortalecimento e no engrandecimento do profissional de polícia, tanto na consolidação de uma sociedade democrática, como na manutenção do bem estar social e da paz.

Nas organizações, a dignidade é concebida pelo indivíduo quando o referido exerce um ofício no qual se sinta com um papel de utilidade na sociedade, entendendo este estar consciente de seu papel na história, participando ativamente dela e sendo reconhecido como competente e qualificado para tal, pode-se resumir esta dignidade como uma certeza individual e interior de que está se fazendo o melhor (LANTHEAUME, 2012; PADILHA, 2011). Trazendo este conceito para realidade do policial, pode-se considerar que se trabalha com dignidade quando se alinha os pensamentos das instituições policiais e de seus atores, entendendo que os policiais se sintam com importância evidente na obtenção dos objetivos almejados.

A compreensão da realização profissional é remetida ao alcance das metas individuais de um trabalhador, podendo ser traduzidas nos princípios que norteiam a sua atuação. Deve-se atentar-se ao fato de que o indivíduo não vai se relacionar com o mundo físico apenas como um terceiro que observa, mas sim como um agente que proporciona e busca a mudança, e no caso das organizações, este vai permanecer nela não apenas porque necessita, mas sim por se identificar com os ideais (MAURINO; DOMENICO, 2012). Neste sentido, deve o policial reconhecer nas metas e objetivos das organizações os princípios que busquem motivar e superar-se, compreendendo portanto a necessidade do policial achar expectativas para sua realização.

Formular políticas direcionadas a motivação de seus profissionais deve ser uma observação constante pelos órgãos de segurança pública, sendo este um fator fundamental para alcançar os objetivos e as metas a serem traçadas. Qualquer estratégia organizacional bem organizada, deve ter como fator preponderante para seu sucesso a implementação de uma aferição e observação dos dados acerca do nível de motivação dos seus servidores de segurança pública.

Embora existam características culturais específicas que diferenciam e individualizam cada um dos órgãos de segurança pública, os aspectos motivacionais, de certa forma, apresentam-se com uniformidade, proporcionando a permeação de questões referentes à saúde, salários, condições de moradia, bem como a valorização do papel dos policiais na sociedade e em suas instituições (MINAYO; ADORNO, 2013).

É necessário, portanto, a valorização do policial dentro das suas corporações, para assim obter uma valorização fora desta. Minayo e Adorno (2013, p. 591), pesquisadores que atuam no campo das relações de trabalho na área de Segurança Pública, destacam que é importante que os policiais exerçam um papel de elemento fomentador dos direitos humanos nas organizações, afirmando que:

[...] sem levar em conta a subjetividade desses agentes, a segurança pública tão almejada poderá se resumir a uma política burocraticamente exercida, o que é ruim para eles e para a população que servem. É na confluência entre subjetividade e participação que esses atores poderão efetivamente contribuir para estimular mudanças institucionais nas corporações de forma a romper com o excessivo corporativismo, e reequacionar suas missões profissionais de forma a conciliar aplicação de lei e ordem no contexto do respeito aos direitos humanos.

Devem, portanto as instituições destacarem o papel do policial como agentes responsáveis pela preservação da segurança pública, e a característica intrínseca a todas as instituições públicas, de servir a coletividade sem distinções de qualquer natureza.

Havendo clareza nos objetivos de promover a Dignidade Humana, tomados pelas instituições, faz com que os agentes canalizem suas energias na função de alcançar pelo resultado esperado, Minayo (2012, p. 618) conclui que “quando se fala das corporações policiais, porém, as soluções são complexas, pois estão em jogo duas categorias com um número elevado de servidores, com estatutos e funções bastante rígidas e dependentes do poder do Estado”.

É notório, observando estas afirmações, que a segurança pública necessita para seu bom funcionamento que os seus profissionais de polícia

estejam motivados e valorizados para realizarem suas obrigações e manter suas rotinas diárias com a qualidade necessária e almejada na prestação do serviço à população. Para tanto é necessário um maior comprometimento organizacional, devendo esta buscar conhecer as necessidades e os anseios dos seus profissionais de polícia.

### 3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os resultados obtidos através da pesquisa são de imprescindível importância, pois, através de tais pode-se concluir que é realmente necessária a valorização dos policiais que atuam como profissionais da segurança pública, sendo necessário estabelecer-se um processo de humanização na polícia de todo o país, de forma que os policiais encontrem-se amparados de maneira correta pelas instituições, bem como para que estes sejam tratados de forma digna e humana perante a sociedade em geral.

Este processo pode iniciar-se no Curso de Formação Profissional, que ao formar estes policiais, tenham a intenção de inserir na sociedade um profissional capaz de desenvolver a sua obrigação com humanidade e respeito. A importância de um policial bem formado é destacada pela constante pressão exercida sobre estes em diversas situações, compreendendo a existência de uma linha tênue que separa o que é lícito do ilícito, o certo e o errado, e a atividade policial encontra complexidade, pois constantemente lida com estes extremos (SINDEPOL, 2013).

Segundo, Adriana Accorsi (SINDEPOL, 2013), muitos policiais relatam sofrer de agressões físicas e psicológicas, existindo casos onde os referidos afirmam terem sofrido torturas nos cursos de formações, o que acarreta a estes profissionais diversos prejuízos físicos e psicológicos que o acompanham no exercício de sua profissão. Quando o policial estiver na rua exercendo seu ofício, tendem, por consequência desta má formação, a reproduzir a forma truculenta com que foram tratados nas pessoas sob sua custódia, gerando assim um ciclo vicioso de violência, causando um afastamento da sociedade e da polícia, e fazendo com que os policiais respondam por diversos crimes como tortura, homicídio, lesão corporal, entre outros, que acarretam em sua expulsão das corporações.

Deve o policial, sobretudo, respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este, segundo a Constituição Federal de 1988, o prin-

cípio basilar para estruturação de um Estado Democrático de Direito, sem o qual todos os outros princípios não teriam sua validade, tornando-se ineficazes, pois todos os outros princípios tiram sua base legal e fundamentam-se com validade observando a Carta Magna.

Barros Filho (2010) leciona que, por ser uma profissão de alto risco e bastante estressante, muitos policiais desenvolvem depressão, como também diversas doenças psicológicas, como transtorno de ansiedade generalizada (TAG), transtorno obsessivo compulsivo (TOC), síndrome de Burnout, entre outras. Desta forma, a cada ano cresce o número de suicídios nesta classe profissional.

Por esta razão, devem ser oferecidas condições de trabalho mais adequadas aos policiais, como bons planos de saúde, garantindo-lhes uma assistência médica e psicológica. Infelizmente esta é uma expectativa que ainda encontra-se longe da realidade na maioria dos estados brasileiros, sendo necessário empreender esforços na concretização destes objetivos, oferecendo aos policiais melhores condições de trabalho e proporcionando-lhes uma dignidade, sendo este um trabalho em conjunto entre os governantes e a sociedade em geral, que é a principal interessada na segurança pública (BARROS FILHO, 2010).

Observa-se, portanto, que a falta de valorização dos policiais pela sociedade, é gerada por um contexto institucional de desvalorização, faltando aos órgãos competentes da segurança pública compreender que estes são os autores principais na garantia da segurança, e que sua valorização passa por melhores condições de trabalho, melhor remuneração, entre outros aspectos, mas também passa pelo encaminhamento dos órgãos empregadores e dos cursos de formação em promover a educação e a objetividade destes trabalhos respeitando a Dignidade da Pessoa Humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que a segurança pública é um problema constante na vida da população brasileira, diversos dados mostram o alarmante número de casos onde a população encontra-se desamparada diante da ineficiência do estado em garantir a proteção efetiva dos mesmos. O número crescente de assaltos, agressões e homicídios, denota uma sociedade fragilizada no

âmbito da segurança, e colocam em cheque a atuação dos profissionais responsáveis por garantir esta condição.

A Constituição Federal de 1988 denota a Dignidade da Pessoa Humana como princípio essencial para garantia de um Estado Democrático de Direito, contudo, os cursos de formações de policiais, bem como as instituições que alocam estes profissionais, na maioria das vezes, não se encontram de acordo com este princípio tão importante, o que gera para os policiais uma confusão no exercício de sua profissão.

A construção social imposta a estes profissionais gera sua desvalorização, primeiro no âmbito organizacional, onde a baixa remuneração, bem como a rigidez das instituições, a falta de equipamentos especializados e até mesmo a ausência destes, entre outros fatores, favorecem para que o policial não encontre nos órgãos de segurança pública aparato para sua realização profissional. Este despreparo cria um profissional desmotivado, que acaba agindo de maneira incorreta junto à população, ocasionando sua desvalorização junto à sociedade.

Este ciclo vicioso de desvalorização só é cessado quando na formação do policial existe um direcionamento à dignidade da pessoa humana e a valorização dos Direitos Humanos, bem como necessita-se de organizações que acolham estes princípios para nortearem seus objetivos. Desta forma, o policial deixa de ser refém de um sistema que desvaloriza seu trabalho, podendo exercer este de maneira a garantir a paz social, e por consequência, obtendo a sua valorização na sociedade e, destarte, a efetivação de uma segurança pública de qualidade no seio social.

## REFERÊNCIAS

BALESTRERI, R. B. **Direitos Humanos: coisa de polícia**. Passo Fundo-RS: Paster Editora, 1998.

BARROS FILHO, Mário Leite de. **A política de valorização do profissional da área de segurança pública no Brasil**. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14762/a-politica-de-valorizacao-do-profissional-da-area-de-seguranca-publica-no-brasil>>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social: fundamentos e história**. São Paulo: Cortez, 2007.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacao-Constituicao/anexo/CF.pdf> >. Acesso em: 05 mar. 2019.

CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de. SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. **Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios.** Revista katálysis. Florianópolis, v. 14, n.º. 1, janeiro/junho de 2011. Disponível em:< [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802011000100007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802011000100007&script=sci_arttext) > Acesso em: 05 mar. 2019

CERQUEIRA, Daniel. **Mapa de homicídios ocultos no Brasil.** Texto para Discussão 1848, Brasília, DF, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), jul. 2013.

LANTHEAUME, Françoise. **Professores e dificuldades do ofício: preservação e reconstrução da dignidade profissional.** Cad. Pesqui. [online]. 2012, vol.42, n.146 [cited 2015-06-01], pp. 368-387

MATOS, A. E. de.; CHARBEL, L. C. (Org.). **Política social e segurança pública em tempo de barbárie.** In: SEMINÁRIO HUMANIDADES EM CONTEXTO: saberes e interpretações, 2014. Anais... Cuiabá: Universidade Federal do Mato Grosso, 2014. p. 301. Disponível em:< <http://www.ufmt.br/ufmt/site/userfiles/eventos/6e-871d61742d81e27dcd546ea753042b.pdf> > . Acesso em: 05 mar. 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Fatores associados ao sofrimento psíquico de policiais militares da cidade do Rio de Janeiro, Brasil.** Cad. Saúde Pública [online], vol. 28, n. 7, p. 1297-1311, 2012

MINAYO, Maria Cecília de Souza; ADORNO, Sérgio. **Risco e (in)segurança na missão policial.** Ciênc. saúde coletiva [online]. vol.18, n.3 [cited 2015-11-20], pp. 585-59, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S14131232013000300002&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S14131232013000300002&lng=pt&tlng=pt)> Acesso em: 05 mar. 2019.

NETTO, José Paulo. **A luta de classes nunca tirou férias nesse país.**

Disponível em:< <https://www.brasildefato.com.br/node/33400/>> .

Acesso em: 05 mar. 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362/364.

OLIVEIRA, Fátima Bayma de. **Desafios da Gestão de Segurança Pública.** Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PADILHA, E. **Valorização profissional.** 2011; Disponível em:< [http://www.eniopadilha.com.br/eventos\\_documentos/200-434\\_10\\_eniopadilha\\_valoriza\\_profiss.pdf](http://www.eniopadilha.com.br/eventos_documentos/200-434_10_eniopadilha_valoriza_profiss.pdf)> Acesso em: 05 mar. 2019.

PELLEGRINI, Marcelo. **Segurança pública brasileira é improdutiva, violenta e reproduz desigualdades.** 2015.

SANTOS, Cleide Magáli. **Força pública versus manifestantes: 2011, o ativismo e o confronto em alta.** In: Encontro da ABCP, 8, 2012, Gramado. Anais.... Gramado: ABCP, 2012. p. 10

SAPORI, Luís Flávio. **Segurança Pública no Brasil: desafios e perspectivas.** Rio de Janeiro: FGV, 2007.

Sindicado dos Delegados de Polícia do Estado de Goiás – SINDEPOL. Valorização do Policial. 2013.

ZENI, S. B.; RECKZIEGEL, T R S. **Contrato Social, Estado Democrático de Direito e Participação Popular.** Anais do XVIII Congresso Nacional do Compedi, São Paulo, 2009.



# POR UM PROCESSO PENAL SEM PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

*César Augusto Ferreira São José*

## Introdução

O presente artigo pretende enfrentar a possibilidade de se construir um regime de prisões preventivas que não mantenha a garantia da ordem pública como um dos fundamentos para a sua decretação, a partir de uma teoria (agnóstica) do processo penal desprendida da importação acrítica de categorias do processo civil, rechaçando a Teoria Geral do Processo (DUCLERC, 2016). Para tanto, pressupõe-se um referencial teórico fundado sobre a crítica criminológica ao sistema penal; o modelo garantista de Luigi Ferrajoli; e a teoria agnóstica da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni.

As denúncias feitas pela criminologia crítica à criminologia tradicional, a partir do paradigma da teoria do etiquetamento e à luz da crise de legitimidade do sistema penal, contextualizam a difusão da criminologia da reação social na América Latina e a sua conseqüente denúncia da falsidade do discurso jurídico-penal, tendo esta alcançado maior evidência na região em razão da notória violência operativa de seus sistemas penais marginais (ZAFFARONI, 2001).

Ciente dessa crise, a matriz teórica do garantismo penal cumpre importante papel nas pretensões de redução e contenção do poder punitivo, pela elaboração um modelo axiomático ideal de direito e processo penal garantista (DUCLERC, 2016). Nele será traçada uma tabela analítica e

sistemática dos princípios sobre os quais se fundam boa parte das constituições e ordenamentos jurídicos desenvolvidos, fruto da tradição jurídica iluminista e liberal – a exemplo da presunção de inocência – sendo a estrita observância de cada um deles uma condição necessária para a legítima responsabilização penal (FERRAJOLI, 2006).

É justamente na legitimação da pena imposta pelo poder punitivo, de que se vale o utilitarismo reformado proposto por Ferrajoli, que reside a necessária crítica elaborada pela teoria negativa ou agnóstica da pena em Zaffaroni, reduzindo-a a um mero ato de poder para o qual não se admite outra explicação racional diversa da explicação política. Por isso os operadores das agências jurídicas atuam racionalmente quando assumem a função de limitar e conter o poder punitivo, assim, exercem um poder (judicial) que só se legitima quando contém o exercício de um outro poder (punitivo) ilegítimo (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

A partir dos pressupostos apresentados esboçam-se as condições para uma teoria agnóstica do processo penal capaz de propor uma distinção entre os fenômenos do processo civil e do processo penal. Trata-se de fator fundamental para a construção – não mais adaptação acrítica – dos fundamentos deste, os seus conceitos operativos básicos e os princípios que o regem. Desdobra-se disso a necessidade de reconstrução também elementos importantes do Direito Processual Penal, a exemplo da prisão preventiva, para que atuem como tecnologia de minimização da violência intrínseca ao exercício do poder punitivo (DUCLERC, 2016).

Assume-se, assim, como hipótese principal que a imposição de prisões preventivas como garantia da ordem pública não se pauta por uma lógica de redução de danos para a contenção do irracional exercício do poder punitivo e que a sua manutenção viola garantias fundamentais do indivíduo, antecipando-lhe a pena.

A possibilidade de um processo penal destituído dessa modalidade de prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória surge para garantir a eficácia do elementar princípio da presunção de inocência, mas não só por isso. A quantidade assustadora de presos sem condenação no Brasil está envolvida no cenário de ilegitimidade sem volta dos sistemas penais latino-americanos atuais (ZAFFARONI, 2001), que buscam a irracional imposição de pena a todo custo: mesmo antes de se decidir ou não pela absolvição do acusado, mesmo que ela não cumpra

com nenhuma das funções que alega cumprir. A saber, o Painel do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) aponta para a existência de 41,58% de presos provisórios entre as 816.911 pessoas presas no país, em dados colhidos até 14 de agosto de 2019 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

O meio mais fácil para se alcançar o objetivo nefasto da antecipação irracional da pena parece ser o decreto da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, pelo teor impreciso e genérico que carrega consigo: um cheque em branco da criminalização primária para a atuação seletiva da criminalização secundária. Faz-se, por isso, necessária uma reflexão crítica acerca dessa modalidade de prisão à luz da situação de ilegitimidade das prisões preventivas (como parte importante de um sistema penal ilegítimo) e em relação à sua imprecisão semântica, à importação acrítica de categorias do processo civil para o penal, à função que a garantia da ordem pública cumpre como fundamento da prisão preventiva, e à sua adequação a uma dogmática redutora de danos.

Para que esses objetivos sejam atingidos, será abordada adiante uma perspectiva dogmática do instituto da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, mediante a exposição dos diferentes elementos utilizados na tentativa de dar-lhe algum sentido delimitado. A partir disso, será apresentada uma perspectiva crítica acerca desses elementos, problematizando a maleabilidade semântica do instituto em face do princípio da legalidade estrita, a impropriedade de lhe dar tratamento semelhante ao da tutela de urgência do processo civil, ou mesmo de compreendê-lo, via de regra em desprezo à presunção de inocência, como uma medida de segurança pública no âmbito do processo penal. Segue-se a isso uma proposição de que a prisão preventiva como garantia da ordem pública se reforça em atenção ao discurso midiático bélico, de caráter publicitário, no âmbito de um novo autoritarismo que se expande no século XXI, de modo que a exclusão do instituto será defendida para a sua contenção.

## 1 A prisão preventiva para a garantia da ordem pública em perspectiva dogmática e crítica

Qualquer estudo sobre prisões sem condenação torna-se impossível sem que se tenham em mente o conteúdo da garantia fundamental da

presunção de inocência e a sua importância reconhecida pela posituação na Constituição Federal de 1988 e em diversos diplomas internacionais. A presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade e representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes, mesmo que se tenha de arcar com a impunidade de algum culpado (FERRAJOLI, 2006). Trata-se de uma opção ideológica em que se elege como valor o maior interesse na tutela de todos os inocentes, sem exceção (LOPES JR., 2013).

Essa opção foi assumida pelo Estado brasileiro e se manifesta na consagração expressa do princípio da presunção de inocência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, positivada em seu art. 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>19</sup>. Suas repercussões são notáveis em diversos institutos do Direito Processual Penal. Assumida como regra de juízo e de tratamento, a presunção de inocência traz repercussões importantes no que se refere à disciplina jurídica da prova e ao sistema de prisões processuais, ponto de maior pertinência a este trabalho.

Tal regra de tratamento exige a exclusão, ou pelo menos a restrição ao máximo, de qualquer limite à liberdade pessoal do acusado enquanto não houver condenação definitiva. Isso evidencia o conflito entre o princípio da presunção de inocência e as modalidades de prisão sem condenação previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese aquele não tenha abolido estas – já que o inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal prevê a possibilidade de prisão “em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Em conformidade com o dispositivo está a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual, excluídas as prisões por condenação em definitivo, tem-se que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou, havendo ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, no curso da investigação ou do processo.

---

19 Ainda é imprescindível a menção ao art. 8º, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica), em vigor para o Brasil desde 1992, que entre suas garantias judiciais prevê que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O artigo 312 do CPP prevê o requisito *fumus commissi delicti* para o decreto de prisão preventiva, ou seja, os indícios de autoria e prova da materialidade delitiva. Prevê também os principais fundamentos para o decreto, o *periculum libertatis*, já que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública; como garantia da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal; ou para assegurar a aplicação da lei penal.

É manifesto o problema em conceituar e delimitar a garantia da ordem pública. Diversos setores da doutrina encontram dificuldades em traduzir exatamente o seu significado (DUCLERC, 2011). Trata-se, assim, de conceito vago e indeterminado e exatamente por isso é preocupante a sua maleabilidade conceitual (LOPES JR., 2013).

O que se pode fazer diante desse quadro é esboçar o conteúdo que a doutrina tem atribuído à vaga ideia de ordem pública para o processo penal<sup>20</sup>. De imediato, é possível afirmar que argumentos que envolvem garantir e proteger a integridade física do imputado contra linchamentos por meio da prisão preventiva são amplamente rechaçados. Quanto a outros argumentos que sirvam à fundamentação da prisão preventiva na garantia da ordem pública, há quem lhes atribua maior ou menor relevância.

Nucci (2013, p. 88) representa os setores da doutrina que assumem como válida e necessária a tarefa de conferir algum significado concreto à garantia da ordem pública. Argumenta que tal fundamento “envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, um região ou uma comunidade” e atribui a essa concepção cinco elementos básicos e não cumulativos, passando a ser necessária a garantia da ordem pública, como regra, quando presentes ao menos dois deles.

Entre os tais “cinco elementos básicos” estão elencados: a gravidade concreta do crime (espelhada pelo fato criminoso e suas circunstâncias e

---

20 Minagé (2016, p. 147-149) reconhece a imprecisão semântica do termo “ordem pública”, sendo esta costumeiramente identificada como paz social e tranquilidade pública. Segundo Lopes Jr. (2013, p. 93-94), é comum que se tome o clamor público como sinônimo de risco à ordem pública, pela prática de crime que gere abalo social, comoção e perturbação à tranquilidade. Por sua vez, Karam (2009, p. 20) aponta que, não havendo uma precisa delimitação conceitual, o que existem são vários “pretextos” para a utilização ilegítima da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisões preventivas.

consequências no caso concreto); a repercussão social (hipótese excepcional que engloba os crimes que causam clamor social, comoção, descrédito na Justiça e sentimento de impunidade); a maneira destacada de execução (caso de crimes anormais, premeditados, cometidos pelo emprego de mecanismos cruéis que causam elevada repulsa social); as condições pessoais negativas do autor (personalidade, antecedentes e conduta social que revelem a periculosidade do indiciado ou acusado); e o envolvimento com associação ou organização criminosa (um dos principais elementos de afetação à ordem pública como fator de intranquilidade social) (NUCCI, 2013, p. 88-92).

Mesmo com a tentativa de esboçar um significado para a ordem pública por meio dos diversos empregos em que o termo tem sido utilizado na doutrina, tem-se que em momento algum foi possível delimitá-lo precisamente, mas apenas associá-lo à noção de segurança pública – elencando-se elementos sobre os quais se faz necessária uma reflexão crítica. De todo modo, tem-se um “conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico” (LOPES JR., 2013, p. 108).

A notável indeterminação expressa-se na *anemia semântica* de todo o artigo 312 do Código de Processo Penal, que se vale de termos claramente vagos e ambíguos para, de maneira ardilosa, acomodar em seu universo semântico qualquer um dos significantes previstos em lei, incluída a garantia da ordem pública. Articulam-se, desse modo, “singelos requisitos teóricos”. Um parco conhecimento de estrutura linguística permite a construção artificial desses *pseudo-requisitos* (ou pseudo-fundamentos), cuja *falsificação* torna-se inverificável depois de decretada a prisão preventiva, visto que os argumentos se desfazem. “Afinal, o acusado estará preso e não se poderão verificar os ditos motivos da prisão” (ROSA, 2006, p. 139).

Exemplo evidente é trazido por Silveira (2015, p. 225), no caso de uma prisão preventiva “decretada sob um argumento vago relacionado ao suposto risco que determinado indivíduo estaria causando à ordem pública”. Nesse exemplo, o pseudo-fundamento jamais desaparecerá, já que “nenhum evento ocorrido no curso do processo poderá fazer cessar os alegados riscos à ordem pública” (SILVEIRA, 2015, p. 226). Lopes Jr. (2013, p. 35-36) chama a atenção para o princípio básico da provisionalidade, segundo o qual as prisões processuais são situacionais, ou seja, ao desaparecer o suporte fático que a fundamentou (nesse caso, o *periculum libertatis*),

a prisão deve ser imediatamente interrompida. Não há, no entanto, como desaparecer tal suporte fático pela singela impossibilidade de se vislumbrar o que ensejaria o fim do risco à ordem pública.

Para as prisões preventivas fundamentadas no clamor público, Sanguiné (2013, p. 115) aborda “a dificuldade de determinar o âmbito pelo qual é necessário que o sentimento de indignação se difunda para adquirir relevância jurídica”, o que, de mesmo modo, reflete-se na dificuldade em se determinar o oposto – quando deixa de ter relevância o mesmo sentimento de indignação. Caso típico é o da prisão decretada em razão da periculosidade do suspeito, em que este argumento, evidentemente, não desaparecerá no curso do processo. A prisão preventiva, então, é normalmente mantida até a sua conclusão, por um fundamento inadequado que impede a plena refutação defensiva e macula a ampla defesa (SILVEIRA, 2015), questão que se agrava pela ausência de prazos máximos estabelecidos legalmente para a sua duração, e exacerba sua natureza punitiva.

Em razão da generalidade e indeterminação conceitual em torno da garantia da ordem pública, Karam (2009, p. 17-19) pavimenta uma importante construção que culmina na ilegitimidade desse fundamento por violação ao princípio da legalidade, posto que “não se adequa aos necessariamente estreitos limites em que seria autorizável a privação da liberdade prévia à condenação definitiva”. A expressão “ordem pública” não atende à exigência de precisão na descrição de comandos legais que restrinjam o espaço de liberdade do indivíduo. Essa exigência por precisão consiste no princípio da taxatividade (ou legalidade estrita), como enunciado pelo modelo garantista de Ferrajoli (2006, p. 93), o princípio que “ocupa um lugar central no sistema de garantias”: é uma condição de legitimidade das leis vigentes.

Trata-se de um postulado derivado do princípio da legalidade (em sentido lato, expresso pelo axioma *nullum crimen sine lege*), o mandado de certeza, que deve determinar que a lei seja formulada com precisão, vedando dispositivos criminalizadores vagos e indeterminados desde a criminalização primária até a execução da pena (KARAM, 2009). A essa altura já é (mais que) possível afirmar que a expressão ordem pública, para o processo penal, não é dotada de significado unívoco e preciso, de modo que “cláusulas genéricas, conceitos indeterminados ou ambíguos equivalem a uma ausência de formulação legal” que resulta numa abertura aos “mais

diversos pretextos para a imposição da privação de liberdade” (KARAM, 2009, p. 18-19).

Pode-se apontar como um desses pretextos a tentativa de conferir à ordem pública um significado concreto, no sentido de que “envolve a própria segurança pública” (NUCCI, 2013, p. 88). Ocorre que deve ser levada em consideração a natureza dos direitos limitados por essa espécie de prisão (supostamente) cautelar – a liberdade e a presunção de inocência, principalmente. Portanto, “é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em *medida de segurança pública* (LOPES JR., 2013, p. 111-112). Por outro lado, “as normas que regulam a prisão preventiva contêm motivos taxativamente previstos (*numerus clausus*)”, já que a privação de liberdade deve ser excepcional, e somente podem ser interpretadas restritivamente, não sendo possível a aplicação por analogia, a não ser que *in bonam partem* (SANGUINÉ, 2003).

É manifesta a violação ao princípio da legalidade (estrita) na previsão dessa vaga e desautorizada prisão preventiva para garantia da ordem pública, o que já seria suficiente para a sua exclusão (KARAM, 2009). No entanto, ainda existem outros aspectos importantes a seu respeito que precisam ser considerados.

Os elementos anteriormente expostos para concretizar algum significado à garantia da ordem pública são na verdade pretextos para a violação à garantia do estado de inocência pela privação de liberdade de clara natureza penal (KARAM, 2009), em que se antecipa a pena dos presos sem processo desconsiderando o discurso oficial de que a prisão preventiva cumpriria alguma função cautelar. São introduzidos, com esses pretextos, elementos estranhos à suposta natureza cautelar e processual da prisão preventiva, como a sua eficácia na luta contra a delinquência, o que revela as “funções reais” (de prevenção geral e especial) de pena (SANGUINÉ, 2003).

É problemática a importação acrítica de categorias do processo civil pelo processo penal e a relativização do estado de inocência é uma de suas graves consequências, o que se revela na existência de teorias legitimadoras da prisão preventiva, entre elas as teorias substantivas (legitimam e reconhecem-na como pena) e as teorias processualísticas (legitimam, mas não a reconhecem como pena) (ZAFFARONI; BATISTA; et. al.,



2003). No caso da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, esta é legitimada por um ramo das teorias processualísticas que lhe negam a natureza penal de maneira bastante engenhosa, mas não conseguem lhe ocultar a natureza punitiva. Esse é o ramo que, em muitas ocasiões, não se distingue precisamente das teorias substantivas, pois *opta* “diretamente *por negar valor ao princípio da inocência*” (ZAFFARONI, 2011, p. 113).

Esse desvalor à presunção de inocência ocorre porque, no geral, as teorias processualísticas identificam a prisão preventiva com as medidas cautelares do processo civil (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Expressão dessa ideia reside na defesa de que a prisão no processo penal equivale à tutela de urgência do processo civil, conforme o artigo 300 do novo CPC (NUCCI, 2015). As consequências dessa transposição indevida demonstram-se nos fundamentos mais usados para garantir a ordem pública pelo decreto de prisão preventiva.

Não é incomum na tradição inquisitorial herdada pelo processo penal brasileiro que se despreze a presunção de inocência “partindo da prévia contenção do agente que ainda é mero acusado, na melhor perspectiva da ‘Criminologia Positiva’, segundo a qual o desviante, dada sua *periculosidade*, deve ser objeto de atenção estatal, para evitar uma hipotética violação da sociedade, tudo em nome da ‘Defesa Social’” (ROSA, 2006, p. 138). Em Nucci (2013, p. 90), a periculosidade é construída pelas condições pessoais negativas do acusado, evidenciadas nos elementos da personalidade, antecedentes e conduta social, “que serão, de todo modo, levados em conta por ocasião da aplicação de eventual pena (art. 59, CP)”. O mero acusado, cuja regra de tratamento associada à presunção de inocência impõe que como inocente seja tratado, tem aqui a sua prisão preventiva decretada com base em fundamentos que lhe podem exasperar a pena.

A situação é similar quando se pretende garantir a ordem pública em razão de a concreta gravidade do fato tornar cabível a decretação da prisão preventiva (NUCCI, 2013, p. 89). A gravidade do crime, se puder ser demonstrada, só o será na sentença. A real ocorrência do crime ainda é mera hipótese acusatória, “não se podendo ainda afirmar que tal crime seja efetivamente grave, pois não se sabe ainda nem se realmente aconteceu, nem se foi realmente o réu ou o investigado quem o praticou” (KARAM, 2009, p. 20-21). São os mais claros exemplos em que a prisão preventiva funciona como pena, mal apoiada na fumaça de um bom direito de pu-

nir – que não é bom, nem é direito – cuja demora em se concretizar na sentença impõe a ilegítima (antecipação da) pena.

A situação é ainda pior quando se consideram outros supostos crimes, sejam eles ocorridos no passado, pela análise de antecedentes, sejam eles ainda a ocorrer no futuro, como nos casos em que se fundamenta a prisão preventiva no risco de reiteração delitiva do acusado, ou seja, para evitar a prática de novas condutas criminalizadas. Haveria, desse modo, de ficar demonstrado que o acusado, caso em liberdade, voltaria a delinquir. Trata-se, porém, de uma tentativa de se demonstrar o indemonstrável, pois assenta-se numa linha de pensamento baseada na presunção de que aquele que pratica uma ou duas condutas criminalizadas, necessariamente praticará a terceira, e assim sucessivamente (DUCLERC, 2011, p. 427).

É cabível questionar se a razão de ser de tal tese consiste na previsão do comportamento do criminalizado ou se na previsão de que, em sua vulnerabilidade, será novamente selecionado pelas agências de criminalização secundária. Certo é que, se o acusado ainda não foi condenado em definitivo por crime algum, decretar-lhe a prisão preventiva sob esse argumento significa, acima de tudo, inverter a lógica da presunção de inocência, instituindo uma perigosa *presunção de culpa* não autorizada pela Constituição Federal (DUCLERC, 2011), mas praticada na realidade dos sistemas penais (propositalmente) invertidos da América Latina (ZAFFARONI, 2011, p. 70).

O esquema lógico de raciocínio empregado pela desautorizada presunção de culpabilidade está apto também a conceber a prisão preventiva “como instrumento apaziguador das ânsias e temores suscitados pelo delito”, quando ainda não há um responsável determinado. O critério de excitação da opinião pública expressa um excessivo conteúdo de irracionalidade e “pode ser criado por meio da imprensa ou de organizações políticas” (SANGUINÉ, 2003, p. 114-115). Afinal, chamam atenção os “processos de indução de *alarme social* que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de ‘lei e ordem’” (BARATTA, 2002, p. 204-205).

Lopes Jr. (2013, p. 111) alerta para o risco de manipulação pelos meios de comunicação de massa e para os prejuízos causados pela *opinião publicada*, de modo que a prisão preventiva não pode servir como pena antecipada

para fins de prevenção. Apesar disso, o fundamento no chamado alarma social “mostra claramente que entre as finalidades que cumprem a prisão preventiva se encontra também a prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade” (SANGUINÉ, 2003, p. 115). Ocorreria neste caso um desvirtuamento completo da natureza cautelar que teria a prisão preventiva ao lhe serem atribuídas funções de prevenção, típicas de pena, com as quais não estaria autorizada a cumprir – e mesmo que estivesse, dificilmente cumpriria com tal fim, exatamente por ser pena.

Por fim, ainda é possível vislumbrar-se o uso da garantia da ordem pública para fundamentar a necessidade de prisão preventiva para reestabelecer a credibilidade das instituições. Trata-se de uma falácia: “nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção”. Seria, pois, preocupante “que a crença da população nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas” (LOPES JR., 2013, p. 114). Afinal, se o poder público (punitivo) se vale de prisões para se legitimar, cresce em dimensão o estado de polícia<sup>21</sup>.

A violação reiterada à presunção de inocência produzida pela prisão preventiva para a garantia da ordem pública remonta, em boa parte, à importação de categorias impróprias do processo civil para o processo penal, a exemplo de tratar prisões processuais como tutelas de urgência do processo civil. Conforme Didier Jr. (2015, p. 594), “a tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (antecipada)” e em ambos os casos são concedidas pela demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, de modo que a sua distinção encontra-se superada.

---

21 Estados de direito e de polícia são modelos ideais que coexistem e lutam entre si, mesmo nas sociedades mais democráticas, sendo o segundo “aquele que é regido pelas *decisões do governante*”, pressupondo que “a consciência do bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte tende a uma justiça *substancialista*”, que o faz pender a um direito “a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado”, ou, inclua-se, as instituições e sua credibilidade (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 93-94). Zaffaroni e Batista (2003, p. 96) identificam o exercício do poder punitivo como “um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito” e chegam à conclusão de que legitimar o poder punitivo significa legitimar componentes do estado (autoritário) de polícia e, de mesmo modo, ir de encontro ao estado (democrático) de direito.

Mesmo Didier Jr. (2017, p. 126), defensor de uma teoria (formal) geral do processo, reconhece a necessidade de “evitar o indevido transporte dos pressupostos das medidas cautelares civis para a concessão das prisões provisórias”, ainda que para isso sustente que devessem ser estudadas noções fornecidas pela Teoria Geral do Processo. Moreira (2015, p. 163), por sua vez, reorienta o estudo para as categorias próprias do Direito Processual Penal, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* e reforça a necessidade de se atentar, “neste aspecto, para o Princípio da Presunção de Inocência”.

Percebe-se de todos os significados atribuídos à garantia da ordem pública uma latente violação ao estado de inocência. Mesmo que se admita – sem legitimá-la – uma natureza cautelar necessária às prisões preventivas, é certo que tal fundamento cumpre com finalidades punitivas. O que se pretende com a prisão preventiva para a garantia da ordem pública “é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal. No caso, privar o acusado de sua liberdade, ainda que juridicamente tal situação não seja definitiva, mas provisória, é uma forma de tutela antecipada, que propicia uma execução penal antecipada” (BADARÓ, 2015, p. 978). Trata-se, por isso, “de medida satisfativa que acaba por antecipar indevidamente os efeitos da tutela de conhecimento, determinando o encarceramento de quem, por força da Constituição Federal, é inocente até que a sentença condenatória passe em julgado” (DUCLERC, 2011, p. 428).

## 2 Por um processo penal sem prisão preventiva para a garantia da ordem pública

Foram atribuídos ao impreciso termo “ordem pública” os mais diversos significados – todos eles, de um modo ou de outro, expressaram-se como argumentos empregados de maneira autoritária para suprimir a presunção de inocência como dever de tratamento àquele que for acusado de ter cometido um crime.

O mais próximo que se pôde chegar de uma delimitação conceitual foi a construção de Nucci (2013, p. 88), segundo o qual, “a garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade”. Lopes Jr. (2013, p. 108), porém, rechaça tal denominação,

afirmando tratar-se “de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública”. Atribui ainda a origem da indeterminada expressão à Alemanha da década de 1930, que sob o *Terceiro Reich*, buscava uma autorização geral e aberta para prender. Silveira (2015, p. 228) atesta que a banalização da medida nos moldes em que é aplicada hoje “remonta ao que aconteceu no passado, mais precisamente nos Estados autoritários e totalitários do século XX”.

Em um descompasso constitucional com os ideais democráticos, a realidade brasileira está envolta em ações voltadas à “defesa social em detrimento das liberdades públicas, seja no âmbito da segurança pública ou judicial, como ocorre no caso da prisão, remonta a uma concepção de política criminal típica dos regimes autoritários” (SILVEIRA, 2015, p. 232). Transpondo-a ao tempo presente, a crítica de Lopes Jr. (2013, p. 109) segue para afirmar que atualmente emprega-se tal fundamento de maneira mais dissimulada, à serviço de “diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão ‘bem’ sabem utilizar essas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes”.

Não se nega o quadro elaborado até aqui por Lopes Jr. e Silveira, mas é necessária maior clareza na descrição desses “diferentes senhores” e de sua “política criminal de regimes autoritários”. Trata-se aqui de um novo autoritarismo diverso daquele manifestado pelos regimes totalitários do início do século passado. A principal característica deste último está na frontalidade de suas leis: eram redigidas com um *brilho perverso* para os poderosos autocratas, mas não para limitar seus poderes e sim para agradá-los, e, em segundo plano, dirigiam-se também para o público, como propaganda *völkisch* (popularesca) com o objetivo de nele alimentar preconceitos contra o inimigo da vez (ZAFFARONI, 2011, p. 55-57). O novo autoritarismo se constitui no processo de globalização da passagem para o século XXI: trata-se do *autoritarismo cool*.

Não se expressa por ele nenhuma convicção profunda, mas uma espécie de moda publicitária do autoritarismo norte-americano, reforçado pós-11 de setembro, globalmente difundida pela comunicação em massa e que conquistou maior êxito na precariedade institucional latino-americana. Esse discurso, no contexto local de contradições e exclusão social,

caracteriza-se pelo mesmo simplismo propagado por *slogans* e desprezo a qualquer discurso acadêmico (ZAFFARONI, 2011, p. 69-74).

O discurso autoritário *cool* latino-americano adota como técnica vender o poder punitivo como mercadoria: vende-se, em resumo, a ilusão de que se obterá mais segurança pública pelo aumento da repressão. Com isso, o exercício do poder punitivo se tornou tão irracional ao ponto de não mais adotar um *discurso* por ter simplesmente sido reduzido a uma mera *publicidade* (ZAFFARONI, 2011, p. 74-77). A produção legislativa não mais se pauta por um autoritarismo ideológico totalitário, que remete às origens do termo “ordem pública” ou mesmo pelo autoritarismo conjuntural das ditaduras militares (período no qual o termo foi inserido no artigo 312 do CPP): “o presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma ideia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o *vazio de pensamento*” (ZAFFARONI, 2011, p. 79).

Conforme Zaffaroni (2011, p. 109-111), na região da América Latina, sempre levando-se em conta o fator seletividade, é a legislação procesual que legitima os confinamentos cautelares e esgota a maior parte do exercício do poder punitivo repressivo. Legislação essa que regula todo um sistema penal oficial que opera antes da condenação: o sistema penal cautelar, muito mais importante que o sistema penal de condenação. Esse sistema cautelar é pautado pela *seriedade da suspeita* do cometimento de um crime e por considerações de periculosidade e dano. Trata-se aqui de uma *periculosidade da suspeita*, em que os critérios adotados para o encarceramento cautelar (ou outras medidas dessa natureza) não têm natureza procesual, mas sim claramente penal, muitas vezes observados na análise das consequências jurídicas do crime. A natureza do sistema penal cautelar latino-americano é penal.

Esclarecido esse cenário no continente, é possível constatar que o próprio uso da prisão preventiva na realidade brasileira está vinculado a um ímpeto por recrudescimento penal, que não foge ao processo de criminalização seletivo de pessoas vulneráveis, inerente ao sistema penal. Seu fundamento na garantia da ordem pública é perigoso por se basear em um conceito vago, passível de ser usado indiscriminadamente para o aprisionamento em larga escala como instrumento de controle, em especial daqueles autores de crimes comuns, os *indesejáveis* (SILVEIRA, 2015).

A prisão preventiva, nesses casos, não cumpre com fins estritamente processuais, mas é usada como “resposta às demandas de uma população amedrontada, ou seja, para encarcerar indivíduos vistos como inimigos, que no imaginário comum (e de muitos juízes) fazem parte de uma “massa criminosa” que ameaçam a ordem social” (SILVEIRA, 2015, p. 237). É o retrato da lógica de “que sem uma prisão imediata não há ‘justiça’, conforme alardeiam os noticiários de caráter popularesco-sensacionalista ou não” (BARRETO, 2016, p. 204).

Nesse contexto, o clamor da opinião pública é usado como fundamento de prisões preventivas e midiaticamente construído para tornar a prisão “necessária” e garantir a ordem pública. Manipulada pelos meios de comunicação de massa, torna-se a *opinião publicada* – que tanto clama por segurança e punição. Em outros casos, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública assume natureza, não só de pena antecipada, mas de medida de segurança, para isolar um suspeito supostamente perigoso. Com o decreto de prisão fundamentado no risco de reiteração delitiva, de mesmo modo, “está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal” (LOPES JR., 2013, p. 115).

Clamor público, periculosidade do suspeito e risco de reiteração delitiva são argumentos usados para o decreto de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, numa tentativa de fazer do próprio processo penal um instrumento de segurança pública. O artigo 144 da Constituição Federal prevê o dever do Estado de exercer a segurança pública para a preservação da ordem pública através das polícias militares, não dos juízes – para além de já ser uma distorção a concepção militarizada de segurança pública concebida neste dispositivo. No exercício desse dever pelo Estado expõe-se o poder configurador positivo – ou poder de vigilância – a cargo das polícias militarizadas. Assim, o sistema penal cautelar implica uma deformação como forma dominante do exercício do poder punitivo, que leva as agências executivas a defenderem seus âmbitos de arbitrariedade (ZAFFARONI, 2011, p. 114)

Os juízes, porém, estão submetidos à pressão do parco discurso publicitário dos meios de comunicação de massa. Qualquer decisão que vá de encontro à pregação midiática do *autoritarismo cool* pode ser estigmatizada e ensejar a sua perseguição por esses mesmos meios ou pelas próprias

estruturas das agências judiciais e políticas (ZAFFARONI, 2011, p. 80-81). Não é permissível que o exercício do poder punitivo seja legitimado através das prisões preventivas para a garantia da ordem pública, pois a sua legitimação “contribui para a progressiva redução do próprio poder jurídico, ou seja, das agências judiciais” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 71).

O discurso jurídico deve se recompor para orientar e enfatizar o poder das suas agências de conter o exercício do poder punitivo, em enfrentamento ao discurso midiático bélico. O poder dos juristas não pode se resumir a um discurso legitimador do poder punitivo alheio (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Ao encarar a previsão de prisão preventiva como lei eventualmente penal, é imprescindível que o magistrado verifique os seus momentos punitivos – o que no caso do fundamento na garantia da ordem pública se torna evidente – para, assim, excluí-los. Outra orientação não pode ser dada ao artigo 312 do Código de Processo Penal senão a inconstitucionalidade do fundamento de garantia da ordem pública, por representar ilegítimo e ainda mais irracional exercício do poder punitivo, já que exercido em desprezo à presunção de inocência.

Considerando-se a necessidade de redução radical das prisões preventivas e de contenção do exercício cada vez mais irracional do poder punitivo reforçado pelo discurso vazio e midiático do *autoritarismo cool*, a exclusão da garantia da ordem pública como fundamento legal para o decreto de prisão preventiva é o caminho a ser trilhado por um processo penal que pretenda atuar como tecnologia normativa de redução de danos.

### 3 Conclusão

Com o presente artigo, possibilitou-se compreender que a construção de um processo penal sem prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública precisa, necessariamente, enfrentar o quadro de irracionalidade e ilegitimidade que impera no sistema penal cautelar, com o evidente caráter punitivo das prisões impostas sob esse parâmetro.

Tal tarefa tomou como premissa o marco teórico da criminologia crítica, do garantismo penal e da teoria agnóstica da pena, pressupostos para uma teoria do processo penal capaz de construir conceitos que não se



omitam a esse quadro, sem recorrer aos *atalhos metodológicos* do fenômeno distinto que é o processo civil.

A perspectiva agnóstica de deslegitimação da prisão denuncia o tratamento de inimigo conferido a todo suspeito por um sistema penal que se caracteriza pelo número significativo de presos sem condenação, um verdadeiro sistema penal cautelar que opta por atuar antes da condenação, em especial no combate às pessoas vulneráveis e *indesejáveis*.

A garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva demonstrou-se fonte de violação às garantias da legalidade estrita, por sua imprecisão conceitual, e da presunção de inocência, por se evidenciar como uma medida satisfativa, que antecipa a “tutela” pretendida pela acusação – por vezes horas após o suposto fato criminoso, ainda em audiência de custódia – numa transposição indevida da tutela de urgência do processo civil.

Por fim, as frágeis tentativas de atribuir algum significado à vaga expressão “ordem pública” terminaram por identificá-la como medida relacionada à segurança pública. Considerando-se a necessidade de redução radical das prisões preventivas e de contenção do exercício cada vez mais irracional do poder punitivo reforçado pelo discurso vazio e midiático do *autoritarismo cool*, com sua exigência contínua por maior repressão, a exclusão da garantia da ordem pública como fundamento legal para o decreto de prisão preventiva é o caminho a ser trilhado por um processo penal que pretenda atuar como tecnologia normativa de redução de danos.

## Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. – 3. ed. revi, atual, e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. Cautelaridade penal ou controle social? Um olhar crítico sobre as prisões cautelares no Brasil. **Panóptica**, vol. 11, n. 1, pp. 184–210, jan./jun. 2016.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Painel Banco Nacional de Monitoramento de Prisões - BNMP 2.0**. Brasília, 2019. Disponível em: <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/pendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=Q-VS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/pendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=Q-VS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA)>. Acesso em 15 ago. 2019.
- DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodium, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006.
- KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a liberdade – vol. 6**. Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e da liberdade provisória**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2006.
- SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.3, n.10, p.113-120, jul./set.2003.
- SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.**, Belo Horizonte, MG, n. 67, jul. 2015, p. 213-244.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

# LENTES E OLHARES PARA A CRIMINALIDADE: (IN)SEGURANÇA PÚBLICA EM FOCO

*Nathalia Tavares Pinheiro*

## INTRODUÇÃO

Os debates sobre segurança pública e combate à violência têm mobilizado pessoas em todo o mundo. O endurecimento das penas, com respostas monolíticas, não conseguiu dar soluções satisfatórias para estes problemas. A punição estatal focada na pessoa do criminoso e na infligência de dor e sofrimento, não apenas não solucionou a questão, como a agravou. Na perspectiva da reação social, o processo de criminalização, através de definição, seleção e estigmatização, gera um reflexo na autoimagem do desviante, que favorece a reincidência e a carreira criminal. Soma-se a esta realidade, ainda, o abandono da vítima e da comunidade no processo.

Todavia, continuamos a observar a proliferação dos discursos em prol do encarceramento. Há uma concordância geral sobre a deficiência do sistema penal e carcerário, mas não se consegue pensar numa forma diferente ou propor outra resposta estatal. O fenômeno criminal, em sua complexidade, precisa ser encarado de maneira flexível e criativa. Com este intuito, aparece a Justiça Restaurativa, com propostas flexíveis e respostas diversificadas diante da variedade de desvios e de pessoas envolvidas, saindo de um padrão monolítico para uma abordagem multiportas. Os sujeitos, antes esquecidos, tornam-se protagonistas, na busca conjunta

e negociada de soluções, com alvo na restauração. O reflexo almejado é o da responsabilização e reparação das consequências do erro cometido.

Neste sentido, o presente trabalho busca explorar duas maneiras distintas de pensar o fenômeno criminal e a resposta estatal: a retributiva e a restaurativa. Inicialmente trata do sistema retributivo, com as principais características deste modelo, bem como sua atual crise. Posteriormente será explanada a maneira padrão de pensar tal sistema, caracterizada pela Racionalidade Penal Moderna, a qual se apresenta como um obstáculo epistemológico à inovação. Na busca de superação, por fim, será proposta uma mudança de “lentes”, a partir da Justiça Restaurativa, com observação diversificada da realidade social e das respostas possíveis. Um olhar diferente enseja um agir diferente. Através de uma revisão bibliográfica, a explanação pretende alertar para problemas estruturais no sistema retributivo, numa abordagem propositiva do olhar restaurativo como alternativa possível.

## 1. SISTEMA RETRIBUTIVO

Inicialmente será explorado o sistema retributivo, onde a resposta dada ao crime é sempre verticalizada, punitiva e afluiva. O que norteia sua atuação é a retribuição da ofensa praticada por meio de um castigo. Várias são as críticas direcionadas a tal modelo. Diversos estudiosos e teorias já apontaram problemas estruturais neste sistema, no plano do Direito Penal, Sistema Penal (de forma mais ampla), ou mesmo nas maneiras de pensá-lo.

Baratta (1997) é enfático ao afirmar que o sistema de justiça criminal se manifesta incapaz de resolver o concernente às suas funções declaradas, pois a pena, como principal instrumento, falha na função de prevenção da criminalidade. Vários aspectos demonstram esta disfuncionalidade, desde a fragmentação na defesa dos interesses individuais e gerais, até a seletividade da repressão, demonstrando que os programas de ação cumprem seus objetivos em uma porcentagem muito baixa.

Considerando a possível superação de todas as irregularidades, combatendo somente as violações mais significativas e sem seletividade de classes, ainda assim a resposta reativa ao fenômeno da criminalidade e da insegurança seria insatisfatória. O autor aponta quatro aspectos desta in-

capacidade do sistema penal para garantir as condições de segurança. O primeiro é o fato de o controle penal intervir unicamente sobre os efeitos. Não pode fazê-lo na origem da violência e da violação de direitos. Atua sobre os resultados e não sobre as causas dos conflitos sociais. Em segundo lugar, o sistema age contra as pessoas e não sobre as situações, considerando os indivíduos através do princípio de culpa, como variáveis independentes das situações. O terceiro ponto é a atuação reativa e não preventiva, intervindo quando as consequências das infrações já foram produzidas e não para evitá-las. Proceder como vingança, de forma simbólica, já que não pode esquecer a ofensa já consumada. Por fim, o sistema penal protege, mais que as vítimas potenciais e reais, a validade das normas.

Todas estas características definem a justiça criminal como um sistema de resposta simbólica. Esta observação não significa uma desvalorização do aspecto simbólico como uma resposta sem influência. Há momentos nos quais as respostas punitivas possuem um peso histórico importante. Isto quer dizer, porém, que para a realização de uma função punitiva instrumental, a saber, de proteção real de bens e pessoas, o sistema de justiça criminal é inadequado.

Antes mesmo desta incapacidade de gerar segurança pública, é possível problematizar o próprio processo de criação das normas. Partindo da perspectiva da reação social, Vera Regina Andrade (1999) ressalta que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta, nem existem anteriormente ao controle social e penal, mas, são uma etiqueta atribuída a determinados sujeitos através de processos de definição e seleção. Uma conduta não é criminal por si mesma, nem seu autor um criminoso nato por traços na sua personalidade como sustenta o paradigma etiológico presente no senso comum. Nas palavras da autora:

Não existe uma criminalidade a priori, cuja existência seja ontológica, anterior e independente da intervenção do sistema penal, que reagiria contra ela, visando combatê-la e gerar segurança na sociedade. Mas é a própria intervenção do sistema (autêntico exercício de poder, controle e domínio) que, ao reagir, constrói, co-constitui o universo da criminalidade (daí processo de criminalização) mediante: a) a definição legal de crimes pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela,

o bem jurídico a ser protegido) e apenas a qualitativa e quantitativa e b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num *continuum* pela Polícia-Ministério Público e Justiça, e c) estigmatizadas (especialmente na prisão) como criminosos entre todos aqueles que praticam tais condutas. (1999, p.25 e 26)

O sistema penal é constitutivo da criação social do crime, por isto é mais apropriado falar em criminalização e criminalizados, não em criminalidade e criminosos. Os conceitos de sujeito e responsabilidade são centrais, devido à visão atomizada, com foco na violência individual. A estrutural acaba por ser excluída e imunizada. Ressalta-se também a atuação seletiva. Embora a conduta desviante se manifeste na maioria das pessoas, dos variados estratos sociais, apenas uma pequena porcentagem é criminalizada e uma parcela específica é penalizada. A seleção das pessoas ocorre a partir de uma visão estereotipada de criminoso associada ao status social. Enquanto a minoria empobrecida é regularmente criminalizada, a maioria, das mais altas classes sociais, fica imune. A clientela é constituída pelas classes menos abastadas não por apresentarem uma maior tendência a delinquir, mas por terem maiores chances de serem etiquetados como criminosos. Desta forma, a impunidade, e não a criminalização, é a regra no funcionamento. Ambas são realizadas reproduzindo a lógica da desigualdade nas relações de propriedade e poder.

Há uma visão maniqueísta entre o (sub)mundo da criminalidade, uma minoria de sujeitos potencialmente perigosos (o mal); e o mundo da normalidade representado pela maioria da população (o bem). Perpetua-se, assim, uma visão estereotipada associada à clientela do cárcere. O sistema penal aparece, então, como protetor de bens jurídicos gerais, combatendo o mal, em defesa da sociedade boa, com a prevenção geral (intimidação dos infratores potenciais) e especial (ressocialização dos condenados) e promessa de segurança pública.

Todavia, o controle penal é caracterizado por uma “eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica confere sustentação” (ANDRADE, 1999, p. 132). Enquanto as funções declaradas apresentam eficácia apenas simbólica de reprodução ideológica, já que não podem ser cumpridas, elas cumprem funções reais e inversas que incidem negativamente na existência dos indivíduos e da sociedade, reproduzindo desi-

gualdades sociais. Desta maneira, a função real não é combater a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública, mas construir seletivamente a criminalidade, e reproduzir assimetrias de raça, classe e gênero.

O funcionamento ideológico perpetua a ilusão de segurança fornecida, justificando a importância de existência e ocultando as reais funções. Há uma dupla inversão, quais sejam, preventiva e garantidora do sistema penal. A primeira demonstra que as funções reais da pena têm sido opostas às instrumentais de intimidação e ressocialização. A segunda indica que o sistema penal não apenas viola, como está estruturalmente preparado para violar princípios garantidores. A regra é, então, violação e não proteção.

No Brasil, de forma mais específica, há um poder penal extralegal, com inflação de penas extralegais, o qual colide funcionalmente com o sistema oficial. Há uma relação entre o macrocosmo social e o microcosmo penal, que o expressa e reproduz, tanto material quanto ideologicamente. Assim, a pena se apresenta como violência institucional com a função de instrumento de reprodução da violência estrutural. Mostra-se como o mesmo “mal” que promete curar na sociedade.

No entendimento de Pallamola (2009), a justiça criminal não funciona por não produzir justiça. Resume-se ao mal para quem comete o mal, sem alteração das vidas das vítimas e sem confronto do agressor com as consequências da sua ação. A resposta penal dicotomiza e simplifica a realidade, pois só pode haver condenação ou absolvição. Culpa e inocência são sempre excludentes. O processo ignora as diferenças e associa a justiça à imposição de dor. Afasta a justiça da vítima, do ofensor e da comunidade, pois é focada na violação à lei, com o Estado na posição de vítima. Os danos são sempre definidos de forma abstrata.

A conduta desviante é resultado de uma reação social e o delinquente se diferencia pela estigmatização, como alertou, dentre outros, Shecaira (2004). A resposta estatal gera um prejuízo à individualidade, na medida em que estigmatiza o criminoso e favorece a reincidência. A sequência processual é iniciada pela delinquência primária, seguida por uma resposta ritualizada e estigmatizante, com distância social e redução de oportunidades, favorecendo o surgimento de uma subcultura delinquente com reflexo na autoimagem, estigma decorrente da institucionalização, e consequente início de uma carreira criminal na delinquência secundária. Desta



forma, além de criminalizar seletivamente, o sistema propicia o aumento de condutas desviantes.

Para além o aumento do encarceramento atrelado à elevação da criminalidade, pode-se falar, também, a respeito de outra característica do sistema penal apontada por Salo de Carvalho (*apud* ACHUTTI, 2014). Os únicos satisfeitos com as resoluções apontadas são os próprios operadores da máquina burocrática judiciária. Os envolvidos na situação problemática são ignorados, com seus direitos fundamentais desprezados e expectativas frustradas. O sistema satisfaz a vontade de punir dos seus atores e do seu público consumidor que, pela condição socioeconômica, não é vulnerável aos processos de seleção estigmatizante.

Percebe-se, ainda, uma relação entre punição e sistema de produção, na medida em que, conforme Saliba (2009), formas específicas de respostas punitivas correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico. A escravidão como pena, por exemplo, somente é admitida diante de uma economia escravagista. A superação de um modo de produção implica, também, na superação da pena aplicada anteriormente. Neste sentido, há relação entre três fatores: mercado de trabalho, punição e cárcere. Toda forma de reação punitiva se relaciona com as variações da estrutura social, especialmente as condições econômicas. As necessidades de uma sociedade produtora de mercadorias determinam os métodos punitivos. O sistema penal atual é direcionado à garantia capitalista, com interesse das classes dominantes na criminalização de condutas específicas para combater delitos patrimoniais. Há uma escolha política das condutas criminalizadas, a qual favorece a manutenção dos exploradores no poder. Da mesma maneira, Zaffaroni (2001), afirma que o sistema dá sustentação ao *status quo* e marginaliza o dominado, por meio da criminalização seletiva dos segregados para conter os demais.

A crise do sistema retributivo e do projeto de modernidade é evidenciada pelo descrédito do discurso jurídico-penal. A cifra oculta contribui para a falta de credibilidade, pois, a diferença entre a criminalidade real e a registrada pelos órgãos de controle indica um grande percentual de crimes, para os quais não é aplicado o sistema penal. Trata-se de uma crise de legitimação, como base na distância entre a realidade fática e a lei, na necessidade de segurança pública e na falta de credibilidade na justiça. Questiona-se a falta de legitimidade do próprio Estado, tendo em vista

que o poder de punir é uma manifestação violenta e lesiva. Em mais de 150 anos, a punição pouco evoluiu. A prisão não foi construída para reintegrar ou ressocializar, mas para dominar e normalizar, docilizar e tornar produtivos: neste sentido, sim, sua função foi cumprida.

Embora seja possível reconhecer esta crise, o modo de pensar a questão penal não mudou substancialmente, por uma dificuldade em imaginar ou aceitar uma inovação ao sistema. Este obstáculo epistemológico foi o que Álvaro Pires (2004) identificou ao formular a teoria da Racionalidade Penal Moderna. Trata-se de um sistema de ideias que serve de base para o sistema penal e suas formas de intervenção. As respostas cogitadas são essencialmente afitivas, com foco na provação de liberdade. A consequência da transgressão é, portanto, obrigatoriamente punitiva, excluindo práticas que não sejam pautadas na aflição.

## 2. RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Parte-se, então, para a análise da Racionalidade Penal Moderna, compreendida como um sistema de pensamento estabelecido a partir do século XVIII no ocidente, consolidando uma base teórica e ideológica para o Direito Penal e suas modalidades de intervenção. Álvaro Pires (2004) descreve tal sistema como dominante e concebido como obstáculo epistemológico à transformação penal. Estudar a estrutura normativa/legal é perceber elementos característicos do universo cognitivo que contribui para legitimação das respostas afitivas, sobretudo a privação de liberdade.

Nesta maneira de pensar, a resposta estatal às condutas criminalizadas é obrigatoriamente punitiva, excluindo-se formas sem inflição de dor. Cappi (2017) destaca que o sofrimento é pensado como resposta justa, proporcional e necessária à transgressão. A proteção da sociedade é concebida de forma hostil, abstrata, negativa e atomista. Hostil porque o desviante é visto como inimigo, com equivalência entre o bem ofendido e a aflição a ser produzida. Abstrata, pois o mal da pena é reconhecido para causar um bem moral imaterial. Negativa por excluir outras sanções. Atomista já que a resposta não se preocupa com os laços sociais concretos, apenas de forma acessória. Dois elementos mostram-se essenciais: obrigação de punir com valorização da pena afitiva; e importância da exclusão social e do encarceramento em detrimento de medidas alternativas.

A estrutura normativa/legal deste pensamento abarca dois níveis distintos de normas jurídicas: comportamento (norma de 1º grau) e sanção (norma de 2º grau). A “estrutura telescópica da norma” (PIRES, 2004, p. 41) que justapõe uma norma de sanção a uma norma de comportamento, unida com a inflição de dor dá a impressão de que formam um todo inseparável. Parece que a violação a uma norma de comportamento deve, sempre e automaticamente, ser seguida da aplicação de uma norma de sanção, consubstanciada em uma pena afliativa, quando, na verdade, apenas a de comportamento é essencial. Disto resultam sérios problemas: a natureza do crime será percebida apenas quando for possível identificar uma pena; se esta não existir, o ilícito possuirá natureza diversa da penal. O crime acaba sendo definido pela pena, há uma ilusão de simplicidade no trabalho do legislador e do juiz na escolha da sanção (deve ser punitiva), pois há uma obrigação de punir, e ainda apresenta-se como a melhor defesa. Cria-se o mito de que a pena é a melhor forma de assegurar a observância das normas de comportamento.

A Racionalidade comporta uma articulação das Teorias da Pena. Estas são combinações de ideias e programas de ação. Formam uma rede de sentidos que fornece uma estrutura compacta onde as semelhanças predominam sobre as diferenças. Tais teorias apresentam autoridade no campo penal e na cultura ocidental moderna. São elas: retribuição, dissuasão, denunciação e ressocialização. Na primeira, a pena afliativa é vista como um mal necessário, para reestabelecer jurídica e moralmente o equilíbrio rompido pelo crime. A sanção deve ser dolorosa para expiar o mal produzido, já que o mal só pode ser respondido com o mal. O objetivo do castigo é o próprio castigo. Na teoria da dissuasão, deve-se punir para evitar que a população ou o próprio criminoso cometam novos crimes. As penas são como instrumentos de defesa do contrato social. A obrigação de punir valoriza também a pena afliativa, pois apenas o mal pode evitar “novos males”. Já na teoria da denunciação, ou da prevenção positiva, o castigo cumpre a função de comunicar a indignação e a reprovação social pelo crime. A severidade da pena expressa o grau de condenação social. A última teoria, da ressocialização, não valoriza diretamente a aflição ou sua obrigatoriedade. A finalidade da pena é reabilitar, tratar o criminoso, havendo, contudo, indiferença pela dor sofrida por este. Embora as teorias sejam diferentes entre si, elas se fortalecem mutuamente para consolidar o

sistema de pensamento da Racionalidade, que prioriza a hostilidade com o criminoso.

Neste sentido, Margarida Garcia (2009) alerta que as Teorias da Pena permitem aos atores orientar e justificar um conjunto de práticas, incluindo aquelas que se referem à seleção e à estabilização de algumas sanções em detrimentos de outras que seriam possíveis. Oferecem referenciais cognitivos institucionalmente aceitos independente do ponto de vista subjetivo de cada indivíduo. Além disso, constituem um obstáculo epistemológico, ao neutralizarem a estrutura normativa afastando qualquer modificação. Embora seja comum a ideia de crise no sistema prisional, o modo de pensar a questão penal não mudou substancialmente, por uma dificuldade em imaginar ou aceitar uma inovação.

A Racionalidade Penal Moderna constitui uma barreira, porquanto contribui para naturalizar a estrutura normativa do sistema penal, de modo que qualquer modificação que se almeje realizar será, de pronto, afastada. Este sistema de pensamento representa uma forma de enxergar a realidade e sua superação apenas é possível através de uma mudança de olhar, com novas lentes.

### 3. AS LENTES RESTAURATIVAS

Howard Zehr (2008) embasa seu trabalho numa metáfora com as lentes fotográficas que influenciam diretamente a foto. Alerta, assim, que a lente utilizada ao examinar o crime e a justiça, afeta o que escolhemos como variáveis relevantes, a avaliação de sua importância e o entendimento do que seja um resultado adequado. Com base no que já foi exposto, duas lentes diferentes podem ser identificadas: a retributiva e a restaurativa. Na concepção da primeira, o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa, onde a justiça inflige dor numa disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas. Na segunda, por sua vez, o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos, criando a obrigação de corrigir os erros, e a justiça envolve vítima, ofensor e comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança. O uso da lente retributiva não consegue atender muitas necessidades, tanto da vítima quanto do ofensor. Esta incapacidade traz uma sensação de crise que pode ser observada nos dias atuais. Para a

superação deste cenário é preciso ter, além de simples penas alternativas, formas alternativas de ver o problema e as soluções.

Numa perspectiva mais detalhada, o autor elenca características principais de ambas as lentes possíveis. Na retributiva: o desvio é definido pela violação da lei; os danos são definidos em abstrato; o crime está numa categoria distinta dos outros danos; o Estado é a vítima; as partes no processo são apenas o Estado e o ofensor; as necessidades e direitos das vítimas são ignorados; as dimensões interpessoais são irrelevantes; a natureza conflituosa do crime é velada; o dano causado ao ofensor é periférico; a ofensa é definida em termos técnicos e jurídicos. Por outro lado, na lente restaurativa: o desvio é definido pelo dano à pessoa e ao relacionamento; os danos são definidos concretamente; o crime está reconhecidamente ligado a outros danos e conflitos; as pessoas e os relacionamentos são as vítimas; ofendido e ofensor são partes no processo; as necessidades e direitos das vítimas são a preocupação central; as dimensões interpessoais são enfocadas; a natureza conflituosa do crime é reconhecida; o dano causado ao ofensor é importante; a ofensa é compreendida em seu contexto total: ético, social, econômico e político.

Com fundamento nas reflexões de Saliba (2009), enquanto a vítima na justiça retributiva foi esquecida e colocada em segundo plano, na visão restaurativa é tratada como parte do conflito, como polo ativo (e não passivo). Determina suas necessidades com valoração dos interesses emocionais e patrimoniais, tem posição central de protagonista, possibilidade de restauração com os demais envolvidos, e reparação do dano emocional, patrimonial ou físico. Ao autor é dada a oportunidade de conscientização e de buscar a compreensão de sua conduta, mostrando-se arrependido ou não, consciente ou não dos seus atos. O esgotamento da via conscientizadora é indicado. Já em relação à comunidade, cinco razões são apontadas para sua indispensabilidade: fortalecimento dos vínculos entre os envolvidos, reinserção social efetiva, conscientização da importância social do fato pelas partes, importância do processo para a comunidade e para a efetiva soberania e cidadania participativa no Estado Democrático de Direito.

Zehr (2008) defende que quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser focada na retribuição ao ofensor, mas sim na tentativa de corrigir a situação. Sendo o crime um ato lesivo, a justiça precisa re-

parar a lesão e promover a cura. Não se pode garantir recuperação total, mas deve-se oferecer um contexto no qual este processo possa, ao menos, começar. Ao considerar quatro dimensões do ato lesivo, quais sejam, vítima, relacionamentos interpessoais, ofensor e comunidade; os esforços reparadores devem tratar todas elas.

Primeiramente, o objetivo da justiça deve ser a cura para a vítima. Isto implica um sentimento de recuperação, ao sentir-se segura e no controle da própria vida, com esperança no futuro. A segunda finalidade é sanar o relacionamento entre vítima e ofensor, buscando a “reconciliação”. Não se deve impor, mas oferecer uma oportunidade de realização, com ritmos e dinâmicas próprios. O fato de não sentirem mais raiva de uma abstração (o crime), ou um estereótipo (o criminoso), mas sim de uma pessoa concreta, já pode ser considerado um progresso. Em terceiro lugar, está a cura do ofensor, o qual também necessita de atenção. Muitos foram vítimas de outros abusos e encaram o crime como uma forma de afirmar sua condição de pessoa, na busca de validação e empoderamento. Necessitam de apoio emocional no desenvolvimento de uma autoimagem sadia. A responsabilização pode ser um passo em direção à mudança e à reparação. Por fim está a cura da comunidade, pois o delito fere seu sentido de inteireza. O crime cria um vazio e a justiça deve preenchê-lo.

“A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós” (ZEHR, 2008, p.191). Quando a vítima vai para casa e apenas informam que o infrator vai para a cadeia, não há sensação de justiça. O processo deve colocar poder e responsabilidade nas mãos dos envolvidos, tanto ofendido quanto ofensor. Deve haver espaço também para a comunidade. É importante facilitar a interação e troca de informações do acontecido e das necessidades, concentrando-se na solução dos problemas. Os participantes precisam receber apoio emocional necessário e estarem dispostos a participar.

Entende-se que a completude do processo restaurativo envolve respostas a três questões básicas: “a injustiça foi reconhecida e assumida?”, “houve concordância quanto ao que precisa ser feito para restaurar a equidade?”, “foram abordadas as intenções para o futuro?”. Estas seriam as fases de confissão, restituição e arrependimento.

No que tange à questão da punição propriamente dita, indaga-se sobre seu lugar na Justiça Restaurativa. Pode ser impossível haver uma eli-

minação completa, mas com certeza não deve ser normativa ou central na abordagem. A resposta punitiva precisa ser aplicada de forma que o nível de dor seja controlado e reduzido a fim de manter a restauração e a cura como objetivos.

A mudança de perspectiva é central nas ideias que cercam a Justiça Restaurativa. Não há como compreendê-la sem esta quebra de pensamento. Existe uma complexidade de significados e uma diversidade de títulos. Mylène Jaccoud (2005) explica que alguns autores falam em justiça transformadora ou transformativa, outros em justiça relacional, restaurativa comunal, recuperativa, ou, ainda, justiça participativa. Segundo Pallamola (2009), não há como definir seu conceito, sob o risco de inibir o que a ideia tem de inovadora, e enfim desvirtuá-la. Existe, portanto, uma abertura conceitual. Saliba (2009) afirma não haver uniformidade conceitual, pois ainda há um processo de discussão e desenvolvimento. Entende, entretanto, ser importante o esboço de um conceito:

...processo de soberania e democracia participativa numa justiça penal e social inclusiva, perante o diálogo das partes envolvidas no conflito e comunidade, para melhor solução que o caso requer, analisando-o em suas peculiaridades e resolvendo-o em acordo com a vítima, o desviante e a comunidade, numa concepção de direitos humanos extensíveis a todos, em respeito ao multiculturalismo e à autodeterminação. (2009, p.148)

Daniel Achutti (2014) indica que se trata de um conceito aberto, internamente complexo e sujeito a avaliações científicas, que continua a se desenvolver com a prática, o que explica porque é tão profundamente contestado. Conforme Gomes Pinto (2005), baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade, afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Jaccoud (2005, p. 169), na mesma esteira, esboça uma conceituação a respeito desta justiça: “aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação

das partes ligadas a um conflito”. Portanto, vítima, infrator e coletividade estão juntos para correção e reintegração.

Em trabalho já publicado (PINHEIRO, 2018) afirmamos a Justiça Restaurativa como uma maneira de ver e responder a situações sociais conflituosas, na qual as partes envolvidas são encorajadas a pensar coletivamente numa saída satisfatória. Tem-se, assim, um conceito aberto e fluido que vem sendo modificado, bem como suas práticas.

Gomes Pinto (2005) demonstra uma teoria conceitual de Justiça que parte de três questões-chave: “Quem foi prejudicado?”, “Quais as suas necessidades?”, “Como atender a essas necessidades?”. Crimes causam danos a pessoas e relacionamentos, e a justiça não é feita por ser merecida, mas por ser necessária, através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão. A simples punição não considera os fatores emocionais e sociais, fundamentais para que as pessoas afetadas restaurem o trauma emocional. A Justiça Restaurativa é capaz de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento, e é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável. A ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. Enquanto a justiça convencional diz que alguém cometeu um crime e merece ser castigado, a restaurativa se pergunta o que pode fazer para restaurar isso. O modelo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes, que pode ser revogada unilateralmente, de forma que os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade.

Cabe ressaltar que há muito trabalho conceitual a ser feito. A lente restaurativa precisa ser testada, explorada e desenvolvida em diversas culturas, tradições e experiências. Para o desenvolver desse caminho de experiências, existem indicadores restaurativos que podem ser encontrados respondendo perguntas simples como: “o programa ou seus resultados buscam corrigir o mal feito à vítima?”, “tratam das necessidades do ofensor?”, “levam em conta as necessidades e responsabilidades da comunidade?”, “cuidam do relacionamento vítima-ofensor?”, “fomentam a responsabilidade do ofensor?”, “vítima e ofensor são incentivados a participar do processo e da decisão?”.



No debate criminológico, o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema, sem descuidar dos direitos e garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da reparação às vítimas e comunidade e ainda revestir-se de um necessário abolicionismo moderado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado ao longo desta explanação, duas lentes diferentes podem ser observadas enquanto formas de observar o fenômeno criminal: a retributiva e a restaurativa. A primeira é focada no desviante, com aplicação de um castigo por parte do Estado, consubstanciado em dor e sofrimento. Apesar de apresentar uma ocorrência cada vez maior e com mais intensidade, essa punitividade não demonstrou resultados positivos na diminuição da criminalidade e garantia de segurança pública. Ainda assim, multiplicam-se as vozes pró-castigo e punição. Isto pode ser relacionado à chamada Racionalidade Penal Moderna, forma de pensar dominante no âmbito penal, que impede sua inovação. Constitui uma cláusula de barreira que neutraliza a estrutura normativa do sistema, de modo que qualquer proposta de modificação é sempre afastada.

Entretanto, é possível pensar, para além de respostas alternativas, maneiras alternativas de ver o problema e as soluções. Por isto, apresentam-se as lentes restaurativas, com abordagens flexíveis e plurais. Através delas, o crime é visto como uma violação a pessoas e relacionamentos, criando a obrigação de corrigir os erros. Envolve, assim, vítima, ofensor e comunidade na busca de reparação, reconciliação e segurança.

Diante disto, objetivou-se destacar as múltiplas abordagens possíveis frente ao desvio e às condutas criminalizadas. Não se pretende apontar a Justiça Restaurativa como solução única ou definitiva para os conflitos sociais. Pelo contrário, buscou-se demonstrar que outras respostas estatais são possíveis. O alerta é para favorecer uma reflexão crítica a respeito das soluções usualmente difundidas como definitivas. Para além de apontar saídas prontas, foram incentivados novos olhares e lentes para a realidade social.

## REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A construção social da criminalidade pelo sistema de controle penal**. 2006. Disponível em <<http://www.leliobragacalhau.com.br/a-construcao-social-da-criminalidade-de-pelo-sistema-de-controle-penal/>>. Acesso em: 16 Mar. 2019.
- \_\_\_\_\_. **A construção social dos conflitos agrários como criminalidade**. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). Introdução crítica ao estudo do sistema penal. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 1999, p. 23-50.
- BARATTA, Alessandro. **Política criminal: entre a política de seguridad y La política social**. In: Delito y Seguridad de los Habitantes. México, D.F.: Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997.
- CAPPI, Riccardo. **A maioria penal nos debates parlamentares: motivos de controle e figuras do perigo**. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte (MG); Letramento: Casa do Direito, 2017.
- GARCIA, Margarida. **Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation**. Thèse de doctorat em sociologie, Montréal, Université du Québec à Montreal. 2010.
- GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). **Justiça restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.
- JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.). Justiça restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 163-188.

- PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática** – 1ª Ed. – São Paulo: IBCCRIM, 2009
- PINHEIRO, Nathalia. Justiça restaurativa e justiça juvenil em Feira de Santana: desvendando os modos de pensar dos atores. **Revista do PPGCS** – UFRB – Novos Olhares Sociais. Vol. 1, n. 2, 2018, p. 159-187.
- PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAP, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004, p. 39-60
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.
- ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Pala Athena, 2008.

# POSSIBILIDADE DE ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA REALIZADO POR AUTORIDADE POLICIAL CONFORME ENTENDIMENTO DO STF

*Artur Felipe de Matos Moulie Rodrigues*

## 1 INTRODUÇÃO

Neste artigo será apresentado um pouco sobre a recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508. Resumidamente, o STF decidiu que delegados da Polícia Federal e também da Polícia Civil podem fechar acordos de delação premiada. A legitimidade das polícias judiciárias para propositura de acordo de delação premiada há muito tempo importunava a relação Polícia–Ministério Público–Judiciário.

A Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Dodge, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade em face dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, no tocante à legitimidade do delegado de polícia para conduzir e entabular acordos de colaboração premiada.

Foi alegado pela Dra. Raquel Dodge a ofensa aos artigos 5º, inciso LIV (devido processo legal), 37, cabeça (moralidade administrativa), 129, inciso I (titularidade do Ministério Público para a ação penal e princípio acusatório) e § 2º, primeira parte (exclusividade do exercício das atribuições do Ministério Público), e 144, parágrafos 1º e 4º (múnus constitucional da função policial), ambos da Constituição Federal.

Durante a explanação deste artigo será apontada as vertentes que levaram a decisão do STF em acolher a possibilidade do acordo de delação premiada ser realizado pelas autoridades policiais tanto civis quanto federais.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Apresentação do Caso

Para um melhor aproveitamento do conteúdo deste artigo é primordial a apresentação de alguns conceitos básicos a respeito do tema. Inicialmente este trabalho visa deslumbrar um posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange a Colaboração Premiada, algumas vezes tratada como Delação Premiada.

O instituto da Colaboração Premiada nem sempre está associado a delatar alguém. É o mecanismo judicial onde o acusado de um crime colabora com as investigações, dando nomes de co-participantes, detalhes do crime e ajudando às autoridades a recuperar os recursos perdidos. Em troca disso, o acusado, terá alguns benefícios como:

- Redução de um terço a dois terços do tempo da pena;
- Cumprimento da pena em regime semiaberto, no lugar do regime fechado;
- A depender do caso, extinção da pena;
- E até mesmo perdão judicial.

Para a concessão destes benefícios é importante que fique claro, a necessidade do delator não poder omitir informações e este dever poder falar sempre a verdade, participando assim de forma inequívoca. Além destes pressupostos as informações devem ser passíveis de confirmação pelas autoridades, caso contrário o delator não terá direito aos benefícios citados.

A primeira lei a prever a delação premiada no Brasil foi a Lei de Crimes Hediondos (BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho 1990), que mesmo sem citar os termos foi o instrumento inaugural de início desta prática.

Neste mesmo ano (1990) houve a criação da Lei contra Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (BRASIL. Lei 8.137, de 27 de dezembro 1990) que também apresentou

mecanismos semelhantes. Depois houve a criação da Lei Contra Crimes de Lavagem de Dinheiro e a Lei das Drogas.

Finalmente, no ano de 2013, foi promulgada a Lei nº 12.850 (BRASIL. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013), de 02 de agosto de 2013, que trata sobre as organizações criminosas. Esta sem sombra de dúvidas é a lei que melhor detalha o mecanismo de Colaboração Premiada, e determina, por exemplo, que o Delator só terá direito aos benefícios se realmente “abrir o bico”. Deste modo ele deverá contribuir com a revelação ou a possibilidade de descoberta de um dos seguintes itens, previstos nos incisos do Art.4º da lei:

- Identificação dos participantes da organização criminosa;
- Hierarquia e divisão de tarefas entre os membros;
- Prevenção de novos crimes;
- Recuperação dos produtos resultantes do(s) crime(s);
- Localização de vítima se houver.

Tal instituto é muitas vezes criticado pelo fato de alguns colaboradores ficarem impunes pelos seus crimes ou receberem penas muito pequenas se comparadas com a gravidade dos crimes por eles praticados. Porém, por outro lado, é preciso entender que muitas vezes o Estado dificilmente conseguiria obter aquelas informações para “fechar o quebra-cabeça”, quando se tem uma organização criminosa muito complexa.

É importante ressaltar que será feito um acordo entre as autoridades e o delator, garantindo direitos e deveres. Este acordo, após assinado pelas partes, será encaminhado à autoridade judiciária para homologação. Na hora da homologação o Juiz não analisará o mérito do que foi dito, não analisará o mérito das provas, não será o momento de dizer se o que foi dito pelo investigado é verdadeiro ou falso. Apenas será analisada a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do acordo de Colaboração Premiada.

Basicamente, nesta fase serão analisados os elementos formais: para ver se o acordo está regular quanto aos elementos procedimentais; os elementos legais: se os benefícios oferecidos ao investigado são lícitos, se todo o procedimento foi feito de acordo com a lei; e a voluntariedade: se o

investigado estava na presença de seu advogado, se este o informou sobre seus direitos, garantias e consequências jurídicas do acordo e assim decidiu de forma voluntária, sem qualquer tipo de constrangimento. A partir daí será competência do Juiz homologar o acordo.

Caso o Juiz entenda por alguma irregularidade no decorrer do acordo, poderá encaminhar novamente à autoridade responsável pela elaboração do mesmo, para que seja oferecida uma nova proposta de acordo. Outro aspecto importante é que ninguém poderá ser condenado com base única e exclusivamente em colaboração. A palavra do colaborador tomada isoladamente não será suficiente para fundamentar a condenação criminal de qualquer um dos investigados.

Com todo o conteúdo exposto, o que se trata na decisão do Supremo Tribunal Federal é a respeito da autoridade que será competente para a propositura da Colaboração Premiada. Neste sentido foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação ao disposto nos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850:

Art. 4º

[...]

[...]

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)

[...]

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

A Procuradoria Geral da República alega que como cabe apenas ao Ministério Público o papel de acusador no processo penal, só a instituição pode negociar os benefícios aos delatores. A Procuradora Geral da República, Dra. Raquel Dodge, defendeu a manutenção dos acordos já firmados, mas ressaltou que a participação dos delegados deve respeitar limites. A procuradora considerando a repercussão direta da colaboração premiada no processo penal, a autoridade policial, ao acertá-la, extravasaria os limites da investigação, imiscuindo-se no exercício da ação penal de iniciativa pública, privativa do Ministério Público, presente o inciso I do artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...].

Aduz que o Juiz, ao admitir proposta de acordo de cooperação premiada formalizada perante delegado, que não é parte no processo-crime, atuaria de ofício, comprometendo a imparcialidade, em detrimento do sistema acusatório, porquanto interferiria na negociação, especialmente quando o Ministério Público se posicionasse contrariamente.

Já a Advocacia Geral da União defendeu a necessidade dos delegados realizarem os acordos. Para o Relator da ação, Ministro Marco Aurélio Mello, impedir os delegados de negociar os acordos iria enfraquecer as investigações.

Esta ação para proibir a Polícia Federal de fechar delação representou mais um capítulo da queda de braço entre o Ministério Público e a Polícia Federal nas investigações da operação Lava Jato.

## 2.2 Solução dada pelo Tribunal

O julgamento da ADI 5.508/DF, realizada no STF, foi retomado 7 meses após o início. Por maioria os Ministros decidiram que os delegados de polícia federal e civil podem firmar acordos de delação premiada sem precisar de autorização do Ministério Público. O único a discordar foi o relator da operação Lava Jato no Supremo, Ministro Edson Fachin. Os



quatro votos oriundos da sessão realizada no mês de junho de 2018 seguiram a mesma linha do Relator Ministro Marco Aurélio Mello.

O Ministro Ricardo Lewandowski, mostrou-se favorável quanto à legitimidade de delegados de polícia firmar acordos de colaboração premiada, sem a necessidade do envolvimento do Ministério Público desde o início das negociações. Segue abaixo alguns trechos de seu voto:

“Penso que não se mostra possível, nem conveniente, impedir que as autoridades policiais lancem mão desse qualificado instrumento de persecução penal.”

“A existência de acordo de colaboração premiada celebrado pela polícia em nada interfere na atuação do Ministério Público, que ficará sempre preservada”

“Não me parece indispensável à presença do Parquet (do Ministério Público) desde o início, nem tampouco penso ser obrigatório vinculativo o parecer do órgão acusador”

Para o Ministro Celso de Mello a cooperação entre polícias e Ministério Público mostra-se essencial principalmente nos combates aos crimes de colarinho branco. Celso de Mello foi seguido da Presidente da Corte, Ministra Cármen Lúcia, que destacou que “a colaboração entre as instituições no caso específico do Ministério Público e da Polícia não é premiada, mas é um prêmio para a cidadania e contra o crime”.

Os Ministros entenderam que a atuação dos delegados não fere a constituição e também não prejudica o Ministério Público. A maioria da Corte, no entanto, fixou que as colaborações feitas pela polícia não impedem a denúncia por parte dos procuradores.

Policiais Federais e Civis podem ainda sugerir punições, mas quem vai decidir sobre a validade do acordo é o Juiz ou Ministro. Nenhum delegado poderá, por exemplo, garantir que um acusado não responderá a um processo caso concorde com a delação.

## 2.3 Discussão da Solução

Conforme o exposto, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal representa um avanço no procedimento de colaboração entre os órgãos de Polícia tanto Civil como Federal e os Ministérios Públicos.

Com as reclamações por parte dos Procuradores, a PGR propôs a ADI para sanar tais dúvidas, e deixar claro o limite às autoridades policiais ao oferecer acordo de colaboração premiada.

Antes desta decisão este tema era muito pouco tratado, e seguido fielmente como propõe os instrumentos legais. Em sua obra Márcio Adriano Anselmo (2016 apud GOMES, Rodrigo Carneiro 2018) trata sobre o tema:

“Considerando que o Delegado de Polícia preside a investigação criminal realizada por meio do inquérito policial (Lei nº 12.830/2013), nada mais coerente que o mesmo detenha legitimidade para celebrar acordos de colaboração no bojo da investigação”

O objetivo da propositura de acordo de delação premiada por parte dos delegados seria um meio de ir afundo em uma investigação e facilitar o encontro de elementos de prova, e não um mecanismo despenalizador.

O próprio § 2º da Lei 12.850 disciplina:

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (Grifo nosso)

Deste modo não há dúvidas de que é também prerrogativa do delegado de polícia representar ao juiz pela concessão da colaboração premiada. No mesmo dispositivo, há também outro parágrafo que deve ser observado quando a colaboração premiada for proposta por uma autoridade policial:

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre

o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.  
(Grifo nosso)

Com os instrumentos legais acima apresentados é incontestável que não há exclusividade por parte das autoridades policiais, mas uma medida de cooperação entre os órgãos. Onde o delegado de polícia deverá trabalhar junto com o promotor de justiça para que possam obter informações relevantes através da colaboração premiada.

É evidente que mesmo que a autoridade policial queira de alguma forma conceder um benefício ao investigado, tal conduta deverá ser homologada pelo Juiz, ou seja, haverá a participação do judiciário para prevenir irregularidades. É o que nos orienta o §7º também da Lei 12.850:

§7º Realizado o acordo na forma do §6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

O mecanismo estabelecido neste artigo é uma segurança tanto para a autoridade policial, que terá seus atos homologados, como também ao investigado. Este terá sua conduta de colaborar verificada quanto a possíveis coações, ou seja, o Juiz analisará se o investigado realizou o ato de maneira voluntária, se seu advogado estava presente no momento da delação e se ele sabia das conseqüências de seus atos.

Muitos procedimentos devem ser cumpridos para a legitimidade da Colaboração Premiada, e mais um mecanismo normativo que devem os delegados federais se pautar é o Instrumento Normativo 108, da Polícia Federal, de 8 de novembro de 2016. O Art. 98 prescreve como deverá ser:

Art. 98. Em qualquer fase do inquérito policial será admitida a colaboração premiada, na forma da lei, contendo as seguintes etapas:

I - negociação para a formalização do acordo de colaboração;

II - lavratura do termo de acordo da colaboração premiada;

- III - tomada de depoimento do colaborador;
- IV - despacho fundamentado;
- V - autuação;
- VI - remessa ao juízo, para decisão quanto à homologação;
- VII - verificação da efetividade; e
- VIII - representação ao juízo pela concessão ou não do benefício.

§ 1º A negociação para a formalização do acordo de colaboração premiada será realizada entre o Delegado de Polícia Federal, o colaborador e seu defensor.

§ 2º O termo de acordo da colaboração premiada será lavrado pelo Escrivão de Polícia Federal, contendo:

- I - relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - condições da proposta do Delegado de Polícia Federal;
- III - declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - assinaturas do Delegado de Polícia Federal, do colaborador, de seu defensor e do Escrivão de Polícia Federal que o lavrou; e
- V - especificação das medidas de proteção ao colaborador e a sua família, quando necessário.

§ 3º O despacho fundamentado nos autos da colaboração premiada deverá conter:

- I - elementos que demonstrem a voluntariedade do colaborador;
- II - manifestação quanto à personalidade do colaborador, à natureza, às circunstâncias, à gravidade e à repercussão social do fato criminoso; e
- III - análise acerca da possibilidade de eficácia da colaboração.

§ 4º Todos os atos da colaboração premiada serão autuados em apartado e cadastrados como Registro Especial, com acesso restrito ao Juiz, Ministério Público e Delegado de Polícia Federal.

§ 5º O defensor, no interesse do representado, poderá ter amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do

direito de defesa, desde que precedido de autorização judicial e res-salvados os referentes às diligências em andamento.

§ 6º Realizado o acordo na forma dos parágrafos 1º ao 5º, os au-tos da colaboração premiada, acompanhados de cópia do inquérito policial, serão remetidos ao Juízo, para decisão quanto à homolo-gação, mediante tramitação sigilosa, com solicitação de manifesta-ção do Ministério Público.

§ 7º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sem-pre acompanhado de seu defensor, ser ouvido pelo Delegado de Polícia Federal responsável pelas investigações.

§ 8º O Delegado de Polícia Federal conduzirá as investigações, buscando reunir elementos acerca da prática da infração penal, da veracidade e efetividade do depoimento prestado pelo colaborador.

§ 9º O Delegado de Polícia Federal e o colaborador poderão retra-tar-se da proposta, hipótese em que os autos da colaboração pre-miada serão remetidos ao juízo.

§ 10. Sendo efetiva a colaboração, com fundamento nos resulta-dos alcançados, o Delegado de Polícia Federal representará ao juízo pela concessão do benefício previsto em lei, ainda que esse benefí-cio não tenha constado da proposta inicial.

§ 11. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 12. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

Conforme o voto do ministro Marco Aurélio, a representação do delegado de polícia seria uma prerrogativa, não ofendendo a titularidade exclusiva do MP para a propositura da ação penal, nem o sistema acusató-rio. Portanto, a autoridade policial teria o poder-dever de representar ao judiciário por medidas cautelares no curso da investigação policial.

Não é apenas na lei 12.850 que está previsto as prerrogativas do de-legado de polícia, mas em inúmeros outros dispositivos. Como em vários

artigos do Código de Processo Penal (BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941), da Lei de Execução Penal (BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 e julho de 1984), do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e em muitos outros dispositivos legais. Dos instrumentos legais mais recentes têm-se a Lei Antiterrorismo (BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016) e também a Lei de Migração (BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017). É importante destacar que em cada um desses dispositivos, a atuação policial está descrita de forma a regulamentar e impedir condutas irregulares que possam vir a atentar contra a legalidade.

O julgamento da ADI 5.508 é mais um instrumento essencial para que a autoridade policial dê efetividade às suas condutas legais, e para que cumpra com êxito o seu papel de investigar de forma célere, imparcial e que possa vir a promover uma melhor segurança pública para a coletividade.

A autoridade policial é o “primeiro garantidor da legalidade e da justiça”, como proferido pelo Ministro Celso de Melo em seu voto no HC 84548/SP, julgado em 21 de junho de 2012. Assim, deve sempre zelar para que os interesses coletivos e sociais sejam alcançados da melhor maneira possível, para que sejam alcançados os direitos e garantidas concernentes a cada cidadão. Não seria razoável negar a atuação de oferecer colaboração premiada aos delegados de polícia, uma vez que é na fase de investigação, conduzida por estes, que os elementos delatados são de superior valia.

Conforme o entendimento da Ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal:

“É preciso que haja um entendimento das instituições, porque me parece que é da atuação conjunta, integrada, dos dois órgãos que poderemos ter, nós, sociedade brasileira, melhor eficácia no esclarecimento de crimes”.

Desta maneira, o auxílio eficaz entre os órgãos poderia tornar eficiente o combate à corrupção que tanto tem ocorrido em nosso país. Não sendo, portanto, eficaz tornar exclusiva a prerrogativa de oferecimento de colaboração premiada.

### 3 CONCLUSÃO

Este artigo científico deteve-se ao estudo e aprendizado da possibilidade de acordo de delação premiada a ser realizado por autoridade policial no âmbito das investigações, em conformidade com recente decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim como apresentou as vantagens de se ter o aval do STF para a realização de tal ato, uma vez que este procedimento, apesar de já disciplinada em dispositivos legais, era motivo de muita discussão entre os Delegados de Polícia e os Ministérios Públicos.

Portanto, ficou decidido pela Suprema Corte, com um placar de 10 a 1, que poderão os delegados de polícia fechar acordo de delação premiada, e por maioria também decidiram que não seria obrigatória a anuência do Ministério Público. O resultado representou uma derrota ao MP que inúmeras vezes contestava a atuação dos delegados na realização de delações.

Apesar da derrota do Ministério Público e do não acolhimento da inconstitucionalidade alegado pelo PGR, o argumento não prosperou, para o bem da coletividade em face à interdependência dos poderes. No momento em que nosso país está, em relação ao combate aos crimes de organização criminosa e corrupção, o monopólio da propositura de colaboração premiada ao MP poderia não ser benéfico às investigações, e poderia acarretar uma verdadeira insegurança jurídica.

Neste sentido, a conclusão que se tira deste estudo é que a decisão tomada pelo STF, apenas pacificou o conflito existente entre o Ministério Público e os delegados de polícia em relação a este fato, uma vez que tal procedimento elencado em diversos dispositivos já permitia a atuação das autoridades policiais.

Anteriormente a recente decisão tomada pelo STF as autoridades policiais já realizavam as diligências de colaboração premiada, porém tinham estes que estar acompanhados de um promotor de justiça e encaminhar para o poder judiciário para a homologação do acordo.

Com o advento da decisão da Suprema Corte passará os delegados a terem mais autonomia e capacidade para cumprir em tempos menores as investigações em caso de uma delação. Não era plausível que os delegados ficassem a espera do órgão ministerial para fazer cumprir um procedimento que merece ser célere.

Não obstante, ainda que tenha dado certa autonomia e garantia aos delegados, caso haja conflito de legalidade ou razoabilidade em um acordo de delação premiada, poderá ser levado à autoridade judiciária, para fazer com que os direitos e garantias do colaborador sejam preservados.

## 4 REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: M. Mallet, 2016

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 21 de julho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 15 de julho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em 21 de julho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa 108**. Brasília, DF: Polícia Federal, 8 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.fenapef.org.br/wp-content/uploads/2016/11/IN-nova-PJ-1.pdf>. Acesso em 16 de julho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei Antiterrorismo**. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm). Acesso em 21 de julho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 e julho de 1984. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm). Acesso em 21 de julho de 2019.



\_\_\_\_\_. **Lei de Migração**. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em 21 de julho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.072**, de 25 de julho 1990. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm). Acesso em 15 de julho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.137**, de 27 de dezembro 1990. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8137.htm). Acesso em 15 de julho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.850**, de 02 de agosto de 2013. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em 15 de julho de 2019.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **Delegado tem o poder-dever de representar ao juízo e propor colaboração premiada**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/academia-policial-delegado-temo-poder-dever-propor-colaboracao-premiada#\\_edn6](https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/academia-policial-delegado-temo-poder-dever-propor-colaboracao-premiada#_edn6). Acesso em 10 de julho de 2019.

LEITE, Gisele. **Considerações sobre a colaboração premiada no processo penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/consideracoes-sobre-a-colaboracao-premiada-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em 15 de julho de 2019.

LOBO, Iury Jim Barbosa. **Delação premiada: uma análise sobre a sua validade e eficácia no curso do processo penal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48114/delacao-premiada-uma-analise-sobre-a-sua-validade-e-eficacia-no-curso-do-processo-penal>. Acesso em 10 de julho de 2019.

MELO, Ministro Celso de. STF, **HC 84548/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgado em 21/6/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14792931/habeas-corpus-hc-84548-sp-stf>. Acesso em 21 de julho de 2019.

MIRANDA, Amanda. **Por 10 a 1, STF decide que polícia pode fechar acordos de delação.** Disponível em: <http://m.blogs.ne10.uol.com.br/jamildo/2018/06/20/por-10-a-1-stf-decide-que-policia-pode-fechar-acordos-de-delacao/>. Acesso em 21 de julho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5.508.** Julgamento em 20 de junho de 2018. Brasília. Voto relator disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2019.

# OS ENTRAVES PARA A RESSOCIALIZAÇÃO E O PRECONCEITO CONTRA O EX- PRESIDIÁRIO: DIÁLOGOS ENTRE GIORGIO E WALTER BENJAMIN

*Gabriel Rodrigo de Sousa*

*Moisés Gontijo Fonseca*

## 1-INTRODUÇÃO

O fator relevante para a análise dessa temática está embasado naqueles indivíduos que diante da ineficácia estatal, ficam à mercê das intempéries econômicas e das influências midiáticas estigmatizante daqueles que em algum dia cometeram algum delito, seja ele de pequeno ou elevado grau de reprovabilidade. A sociedade passa, portanto, doutrinando a formação da personalidade dos membros do corpo social, assim como o pleno reingresso dessas pessoas como sujeitos dotados de direitos e deveres na esfera de convívio. Logo, o consumismo é proposto aos grupos atingidos pela distribuição desigual de renda como modo verídico de aquisição de valor, conforme assevera CONSTANTE:

Eles (os indivíduos) querem ser atraídos pelo desejo de consumir objetos, estilos e comportamentos. Nessa linha tênue, parecem buscar uma maneira de serem aceitos ou mesmo de serem incluídos em nossa sociedade. Por esse motivo, em alguns casos, os bens materiais se tornam cartões de visita e promessas de um status social (CONSTANTE, 2016, p. 27)

Motivados por estes interesses, os grupos marginalizados designados aos postos de empregos inferiores, com baixa captação de renda e consecutivo aumento da desigualdade e exclusão (CUNHA, 2010), vislumbram meios alternativos para alcançar seus desejos, assim optam pelos meios ilegais e fáceis de aquisição de bens. Por causa disso, são reclusos aos estabelecimentos prisionais, local em que, atualmente o estigma é posto ao detento, e as oportunidades para a especialização no mundo do crime são variadas. Nesta senda, as possibilidades de ressocialização e ingresso verídicos na sociedade pelo conhecimento técnico ou mesmo acadêmico são tentativas ainda pouca consolidadas na figura de um Estado que pretende dizer democrático e de Direito.

Essa realidade das prisões e do fenômeno do encarceramento no Brasil podem ser explicados sobre a visão de dois pensadores, teóricos do chamado estado de exceção, Giorgio Agambem e Walter Benjamin. Giorgio Agambem, sofrendo influência de Benjamin para a construção do referido conceito, assevera da seguinte maneira quanto a essa questão:

Um estudo da estrutura e do significado do estado de exceção pressupõe, portanto, uma análise do conceito jurídico de necessidade”. Nesse sentido, a teoria da necessidade não é aqui outra coisa que não teoria da exceção em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei. A necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma: “aquele que, em caso de necessidade, age além do texto da lei, não julga a lei, mas o caso particular em que vê que a letra da lei não deve ser observada (ELIELTON,2016, p.131)

É fundamental que a presente pesquisa adote a transdisciplinaridade como norte, pois não é possível construir a temática aqui presente sem o auxílio de outras áreas do conhecimento, especialmente a História, Filosofia e da Ciência Política. É crucial, portanto, a consulta a alguns autores cujos escritos para o desenvolvimento desta foram de suma importância, destacando-se os seguintes: Giorgio Agambem, Walter Benjamin e Débora Pastana. Além disso, a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (STF) também foi utilizada.

Além disso, tivemos como critério uma análise crítica da realidade jurídica-histórica da temática analisada, visando que o Direito influencie de forma positiva a realidade. A criticidade no direito, pode ser assim definida:

um processo de intervenção sobre o saber acumulado, que proporciona a informação necessária para desenvolver um conhecimento analítico capaz de superar as barreiras do nível alcançado pelas ciências sociais(...) O discurso crítico não pode ser nenhuma pretensão de completude, nem pode pretender falar alternativamente em nome de nenhuma unidade ou harmonia, já que está em processo permanente de elaboração(...) realiza análises fragmentadas e transformáveis, próprias de um processo de produção de um novo conhecimento científico. (WARAT,1988, p.35)

Temos como objetivo central a identificação da atuação do Poder Judiciário como violador dos preceitos mais básicos da Constituição e de leis infraconstitucionais em matéria Penal, decorrentes da forte influência autoritária dos cursos jurídicos, legitimantes de um estado de exceção permanente no seio de uma sociedade dita democrática, como a brasileira. Por outro lado, temos como objetivos secundários a definição do conceito de ressocialização e como, devido a situação do sistema carcerário brasileiro, esse conceito não passa de uma utopia que somente possui o condão de acentuar as desigualdades e o estigma do resto da sociedade, que passa a enxergar o prisioneiro que precisa ser abatido ou excluído do convívio social.

Para tanto, utilizaremos quanto à metodologia, o trabalho em mãos faz a opção pelo método indutivo e histórico. Esta opção se justifica porque o método indutivo escolhido permite que analisemos o tema a partir de quadros específicos (a dificuldade brasileira em se construir uma identidade constitucional forte, em que o Estado Democrático de Direito seja de fato pensado como premissa básica de organização social,) para depois partirmos para a situação mais global, que no caso é a realidade brasileira como um todo, com o intuito de compreendermos o estado de coisas inconstitucional que o sistema carcerário no brasileiro se encontra. Aqui, portanto, faremos inicialmente uma análise das individualidades, compa-

rando e descrevendo as relações entre eles, permitindo que se compreenda em um quadro maior, quais os desafios para o Brasil para a construção da sua efetividade constitucional e, portanto, da sua democracia.

## 2- RESSOCIALIZAÇÃO: SOLUÇÃO OU MANUTENÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO?

A estrutura prisional de hierarquias, com o controle dos grados inferiores nos quais estão os detentos, propõem o castigo do preso não como outrora era, mediante a punição sobre o corpo, com as “dores da carne”, mas atualmente busca-se afligir a alma e a consciência do apenado (Foucault, 2007). O Ministro LEWANDOWSKI, em voto proferido em sede de Recurso Extraordinário 592 581/RS, utiliza expressão que consegue de maneira didática resumir a situação do sistema prisional brasileiro. No entendimento de Sua Excelência, às prisões no país são uma verdadeiro “inferno de Dante”, em referência a obra clássica de “A Divina Comédia”, onde o inferno é retratado como um tormento eterno, construído por meio de vários andares, que não permitem a saída e arrependimento dos que ali foram condenados a viver.

A metáfora utilizada, felizmente não pode ser considerada exagero. A dignidade humana passa pelo seu maior vilipêndio quando o crime passa, ainda que indiretamente, a ser punido com a vida. O intuito do processo de ressocialização propõe a reorientar o detento nos alojamentos da instituição carcerária com parâmetros humanísticos, logo com cerne na figura humana do aprisionado em respeito as considerações do princípio *pro homine* e da constitucionalização de diversos direitos e garantias fundamentais, fato que já era explícito na legislação penal, consubstanciado na própria figura do *in dubio pro réu* e a reiterada defesa da presunção de inocência. Por fim, a aplicação legal em vistas a dignidade humana deve abranger o momento da interposição da pena, o seu cumprimento e as circunstâncias posteriores, como coloca Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de

direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 1988, p.53)

É evidente, entretanto, que o conceito de dignidade humana e a realidade das prisões brasileiras não se coadunam no âmbito constitucional e penal da legislação pátria. Esse fato é o principal motivo que permite relacionar a figura do estado de exceção e essa triste realidade que assombra a teia social brasileira. Walter Benjamin, permite em seus escritos, confirmar essa afirmação:

A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ no qual vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficiará da circunstancia de que seus adversários o enfrentem em nome do progresso, considerado uma norma histórica [...]. (BENJAMIN, 1985, p. 226)

A forma positiva de atuação sobre o indivíduo deve procurar sua reintegração, afinal a passividade do preso e a atuação institucional remonta a criminologia positivista que observava o infrator como inferior e anormal frente a sociedade (BARATTA, 1997). A reintegração procura interagir autor e sociedade, para que esta se identifique e reconheça o preso de modo não estigmatizado.

A questão posta aqui em debate, contudo, também se relaciona com o fato de como a Justiça e os cursos de Direito brasileiros foram e estão sendo construídos. A tradição do formalismo exacerbado e autoritário do ensino jurídico no país reverbera na estrutura do próprio poder judiciário e dos seus membros. Para Débora Regina Pastana, citando documentário de Maria Augusta Ramos (Justiça), os juízes, principalmente nas grandes

comarcas, atuam como “guardiões da sociedade” na luta contra a delinquência e não como guardiões da Constituição.

O excerto a seguir demonstra esse fato:

Desde a redemocratização do país, com a adoção de uma Constituição Federal a estabelecer certas garantias individuais, o “poder de polícia” passou a sofrer algumas limitações. Atos que no governo militar eram tolerados e até mesmo ordenados pelo Estado, agora são vistos como arbitrariedades e abuso do poder. Evidente que o advento de uma nova Constituição não foi suficiente para coibir práticas antes usuais nessa célula do campo jurídico. Execuções, torturas, falta de transparência e abuso de poder ainda definem a atuação desses operadores (PASTANA,2009, p.83)

Danilo Pereira Lima, em obra intitulada “Legalidade e Autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964”, também coaduna com o posicionamento posto acima, pois para o autor a influência da Ditadura Militar ainda se encontra presente no cotidiano da prática judicial. Para o autor, advogados não se importam com transgressões ao texto constitucional quando não são os seus clientes os afetados, os juízes e promotores ferem a lei apenas sobre um pretexto de combate à criminalidade, instrumentalizando o Direito como legitimador de um estado de exceção (2018, p.250).

Os estudos acadêmicos, muito embora férteis e importantes para o estudo dessa temática, devem ser apenas parte da resolução desse problema estrutural, ultrapassando a esfera acadêmica e refletindo verdadeiramente na cultura constitucional brasileira e, diante disso, ultrapassando o campo autoritário que marcou a sociedade brasileira durante a maior parte do século XX.

Em virtude da carência de resultados do modelo de ressocialização ganhou um elevado grau de descrédito pela doutrina penal e criminológica, sendo colocado como mera utopia. A crítica está em sua aparição normativa e ausência fática, na qual os abusos aos direitos do presidiário são evidentes, momento este em que o aconselhamento e acompanhamento de profissionais jurídicos, psicológicos e médicos é longínquo, tanto em termos financeiros, tanto pela ausência da capacidade dos “operadores



do direito” de verem a dor do ser humano que é submetido ao verdadeiro inferno que são as prisões brasileiras.

Para alguns autores, a ressocialização é somente um dos intuitos do sistema carcerário, não sendo esperado a plenitude de sua conquista, suas colocações propõem que as cadeias não excluem a disposição pelo Estado do chamado a família, a escola, enfim, a presença efetiva do estado brasileiro na construção de políticas públicas concretas para esse grupo populacional historicamente marginalizado. Nos termos da criminologia crítica, o sistema carcerário atua como uma forma de separação entre os indivíduos, realizando a manutenção das desigualdades sociais, deste modo, em um sistema capitalista, não há a possibilidade da ressocialização.

Como coloca as análises históricas, a modernização do sistema carcerário data do século XX, momento em que se postulou a setorização com os manicômios, as colônias agrícolas e a casa dos albergados, por exemplo. A finalidade era separar o apenado por suas condições pessoais e jurídico penais. Apesar do esforço em organizar, a partir do ano de 1980, com a crise de segurança pública ocorrida, os presídios entraram em decadência pelo excesso de presos, requisitando, deste modo, medidas contrapostas ao problema, demonstradas na lei de execução penal. Segundo Machado:

A Lei de Execuções Penais, em uma análise geral das suas disposições, procurou construir um moderno sistema de execução penal, abordando os principais avanços teóricos sobre a finalidade da lei, bem como sobre os pressupostos fáticos necessários para a sua real concretização (MACHADO, 2008, p.34)

Nos objetivos secundários da aplicação penal, está a retribuição do mal causado que retira do delito seu caráter atrativo, inviabilizando a reincidência. Os desgostos pelo ato ilegal provem de penas que tornem prejudicial o ilícito, seja pela quantidade temporal ou pela qualidade da restrição, nas palavras de Michael Foucault (1987) deve-se atribuir a um crime uma desvantagem que, definitivamente, a torne repudiável a ideia do delito.

Desta forma a reeducação ao convívio social, tem por base desmotivar a prática ilícita em favor daquela benéfica a sociedade e ao indivíduo, o

qual ao reintegrar exige uma profissão que lhe possibilite a própria manutenção e subsistência. Para tanto a qualificação profissional e educacional, assim como a recepção do organismo social são requisitos para a eficácia da medida. Cabe ressaltar a heterogeneidade do sistema, no qual as introduções são observadas como testes, pois os resultados podem não corresponder às expectativas, como coloca BACCARINI:

Quando se trata da questão da ressocialização, não há receitas definitivas, mas, sim, possibilidades de ação, visto que esse problema não pode ser resolvido com fórmulas simplistas. Da mesma forma, não se pode atribuir às disciplinas penais o ônus de concretizar na totalidade a ressocialização do condenado desconsiderando a existência de outros programas e meios de controle que a sociedade e o Estado devem organizar com esse objetivo, seja por meio da educação, do aporte familiar ou religioso etc. (BACCARINI, 2012, p. 13)

Entre os anos de 2007 e 2013, o governo federal brasileiro tentou o programa de políticas penitenciárias, sendo marco o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) (Ministério da Justiça, p.195). A finalidade do programa contemplava a elaboração de salas de aulas, laboratórios de informática e bibliotecas para o atendimento de um número crescente de presos, chegando em 2011 a 41 mil vagas (PRONASCI, 2011). Outras mudanças legislativas compeliram para a nova política de auxílio, com a introdução de novos projetos políticos, educativos e profissionalizantes. A formação de oficinas de costura, tem por intuito atender as demandas regionais, o projeto seguia as diretrizes do Plano Diretor, elaborado pelos Estados e Distrito Federal para demonstrar os resultados obtidos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no outrora citado Recurso Extraordinário 592.581/RS, também evocou argumento do Direito Internacional como base da sustentação jurídica que nos permitem afirmar que a ressocialização, nos moldes fáticos e jurídicos que se encontra no Brasil é mais uma das facetas da instituição de um estado de exceção permanente nos moldes cunhados por Agamben e Benjamin. Vejamos o excerto que comprova essa teoria:

Trata-se de uma decisão importante no cenário brasileiro. O julgamento desse Recurso Extraordinário teve como decorrência a elaboração da Tese nº 200 do Supremo Tribunal Federal. De acordo com esse enunciado, a corte considera lícito que Judiciário imponha à Administração Pública a obrigação de fazer consistente na promoção de medidas determinadas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos penais, a fim de concretizar o postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral (BRASIL, 2016b). Em seu voto, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski faz referência ao estado precário das prisões brasileiras, lembrando que o Brasil já sofreu condenações pela Corte Interamericana nesse sentido ((BRASIL, 2016b).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vem sendo forte no sentido de condenar a inércia do Estado brasileiro em relações a situação carcerária. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, conforme ilustra o trecho seguinte, evidencia o próprio estado de coisas excepcional e, portanto, antidemocrático, que macula a Administração pública no Brasil. Vejamos:

A situação chegou ao ponto de motivar intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país. Foi o caso do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE, da Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho/ RO, do Complexo do Tatuapé, de São Paulo/SP, 11 da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/ SP, e do Complexo de Pedrinhas, de São Luiz/MA. A Comissão Interamericana, por sua vez, concedeu medidas cautelares contra o Estado Brasileiro para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre/ RS (BRASIL, 2015, p. 4)

Portanto, cabe delimitar até aqui como que a possibilidade de ressocialização do apenado no sistema judicial brasileiro se tornou apenas mais

umas das máculas de exclusão e desigualdade que assombram o Brasil desde os primórdios do seu descobrimento, em constante distanciamento entre o texto magno e internacional dos direitos humanos. O caminho é longo para mudança dessa realidade e, infelizmente, a perspectivas de mudanças está cada vez mais no caminho da utopia e não na concretização da garantia dos mais básicos direitos do cidadão.

### 3- ENTRAVES PARA A MUDANÇA DO STATUS QUO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Em tese, os modelos de reinserção social são fundamentados em medidas bem elaboradas e práticas, entretanto a aplicação dos projetos encontra obstáculos, em alguns casos, quase intransponíveis, dentre eles a vontade e os recursos para o abastecimento e a manutenção dos mesmos e a quantidade exacerbada de detentos alocados em um único espaço.

Observa-se que a infraestrutura é vista como um problema, afinal de contas a oferta de vagas em trabalhos, em termos materiais, deve considerar esse excedente, porém o próprio local de trabalho torna-se inviável para a demanda esperada. Os efeitos secundários da pena, sejam físicos ou psicológicos, interferem diretamente na eficácia das medidas, seja pelas doenças, pelos reflexos psicológicos ou a própria estrutura carcerária. A influência negativa reprime as mudanças efetivas e benéficas. Como coloca Assis:

A superlotação das celas, sua precariedade e insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais, como também a má-alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão fazem com que o preso que ali adentrou numa condição sadia de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. (ASSIS, 2007, p. 75)

O resultado desta equação mostra que a falta de estrutura, em decorrência do encarceramento em massa, provoca o ciclo da reincidência. Afinal, as condições insalubres e humilhantes colaboram para a homossexualidade forçada, o suicídio, o homicídio, os distúrbios psicológicos.

O indivíduo que adentra o estabelecimento carcerário cercado de influências negativas e tendenciosas, conviverá com piores índices e inferiores circunstâncias, assim sendo tolhido em seu caráter e a possibilidade de crescimento. As possibilidades e melhorias antes almejadas serão, por fim, inviabilizadas. Assim coloca Neto:

Um grande abalo que sofre o preso no Brasil é de natureza psicológica, tendo como principal fator a sua vida carcerária. [...]. Este tipo de ambiente possui uma influência de tão grande negatividade que poderá ir de uma simples reação psicológica momentânea até um intenso quadro psicótico podendo culminar em agressões contra os outros detentos como até a retirada de sua vida: (NETO et. al., 2013, p. 4)

O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, enquanto ainda membro do Pretório Excelso, se pronunciou em voto no Habeas Corpus 84.078-7/MG contra o comportamento autoritário que o legislador brasileiro dos anos 1990 e a maioria da magistratura na criação e aplicação da Lei Penal e Processual Penal. O trecho do voto de Sua Excelência, corrobora o entendimento e demonstra mais um dos entraves para a mudança no atual estado de coisas que o sistema carcerário brasileiro se encontra. Vejamos:

Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90". A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando na evolução do mesmo. A informação que se propaga neste meio convalesce com a opinião de vários juristas de que o sistema penitenciário provoca a degradação a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. (FRANCO,2000, p.99)

Diante disso, não é correto atribuir aos estudiosos e atores unitários das medidas de reafirmação a responsabilidade pela não aplicação das medidas. Afinal, os órgãos governamentais e judiciais não proporcionam o devido respaldo as melhorias do sistema, sendo inútil as boas intenções dos indivíduos interessados humana, obstando o modelo reintegrador pensado pela Lei de Execuções Penais (LEP). Desta forma, observa-se as inúmeras influências negativas a colocação dos mecanismos de reerguimento dos encarcerados, os quais encontram-se em situação degradante dentro do sistema prisional, infelizmente o ciclo de reincidência permanece não só atuando, porem qualificando as más atitudes dos detentos.

#### 4- O PRECONCEITO COMO ESTIGMA: A FACETA MAIS CRUEL DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL

Quando o ex- detento cumpre a pena que lhe foi imposta, sobrevém sua liberdade e reingresso na comunidade. Teoricamente, este indivíduo está apto a vivencia conjunta, porém, como a população em geral conhece a aplicação eivada de vícios do projeto de reintrodução individual, os estigmas e preconceitos aparecem e inviabilizam, na sua maior chance, a condição de agregação daquele que foi apartado em decorrência dos seus atos violadores da lei penal. Na definição de Schilling e Miyashiro:

Estigma: marca ou cicatriz deixada por ferida; qualquer marca ou sinal; mancha infamante e imoral na reputação de alguém; sinal infamante outrora aplicado, com ferro em brasa nos ombros ou braços de criminosos, escravos etc.; aquilo que é considerado indigno, desonroso; falta de lustre, brilho ou polimento; moral; desonra, descrédito, infâmia, demérito, descrédito, deslusto, enxovalho, infâmia, labéu, mácula, nódoa, perdição, perdimento, raiva, vergonha (Schilling; Miyashiro, 2008, p.248)

Aqui o ponto de diálogo entre Agamben e Benjamin de acentua. Para aquele, a instituição do estado de exceção, no qual o autoritarismo se instala dentro de um regime democrático, sendo todos aqueles que não se encaixam dentro da nova realidade jurídica social renegados a

existência como cidadãos de segunda classe. O autor italiano discorre nesse sentido, vejamos:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. Diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como um paradigma de governo dominante na política contemporânea (AGAMBEN, 2007, p. 13).

Não há, portanto, ruptura oficial com a ordem constitucional outrora estabelecida. Contudo, relacionado ao contexto brasileiro, a ordem jurídica criminaliza a pobreza e a população negra e impede, muitas vezes o acesso aos serviços mais elementares que tem direito. Esses indivíduos passam a ser vistos como bandidos e, apenas isso, não sendo sujeitos detentores de dignidade. Eugenio Raul Zaffaroni (2011, p.18), complementa essa ideia ao afirmar que essa caracterização de alguns grupos como inimigos a serem abatidos pelo Estado se afasta do Estado Democrático de Direito e subverte a ordem jurídica em nome de políticas públicas de cunho higienista

As consequências desses fatos são diversas. Em consideração ao mercado de trabalho, as ideias que promovem o desenvolvimento profissional dentro das penitenciárias são vislumbradas em diversos aspectos, todavia em nenhum deles se significa esta função como uma exploração de mão de obra ou como castigo, mas sempre tendente a sua introdução social e educação. Na Lei De Execução Penal, em seu artigo 28, está colocado que:

O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na teoria os recursos legais são dispostos de maneira a reintegrar os detentos a sociedade de mercado, como demonstrado por SANTOS (2001, p.21), em sua análise no presídio de Tupaciguara. Neste local, eles confeccionam barcos, brinquedos e diversos objetos de bambu, lona e outros materiais que posteriormente são expostos para venda durante os dias de visita ou entregues as famílias para que proceda como lhes aprouver. Entretanto, quando são colocados em liberdade, as circunstâncias se diferem, pois, os empregadores formais rejeitam o emprego desta mão de obra apesar das demonstrações de desenvolvimento realizadas, seja pelo desconhecimento ou pela desconfiança. Como coloca RAMALHO:

Um dos problemas centrais de quem sai da prisão, segundo os presos, é encontrar trabalho. Qualquer emprego exige atestado de bons antecedentes, e a marca da passagem pela cadeia vai significar que pertenceram ao mundo do crime, argumento suficiente para que o empregador escolha outra pessoa. (RAMALHO, 1983, 117)

Os atos clássicos de diferenciação (educação, salarial, social, habitacional e cultural) antes vistos na sociedade com frequência e desamparo legal. Hodiernamente, muito embora a legislação constitucional e infraconstitucional preveja um estado social e democrático de direitos, a nossa realidade nos mostra que o constitucionalismo brasileiro precisa se desenvolver para a construção de uma cultura democrática, visando reduzir a mácula da desigualdade.

## 5- CONCLUSÃO

O desmantelado sistema penitenciário desnaturaliza a natureza da pena há várias décadas na sofrida realidade social brasileira. A reclusão promovida em um estabelecimento prisional está a quem daquilo que a



ordem jurídica constitucional e internacional determinam. O “Inferno de Dante”, outrora apenas imaginado pela literatura clássica, passa na realidade do país, a representar um ambiente repleto de purgações extras da pena, como a superlotação que gera o sofrimento física e emocional, causando a superveniência da natureza mais primitiva do homem, sendo assim, ao invés de reintegrar o indivíduo ao convívio harmonioso da sociedade, o vilipêndia na sua esfera mais pessoal, o da sua dignidade enquanto sujeito de direitos e deveres, típica do constitucionalismo moderno.

Diante desse quadro, quando o indivíduo que deveria retornar ao convívio em grupo dito ressocializado, passa por um processo de elevado grau de estigma e preconceito, a própria sociedade o enxerga como um inimigo que deve ser abatido, física e socialmente. É possível concluir, nesta senda, que a constituição do sistema carcerário brasileiro representa, conforme os conceitos fundamentalmente cunhados por Walter Benjamin e depois aprimorados por Giorgio Agambem, um estado de coisas excepcional e excludente, montado no seio de um regime proclamado como democrático, mas que na verdade enseja uma verdadeira guerra contra o inimigo, lotando, no caso brasileiro, as prisões com pobres e negros, em total desrespeito ao ordenamento e jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive o do próprio órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal.

É necessário inferir, também que a própria organização e formação dos juristas brasileiros tem papel de relevo nesse cenário catastrófico. Os juízes, promotores e advogados atuam de maneira extremamente pragmática e aplicar determinada sanção sem analisar a situação social e pessoal das partes envolvidas. Contudo, o desenvolvimento de uma cultura verdadeiramente democrática é tarefa árdua e apresenta empecilhos dentro do próprio campo jurídico, considerado conservador e excludente, que em matéria penal representam o seu auge de seletividade e repressão desenfreada.

O instituto da ressocialização, diante do exposto, representa apenas mais umas das facetas do estado de exceção. O discurso democrático e a prática autoritária da justiça penal no Brasil impedem que os preceitos constitucionais e legais da legislação sejam aplicados. A situação prisional, com a superlotação e falta de condições básicas de higiene, dentre outros aspectos, é consequência direta da atuação irresponsável dos tribunais.

Essa atuação do poder Judiciário, induz um pensamento que todo criminoso deve ser abatido como inimigo ou segregado como punição eterna aos erros cometidos no passado.

Por fim, cabe ressaltar que nem mesmo as disposições do Direito Internacional e do Pacto de São José da Costa Rica são consideradas pelo Estado brasileiro para a criação de perspectivas concretas de alteração do status quo do sistema carcerário brasileiros. Temos aqui mais uma questão sobre a ineficácia do Direito na promoção de políticas públicas concretas, respaldos de um lastro antidemocrático na história recente brasileira, consubstanciado em mais Estado penal e menos estado social e econômico. Logo, é necessária uma hercúlea tarefa de aperfeiçoar o campo democrático no Brasil, alterando a mentalidade dos cursos jurídicos no Brasil e dos poderes Executivo e Legislativo para que a função social do Direito, como garantista do texto constitucional, ultrapasse a esfera acadêmica e atinja a promoção de verdadeira políticas públicas que consigam não estigmatizar os erros do passado de um indivíduo, como uma pena eterna de segregação aos pobres e negros, considerados inimigos da sociedade.

## 6- REFERÊNCIAS:

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BACCARINI, Sônia de Oliveira Santos. O sistema prisional e a ressocialização. *Revista IP-TAN*, vol. 10, São João Del Rei, 2012.
- BENJAMIN, W. *Magia e técnica, arte e política: Ensaio sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Peticionante: Partido Socialismo e Liberdade. Petição Inicial. 2015.
- BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592581*. RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RECDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Relator: Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 01 fev. 2016. Disponível em: . Acesso em: 09 ago. 2019. (2016b).

CONSTANTE, Robson da Silva; SCHMIDT, Saraí Patrícia. Funk Ostentação: do incentivo ao consumo de marcas de luxo às falas promessas de inclusão e status social

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão; tradução de L. M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987 janeiro: Forense, junho/dezembro, 1982.

LIMA, Danilo Pereira. *Legalidade e Autoritarismo*: O papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964. Salvador: Juspodivm, 2018. 287 p.

MACHADO, Stéfano Jander. *A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal*. (Monografia). Biguaçu, SC: UNIVALI, 2008.

Ministério da Justiça. *PRONASCI*: Um novo paradigma para a Segurança Pública. Cartilha Institucional, p. 3-6.

NETO, Vicente Taveira da Costa; ARAÚJO, Mag-nus Dantas de; SOUSA, Jorge Fernandes; AL-VES, Daniel Ponte; BESERRA, Germano Moróro. *Monitoramento eletrônico*: a solução para os problemas de superlotação de nossas cadeias. ANAIS do VI Encontro de Pesquisa e Extensão da Faculdade Luciano Feijão. Sobral-CE, novembro de 2013.

PASTANA, Debora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*: Discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Unesp, 2009. 302 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.

SCHILLING, Flávia; MIYASHIRO, Sandra Galdino. Como incluir? O debate sobre o preconceito e o estigma na atualidade. *Educ. Pesqui.*, São Paulo , v. 34, n. 2, p. 243-254.

SOUSA, José Elielton de; OLIVEIRA, Maria do Socorro Catarina de Sousa. Considerações sobre o conceito de “Estado de Exceção” em Giorgio Agamben, *Intuitio: Revista do PPG em Filosofia da PU-CRS*, Porto Alegre, v. 1, n. 9, p.131-147, jul. 2016.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. *In: FARIA, José Eduardo (Org.). A crise do Direito numa sociedade em mudança. Brasília: Ed. Universidade Brasília, 1988, p.35*

# DO CRIME ORGANIZADO AO ANTICRIME: COOPERAÇÃO, CORRUPÇÃO E ESTADO PARALELO.

*Ithala Oliveira Souza*

## 1. Introdução

O trabalho em apreço discorre sobre as organizações criminosas, as propostas do projeto Anticrime e os mecanismos de combate da cooperação jurídica internacional. Sob um teor contextualizado, é apresentada as razões do surgimento de um Estado cooperativo, a dinamicidade das sociedades atuais em decorrência da globalização, estreitamento de fronteiras e as consequências desse fenômeno, especificamente em âmbito criminal.

O trabalho se desenvolve através da problemática central de ineficácia do Estado em combater as organizações criminosas, da promiscuidade dos entes governamentais ao atuarem às avessas dentro dessas e principalmente como o surgimento e ascensão dos grupos são produtos da realidade brasileira.

Justifica-se pela necessidade de propor medidas eficazes, em âmbito global, de superar ou encontrar alternativas para contornar a delinquência organizada, ciente que a sua existência é fruto das mazelas, do encarceramento em massa, da política punitivista e da guerra massiva contra o crime, assim, para combater o crime organizado, deve-se ater que o problema está na raiz, não nos frutos.

O crime organizado possui atuação além das fronteiras, fato que o torna uma questão de segurança internacional. São grupos maleáveis, sur-

giram em decorrência de uma realidade desfavorável a eles, mas se adaptaram e a utilizam ao seu favor, enquanto o Estado permanece contumaz com medidas sabidamente inócuas.

Para o desenvolvimento dessa produção acadêmica traçou-se o seguinte objetivo geral: comprovar como o Estado influenciou para o surgimento e a ascensão do crime organizado, através da sua improficuidade e negligência. Nessa techedura, também foram delineados os seguintes objetivos específicos: identificar como a globalização atuou para o surgimento do Estado cooperativo; demonstrar a ineficácia da Convenção de Palermo para reger situações do direito interno brasileiro; descortinar o conceito de grupo organizado e delimitar suas características; apresentar o cenário brasileiro, o desprestígio do estado, a corrupção como fator propulsor para atuação dos grupos e por fim expor a proposta do “Projeto Anticrime”.

O tema foi desenvolvido através de uma abordagem de Natureza Social, pesquisa qualitativa em fontes bibliográficas e documentais, a partir dos métodos histórico, comparativo e dialético

## 2. Cooperação Jurídica internacional

O mundo como aldeia global<sup>22</sup> facilitou a troca de informações, a transição de pessoas e produtos, a diminuição de barreiras intensificou as interações sociais internacionais e as relações entre um povo e sua nação. Diante de tais movimentações, especificamente fronteiriças, surge a necessidade de mecanismos de cooperação entre Estados soberanos para assegurar a plena eficácia da justiça.

O período pós segunda Guerra Mundial representa um momento de mudanças de paradigmas, marcado pelo entrave entre liberdade e soberania. Em um contexto de solidariedade, as atuações soberanas foram substituídas pelo compartilhamento de responsabilidades das consequências bélicas e em nome da segurança jurídica entre as nações, a liberdade de atuação foi limitada (Haberle, 2004, p.25). Como medida preventiva para evitar um novo holocausto foi criada a ONU e conseguinte a Declaração dos Direitos Humanos proclamada “para que o homem não seja compe-

---

22 Termo utilizado pela primeira vez pelo filósofo canadense Marshal McLuhan. Consiste no elo de ligação mundial através dos meios midiáticos, o conceito se tornou uma das principais teorias que busca explicar o fenômeno da globalização.

lido, a revolta e a tirania”, bem como, garantir a liberdade da forma mais ampla (DUDH, preâmbulo).

A Soberania Estatal se destaca como um dos maiores bloqueios para ascensão da cooperação internacional, mas diante de uma ameaça comum, como a II Guerra Mundial, as relações amistosas entre as nações tornam-se imperiosas para constituição da justiça. Neste teor de limitações, discorre o jurista Lafer (1979, p.10) sobre os objetivos e princípios de uma organização internacional criada pela ONU

[...] procurou formalmente regular as relações entre os estados, de acordo com certos princípios, entre os quais os da segurança coletiva, solução pacífica de controvérsia, jurisdição internacional e desarmamento. Tais princípios, evidentemente, representavam, nas suas aspirações, um esforço de, **através da cooperação internacional, limitar consensualmente o arbítrio dos estados, no exercício de suas competências soberanas, nos termos do direito internacional público de coexistência. (grifo nosso)**

Há fatores influenciadores na necessidade e nos avanços em âmbito cooperativo, como: os bloqueios fronteiriços sofridos pelas ações judiciais enquanto as atuações criminosas ganham fluidez no espaço; a intensidade e frequência do cometimento dos crimes definidos como transnacionais; quantidade de países envolvidos nos aludidos; o nível de entendimento entre os Estados cooperantes e a interpretação jurisprudencial e doutrinária incentivadora da cooperação (Cooperação em pauta, 2018).

Frente a essa necessidade de amparo entre nações surgem os mecanismos de cooperação internacional entendidos como um diálogo entre dois estados soberanos para aperfeiçoar as relações internacionais em um acordo voluntário de ajuda mútua (Cartilha penal, MJ, 2014, p.7). O Estado Soberano deve reger seus cidadãos, mas também deve buscar instrumentos para suas leis abarcarem aqueles que não se encontrem em território nacional, por intermédio da cooperação essa expansão e proteção legislativa torna-se possível.

Apesar da soberania se constituir, em primeiros momentos, como uma barreira para a cooperação, elas não são incompatíveis, ambas trabalham de forma simbiótica. A cooperação é estabelecida pelas nações de

forma voluntária, e não coercitiva, suas normas se tornam obrigatórias, desde que não contrarie as normas nacionais, assim, coexistem em um mesmo plano<sup>23</sup>.

Em plano internacional, impera a igualdade de tratamento, frente ao princípio da soberania e a máxima “*par in parem non habet iudicium*”, nenhum Estado soberano é obrigado a se submeter a jurisdição de outro Estado contra a sua vontade ou as normas do direito público internacional que contrarie as normas do ordenamento interno.

A dualidade da globalização, se apresenta com os benefícios já discorridos, mas também, com a redução de regulamentações e barreiras, o que resultou em uma fragilidade fronteiriça e maior liberdade de atuação da organização criminosa. Em suma, a globalização progrediu mais rápido do que a capacidade de governar dos Estados, influenciou a internacionalização do crime em uma busca por países com penas mais leves e que não possuam acordos de extradição.

As organizações criminosas se fortalecem quando cada Estado soberano possui diferentes formas de proibir, punir e erradicar. Na mesma constância que o ordenamento jurídico se adequa para reger as necessidades da sociedade em questão, a delinquência organizada atua de forma criativa para encontrar brechas na lei. Na mesma medida que o Estado se desestabiliza as organizações se estabilizam. Dentro desta linha, o Secretário Geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon, aponta “Com as ameaças transnacionais, Estados não possuem escolha exceto trabalharem juntos. Todos somos afetados. Desta forma, nós temos uma responsabilidade compartilhada de agir”<sup>24</sup> (2010).

Todos os Estados são afetados, e a única solução é o trabalho coletivo. Uma abordagem global, possibilita o exame de cada elo em busca de vulnerabilidades, em cada instância, há pontos não analisados, possíveis brechas, o que ocasiona uma maior interação do crime transnacional.

---

23 MARINHO, Roberto. **Soberania frente à Justiça Internacional**. Minicurso. Notas de aula. 2018, Unit.

24 “With transnational threats, States have no choice but to work together. We are all affected. Therefore, we have a shared responsibility to act.” – (Tradução dos autores).



### 3. Mecanismos de cooperação internacional

A globalização proporcionou novas formas de execução de crimes que ultrapassam os limites territoriais, cada vez mais tênues, do Direito Penal. Por tal fenômeno constituir uma realidade irreversível, os mecanismos jurídicos devem se adaptar para reger as novas modalidades criminosas e, em prol da segurança jurídica internacional, o poder punitivo estatal sofre mudança de paradigmas de repressão.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 4º, IX, o “Estado Constitucional Cooperativo”, ao definir a cooperação entre povos para o progresso da humanidade como princípio regeedor das relações internacionais. O constitucionalista alemão Peter Harbele (2004), precursor da teoria do Estado Cooperativo, descreve a mitigação da soberania proposta pela própria constituição ao prever a aludida teoria:

O direito constitucional de um Estado constitucional cooperativo não trabalha mais sob o pressuposto do dogma da soberania nacional, entendida como elemento absoluto da ordem jurídica válida. Essa relativização, promovida pela própria Constituição, desloca a interpretação do texto constitucional, pois o passa compreender não mais como um texto isolado e total, mas aberto, cooperante e integrado em uma rede de outros textos constitucionais que também, com o mesmo propósito, não se compreendem mais como isolados e absolutos.

O Código de Processo Civil (2015, s.p) inova ao regulamentar de maneira aprofundada sobre a cooperação, com a exigência da observância das garantias processuais do ordenamento jurídico brasileiro e do estrangeiro; o tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros em relação ao acesso à justiça; e a publicidade dos atos. Também inadmite a prática de atos que contrarie ou seja incompatível com as normas fundamentais brasileiras.

Com o escopo de viabilizar a cooperação, foram instaurados mecanismos de veiculação como, auxílio direto, carta rogatória, extradição e homologação de sentença estrangeira. Esses instrumentos, possuem como objetivo a comunicação de atos processuais – citação, intimação ou noti-

ficação – judicial ou extrajudicial; solicitação de diligência processual em juízo estrangeiro; execução de sentença estrangeira e qualquer outra medida não proibida pela lei brasileira.

#### 4. Plano internacional e a Convenção de Palermo

Apesar da globalização do crime, seus efeitos são concretizados em esfera local, 178 Estados temerosos de tais efeitos ratificaram a Convenção e se comprometeram não apenas em cumprir as medidas previstas como também cooperar com os Estados-membros. A UNODC (2010a, s.p) dispôs sobre tais obrigações:

Os Estados-membros que ratificaram este instrumento se comprometem a adotar uma série de medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a tipificação criminal na legislação nacional de atos como a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça. A convenção também prevê que os governos adotem medidas para facilitar processos de extradição, assistência legal mútua e cooperação policial. Adicionalmente, devem ser promovidas atividades de capacitação e aprimoramento de policiais e servidores públicos no sentido de reforçar a capacidade das autoridades nacionais de oferecer uma resposta eficaz ao crime organizado.

Apesar de signatário, o STF em diversas situações afastou a incidência da Convenção, a título de exemplo, o julgamento do Habeas Corpus nº 96007-SP de 2012, cujo a defesa alegou a atipicidade do crime denunciado visto a ausência de previsão na legislação penal brasileira. Segundo o relator Ministro Marco Aurélio “a definição emprestada de organização criminosa seria acrescentar à norma penal elementos inexistentes, o que seria uma intolerável tentativa de substituir o legislador, que não se expressou nesse sentido”.

O jurista Luiz Flávio Gomes (2013, s.p), explica a impossibilidade da Convenção reger situações ainda não abrangidas pela legislação interna, primeiro por ser uma violação ao procedimento legislativo constitucional, em que apenas uma lei formal é competente para criar um crime; o De-

creto 5.015/04 não é lei, ademais, não contempla nenhum tipo de pena para o crime organizado, “não existe pecado sem castigo, nem crime sem pena”, assim deve ser aplicada apenas nas relações de direito internacional:

1º a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica e viola a garantida da taxatividade (ou de certeza)), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; [...] 3º definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito Penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex Populi*).

A ausência de definição, ou tipicidade, impedia a aplicação do texto da Convenção, por efeito do princípio de reserva legal, assim, os tratados e convenções servem como base normativa do Direito Penal Internacional, porém jamais poderia ter o mesmo valor no Direito Penal Interno, ou suprir a carência legal.

## 5. Crime Organizado

### 5.1. Conceito e características

A Lei 12.850/2013, comumente denominada como Lei do Crime Organizado, responsável por definir o conceito de organização criminosa e dispor sobre a investigação criminal, vinculou sua caracterização à associação de no mínimo quatro pessoas e a prática de infrações cominadas com penas máximas superiores a quatro anos. Essa definição, acabou por mascarar o caráter principal de organização em si, ao focalizar no alto potencial lesivo das infrações.

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (art. 1.º, § 1.º)

Diante da fluidez e abrangência do crime organizado, o relatório da UNODC (2010b, prefácio) conceitua o crime organizado como um fenômeno mutável e flexível, estimulado pela globalização:

[...] a abertura sem precedentes do comércio, finanças, viagens e comunicação influenciou no crescimento da economia e bem-estar, e também deu origem a massivas oportunidades para os criminosos prosperarem. [...] para resolver um problema global, é necessário um pensamento estratégico global. [...] em termos globais de busca, penetração e impacto, o crime organizado se transformou em uma ameaça que aflige a todos os estados: que têm a responsabilidade compartilhada de responder. ”

Trata-se de um delito permanente de perigo abstrato ou presumido, pois sua consumação se prolonga no tempo por vontade dos seus integrantes, coloca em risco uma pluralidade de pessoas, assim, possui a coletividade como sujeito passivo e busca proteger a paz pública (MASSON, 2018, p.68-70).

A delimitação das características essenciais do crime organizado, é uma das principais dificuldades enfrentadas pela jurisprudência e doutrina, devido à complexidade da sua composição, como aspectos sociais, econômicos e políticos, que criam condições para estabelecer a sua formação. Clementino (2018) lista as seguintes características:

- a) Estrutura hierarquizada e permanente: segundo Conserino, “não há organização criminosa sem estrutura hierárquica, sem ordem e subordinação entre seus integrantes”. **Há nitidamente uma escala hierárquica** a ser obedecida entre os afiliados, tendo cada um deles que observar as determinações emanadas do seu superior direto.
- b) **Busca incessante de lucros e poder econômico:** é evidente que toda organização criminosa tem suas atividades orientadas para a obtenção de lucros e, conseqüentemente, poder econômico.
- c) Alto poder de intimidação, por meio de ameaças ou violência.
- d) Grande **poder de corrupção dos agentes públicos:** a criminalidade organizada mantém estreitas relações com o poder públi-

co, atuando na corrupção de seus agentes com o fito de garantir a continuidade de seus negócios escusos.

e) Desenvolvimento de atividades de caráter social em substituição ao Estado: as organizações criminosas aproveitam-se da inércia estatal, realizando prestações de toda espécie em favor da comunidade que está sob o seu domínio..

f) Utilização de tecnologia avançada: cada vez mais se verifica o uso de meios tecnológicos sofisticados pela criminalidade organizada, sendo uma decorrência direta do fenômeno de globalização dos meios de comunicação e informação, que permitiu às organizações criminosas expandirem suas atividades criminosas para diversas partes do globo e de forma mais eficaz, dificultando o trabalho dos órgãos de repressão.

g) A prática da lavagem de dinheiro: decorre da necessidade que tem o crime organizado de legalizar os rendimentos auferidos de modo ilícito.

h) Grande danosidade à vida em sociedade: o crime organizado possui uma nocividade muito grande, visto que utiliza-se de violência extrema e ameaças, diminuindo a qualidade de vida, cerceando os direitos e garantias fundamentais das pessoas, além de enfraquecer o desenvolvimento econômico. **(grifo nosso).**

O conceito e as características da criminalidade organizada, apesar da dificuldade de serem elencados, demonstram a complexidade de sua configuração e conseqüentemente do seu combate. Possui atuação semelhante a uma empresa organizada em busca lucros e ocupa espaços em que o Estado se mostra inoperante ou improficuo, com seus próprios regramentos e poderes internos.

## 4.2 Cenário brasileiro

O enquadramento do crime organizado na legislação brasileira foi gradativo, inicialmente, nos Códigos Penais do Império havia previsão do “ajuntamento ilícito”, para posterior definição como crime de quadrilha ou bando, pelo Código Penal de 1940. Apesar das críticas ao

conceito aderido, a Lei do Crime Organizado surgiu para suprir o déficit conceitual e passou a adotar a nomenclatura “associação criminosa”, definiu características essenciais e mecanismos de investigação (BITENCOURT, 2014).

Lucas (2017, p.13) apesar de afirmar a inexistência de um grupo criminoso no Brasil que tenha atingido a máxima de complexidade, não nega a sua presença, e trata a passividade do Estado Brasileiro como um estimulante para o medo instaurado na população. A negligência estatal fomentou o surgimento dos grupos organizados e atua como um catalizador para o sucesso das suas ações.

Neste contexto, surge a necessidade de um combate eficiente às organizações criminosas, principalmente no tocante das facções. Cabe destacar um fato que põe à prova o poderio ofensivo do “Primeiro Comando da Capital” (PCC) e a crise de segurança instaurada no estado de São Paulo:

Entre 12 e 20 de maio de 2006, 439 pessoas foram mortas por armas de fogo, no estado de São Paulo, conforme laudos necropsícos elaborados por 23 Institutos Médico-Legais, os quais foram examinados pelo Conselho Regional de Medicina. [...] essas mortes foram acompanhadas de ondas de violência, como rebeliões em 73 presídios do estado, agressões e ataques contra agentes públicos, sobretudo policiais e agentes penitenciários; contra civis; contra prédios privados, como bancos, e públicos, como postos policiais; além de incêndios de veículos de transporte público como ônibus.

**O mais surpreendente foi a paralisação temporária das atividades na maior cidade do país,** São Paulo, contribuindo, com impressionante rapidez, para exacerbar sentimentos de medo e insegurança que há muito se encontram disseminados entre seus habitantes. Logo, as ondas de violência foram associadas à ação do Crime organizado, mais particularmente do chamado Primeiro Comando da Capital (PCC). (ADORNO, et al. 2007, p. 7).

Diante da influência, acima demonstrada, do crime organizado sobre a sociedade, torna-se evidente a necessidade de uma ruptura nas bases das organizações criminosas, que se expandem de modo exponencial. Portan-

to, a cooperação entre os Estados é uma medida necessária e indispensável, sobretudo para um efetivo combate ao crime organizado e por fim nos prejuízos causados ao Estado, bem como aos cidadãos comuns.

## 5. Ineficiência estatal e Estado Paralelo

Em decorrência do crescimento das organizações no território brasileiro são lhes atribuídas o *status* de poder autônomo, assumem funções competentes ao Estado, e frente a ineficiência desse, ou até mesmo sua omissão, surge o famigerado “Estado Paralelo”.

O surgimento e o sucesso das organizações criminosas, se devem não apenas ao seu alto poder de adaptação e proliferação, mas também a improficuidade estatal, às suas políticas agressivas e punitivistas de guerra ao crime. Em primeiro momento, o Estado buscou negar a existência dos grupos criminosos mais atuantes, como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital, em sequência, na tentativa inócua de combatê-los, os avivam. Na feliz expressão de Manso (2018, s.p), essas medidas não passam de um “enxugamento de gelo”:

As sociedades civilizadas criaram o sistema de Justiça para lidar com isso e cabe também ao Estado agir por meio de ações preventivas para evitar que isso aconteça e para fortalecer os laços sociais. Quando as autoridades se enxergam em uma guerra contra os bandidos, o que acontece? **Como agem para vencer essa guerra? Travam batalhas diárias contra certos grupos, em bairros específicos, enchendo as cadeias e produzindo mortes e crimes.**

É o que tem sido feito no passado recente e na atualidade brasileira. Qual o efeito disso? Prisões superlotadas que **ao invés de controlar o crime fortalecem as gangues prisionais. (grifo nosso)**

A letalidade, a corrupção, as medidas punitivistas violentas, o encarceramento em massa, o tratamento desumano com os presos, os massacres protagonizados pelos garantidores de segurança, são alguns dos vários motivos para o surgimento dos grupos organizados (facções), esses são produtos das condições criadas pelo próprio Estado. Surgem através das brechas e omissões estatais como seus próprios protetores e mantenedores.

Portanto, combater o “efeito” e não as suas “causas” além de não resolver o problema é uma postura cínica de um Estado e uma sociedade que não se importa com a abissal desigualdade que nos caracteriza como país; não se importa em massacrar jovens e pobres no primeiro contingenciamento de recursos que se anuncia numa “crise fiscal”; não se importa com os massacres de todos os dias nos hospitais, no trânsito e naqueles massacres protagonizados pelos policiais nas favelas e periferias.

A verdade é que viver sob o controle do PCC é terrível. Mas, **o Estado brasileiro não tem “propostas” melhores para apresentar para esses segmentos da população. Essa é a nossa maior tragédia.** (Manso, 2018, s.p) **(grifo nosso).**

Os agentes do poder paralelo, assumem funções competentes ao Estado, à medida que criam suas próprias regras, código de conduta, código penal, julgamento e penas; aos filiados, oferecem advogados, transportes, cesta básica, ajuda a familiares, programas assistencialistas aos presos e auxílio maternidade as integrantes grávidas (Varella, 2017, p. 125-135).

Diante da superlotação dos presídios, o Estado torna-se impotente para impor sua autoridade. A partir de então deve-se assumir a existência de dois tipos de Estado: o originário/oficial e o paralelo. A realidade brasileira de carência, desigualdade social e mazelas, atuam como subterfúgios para o surgimento das organizações criminosas e seu controle dentro e fora dos presídios.

## 6. Propostas do Pacote Anticrime

Com os objetivos principais de combate a corrupção e ao crime organizado, o projeto de lei Anticrime de 2019, de autoria do então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, propõe uma alteração da lei 12.850/2013 em relação ao conceito de organização criminosa e sugere maior rigor na punição a eles atinentes, com inspiração no conceito italiano das associações de tipo mafioso, como segue abaixo:

“Art.1º .....  
 § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que:



I - tenham objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos;

II - sejam de caráter transnacional; ou

III - se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas.

A utilização do Direito comparado não é incomum, mas deve ser feita de forma cautelosa. As organizações criminosas, apesar do caráter transnacional, possuem uma característica enraizada sociocultural, se manifestam de forma particular e específica em cada país, o *modus operandi* se adequa ao local onde atua, de acordo com seu desenvolvimento e/ou formação histórica. Assim, vale trazer a nota de Brener (2019, s.p) sobre tal comparação legislativa:

[...] Na Espanha, bem como na Colômbia, percebe-se um tratamento que aproxima o crime organizado do terrorismo. [...] E na Itália, tem se um forte trabalho no enfrentamento do que se convencionou chamar, de forma ampla, Máfia. Cada uma dessas abordagens reflete, na verdade, a forma que o crime organizado se manifesta em cada um desses países [...] dessa forma, a importação de institutos legais referentes a esses crimes demanda o aprofundamento e a atenção para as respectivas realidades nacionais, sob o risco de causar fortes distorções, incoerências, ou mesmo levar à inaplicabilidade da norma.

Não pode passar despercebido, o destaque aos nomes das maiores facções o país, com a quebra da técnica legislativa e requisitos essenciais da norma jurídica: abstração e generalidade da lei. Os dois requisitos, atuam como garantia de igualdade e clareza, para regular o maior número situações, assim, uma norma atua para todos e não para um indivíduo específico. Ao minuciar as particularidades, do crime em questão, além

de oferecer maior prestígio e reconhecimento às facções, reduz a aplicação da norma.

O juiz de direito, Marcelo Semer, em entrevista à revista “Vice” (2019) criticou esse destaque ao reinado das facções criminosas:

Eternizando nomes de facções, valorizando-as, aumentando o seu prestígio junto ao crime. É de um amorismo brutal. Mas, se formos pensar bem, o projeto é um presente para as facções. Tudo o que elas mais querem, e mais precisam, é mais encarceramento, mais levas de jovens que poderão aliciar para seus exércitos. O PCC, penhorado, agradece.

Em “Análise do Projeto de Lei Anticrime” realizado pela OAB Nacional, a mesma se posiciona contra a quebra dessa técnica legislativa, e afirma que o devotamento ali imposto, acaba por prejudicar a aplicação da lei, em decorrência da ausência de abstração:

O próprio Ministro da Justiça no lançamento do pacote legislativo reconheceu o ineditismo da menção específica a algumas organizações criminosas que operam atualmente no país, quebrando uma tradição legislativa. Essa referência expressa na legislação penal proposta, segundo várias críticas, é meramente simbólica e **não aumenta a efetividade da aplicação da lei penal sobre esse grave setor da criminalidade**, eis que as organizações citadas indiscutivelmente já se inserem no tipo penal atual, revelando-se, no mínimo desnecessária a proposição. De outro lado, a menção parece estranhamente institucionalizar juridicamente as organizações criminosas e poderá, inclusive, **a dificultar a análise da tipicidade da conduta em outras hipóteses e circunstâncias, a partir de comparações indevidas e inevitáveis com as organizações ali referidas. (grifo nosso).**

Apesar da roupagem moderna, o projeto de lei, não oferece ineditismo e permanece marcado pelo punitivismo, com um endurecimento das penas aos líderes e integrantes das organizações criminosas, sabidamente ineficazes:

Art.2º ..... §  
 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que te-

tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

§ 9º O condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado através de organização ou associação criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

O aumento agressivo dos ataques das organizações criminosas, a ineficácia e descontrole do Estado pelo que ocorre dentro dos presídios e a insegurança da população, são pontos inflamatórios para o clamor de maior rigor penal. Não se defende, entretanto, que não haja rigor, mas que seja justo, e não seja resultado do nosso ímpeto de castigo.

Em nota técnica da Defensoria Pública da União (2019, p.9), foi analisado que essa massificação da pena como solução e tática de controle de criminalidade, se revela absolutamente inadequada e ineficaz. Atua como uma resposta simplória e midiática, sem ofertar medidas práticas de combate às organizações criminosas.

Uma política pública, só é eficaz quando analisada em um contexto a ser aplicada. Os avanços, alta taxa de crescimento e sucesso das facções criminosas, são reflexos do seu pragmatismo e capacidade de adaptação. As facções foram capazes de modernizar o seu campo de atuação e *modus operandi*, ao utilizar os frutos da globalização ao seu favor, enquanto o Estado, manteve medidas, já comprovadas como ineficazes.

## 7. Corrupção e Mecanismos de combate

Os avanços legais se configuram não apenas como um meio de suprir as carências legislativas, mas também como uma tentativa de estabelecer instrumentos de combate e prevenção ao crime organizado transnacional. Vale ressaltar que o sucesso das organizações está atrelado a corrupção de órgãos estatais, via facilitadora para a fluidez dos modos operacionais e alcance dos resultados.

A corrupção não é apenas uma questão subjetiva, de caráter, mas também um ciclo entre capitalismo e política, essa infiltração às avessas de

entes governamentais auxiliam para ascensão do grupo criminoso. O professor e criminalista J. Haroldo dos Anjos em entrevista<sup>25</sup> comenta sobre o funcionamento histórico e jurídico das Organizações Criminosas, em um contexto de inserção atual<sup>26</sup> conjugado com a corrupção do Poder Público

Costumo sempre dizer que o crime organizado e o poder público são parceiros, em virtude da cobiça pelo principal instrumento de persuasão: “o poder, como ferramenta de trabalho, e o dinheiro como principal mercadoria”. Não existe nenhuma organização criminosa sem a conivência de agentes públicos que visem o lucro e outras vantagens de qualquer natureza.

Diante deste cenário de colaboração, a corrupção se constitui como alicerce do crime organizado, e para o sucesso do seu combate, este conjúgio deve ter um fim a partir de tal ferramenta essencial. As organizações criminosas aproveitam do seu controle geográfico e dos funcionários corruptos para facilitar o negócio do crime:

Inicialmente, a corrupção deve ser combatida como inimiga da organização, a união deve ser desentrelaçada e para tal a atuação do estado torna-se imprescindível, como acompanhamento rigoroso das atividades dos funcionários públicos e rjeza nos processos seletivos, à luz tal posicionamento, esclarece Lucas (2007, p. 116)

A prevenção passa, inicialmente, por uma **maior atenção por parte do Estado no recrutamento de agentes**, em especial aqueles de quem se espera uma atuação firme no combate ao Crime Organizado, de forma a evitar as infiltrações. Após, **deve o Estado ser rigoroso no acompanhamento de tais agentes públicos**, seja durante o período de “estágio probatório” seja durante toda a vida funcional desses. Sinais exteriores de riqueza, ainda que não declarados ao fisco, por exemplo, devem ser dura

---

25 ANJOS, Haroldo. **Crime Organizado x Corrupção: o funcionamento histórico e jurídico das organizações criminosas**. [novembro 2016]. Revista Jus Navigandi. Entrevista concedida a Monica Marinho.

26 Ao ofertar uma visão atual, Haroldo cita casos como: Mensalão e o escândalo da Petrobrás, embebidos de uma sólida corrupção.

e rapidamente combatidos, investigados, e, se for o caso, punidos.  
[...] (**grifo nosso**).

As inúmeras características possibilitam também inúmeras atividades da delinquência organizada. A delinquência organizada passou por um período de maturação, adotou a corrupção como um instrumento de trabalho, silencioso e com menos riscos de persecução criminal, a violência tornou-se subsidiária.

Com essa reconfiguração cooptada do Estado, almeja-se, pois, a “conquista de benefícios de quaisquer espécies e lucros que determinarão o incremento de novas atividades delitivas por parte da delinquência organizada”. Todo esse fenômeno está intimamente relacionado às transformações sofridas pelas primitivas formas de delinquência organizada. (MASSON, 2018, p. 68)

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes exprime a impossibilidade do crime organizado ser resolvido puramente com prisões e apreensões, uma problemática global não deve ser reduzida à uma questão de justiça criminal nacional. Sugere duas medidas paralelas, primeiro, uma solução a longo prazo, fortalecer a resistência nacional e internacional de resposta ao crime organizado, e segundo, criar estratégias globais e coletivas em uma intervenção especial para cada efeito apresentado.

As medidas puramente nacionais se demonstram inaptas frente à um problema global, visto que, resulta em um pêndulo, o problema é deslocado de uma nação para a outra.

## 8. Considerações finais

Ao longo dessa produção acadêmica foi realizada uma extensa contextualização sobre as raízes da delinquência organizada. A complexidade das organizações criminosas se estrutura frente a flexibilidade das fronteiras e a negligência estatal. O Estado possui uma dupla influência, ao propiciar o campo de atuação, facilitado pelos frutos da globalização e na sua displicência em combater tal fenômeno.

A natureza dinâmica e expansionista da globalização, fez surgir uma unicidade internacional, em que os problemas atinentes à uma nação, tor-

nam-se globais. Ademais, a própria estrutura da delinquência organizada, manifestamente transnacional, impescinde de instrumentos tão flexíveis e longínquos quanto o próprio delito.

As propostas essencialmente nacionais se constituem como uma solução efêmera ante a esse desafio para a humanidade. Assim, como os resultados da delinquência organizada transcendem fronteiras, os instrumentos de combate devem seguir o mesmo percurso e atuar como uma função crescente, à medida que a delinquência “x” avança, os mecanismos “y” também avançam.

Os mecanismos de cooperação internacional formalizam tais instrumentos, com intercâmbio de informações, acordos bilaterais de auxílio, promessas de reciprocidade e empréstimos de provas, em busca de refrear e conter os avanços desse crime de perigo abstrato. Com o devido respeito à soberania, ordem pública e segurança estatal.

As medidas meramente punitivistas, além de comprovadamente ineficazes, acarretam em um encarceramento em massa, fenômeno propulsor para aliciar novos integrantes. Ou seja, as atuais propostas estatais de combate, apesar da roupagem moderna, possuem efeito reverso, inflam as organizações criminosas e oferecem um leque de novos recrutados. O crescimento frenético desse encarceramento, sabidamente seletivo e ineficaz, não acarreta em nenhum tipo de contenção, e sim estimulam, porquanto as penitenciárias se revestem como sedes e uma espécie de captação para possíveis integrantes.

Conclui-se que as incertezas e inseguranças fomentadas pela globalização, avivam o desejo por mais segurança, assim, o Estado em busca de suprir as necessidades e anseios sociais, propõe medidas de aparente rápida solução, por sua vez, prosaicas e malogradas. Em relação ao Brasil, um combate eficaz deve inicialmente ser interno, combater a causa e não o efeito, tendo em vista, a corrupção dos entes governamentais e a atuação do crime organizado em atividades privativamente competentes ao Estado, em razão da sua negligência para com alguns segmentos sociais, para posterior combate extraestatal.

## Referências

ACCIOLY, Hidelbrando. et al. **Manual de Direito Internacional Público**. Ed. 20. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. Estudos Avançados: 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10264/11894>> Acesso em: 11 de novembro de 2018.

BITENCOURT, C. R.; BUSATO, P. Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Coordenadora: Anna Maria de Lucena Rodrigues. Ed: 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto, nº 5.015, 12 de mar. 2004. **Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional**. Dispõe sobre a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade internacional. Luiz Inácio Lula da Silva. Brasília. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)> Acesso em: 27 de out. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto, nº 12.850, 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**. Brasília, Dilma Rousseff. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)> Acesso em: 28 de out 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, Dilma Rousseff . Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 de ago de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus, nº **96007-SP, 1ª Turma**. Lavagem de Dinheiro. Organização Criminosa. Quadrilha. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ: 12 de jun. 2012. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807847/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf/inteiro-teor-112281150>> Acesso em: 10 de nov. 2018.

- BRENER, Paula. **Organizações criminosas no pacote anticrime: crítica à aproximação normativa do tratamento ao crime organizado no Brasil à associação de tipo mafioso italiana.** Coluna Vozes- Mulheres: 2019. Disponível em: <<https://emporio-dodireito.com.br/leitura/organizacoes-criminosas-no-pacote-anticrime-critica-a-aproximacao-normativa-do-tratamento-ao-crime-organizado-no-brasil-a-associacao-de-tipo-mafioso-italiana>>. Acesso em: 14 de jul. 2019.
- CLEMENTINO, Cláudio Leite. **Breves considerações sobre as organizações criminosas.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, n. 5496, 19 jul. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65909>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 20. ed. rev., atualizada e ampliada – São Paulo: Atlas, 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo.** LFG:2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1060739/definicao-de-crime-organizado-e-a-convencao-de-palermo>> Acesso em: 12 de nov 2018.
- GOMES, Luiz Flávio. **Comentários aos artigos 1º e 2º da lei 12.850/13 – Criminalidade organizada.** LFG: 2013. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>>. Acesso em: 03 de ago. 2019.
- HARBELE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Marseille: Presses Universitaires d’Aix, 2004. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- LAFER, Celso. **O convênio do café de 1976: da reciprocidade no direito internacional econômico,** São Paulo: Perspectiva, 1979.
- LUCAS, Flávio Oliveira. **Organizações Criminosas e o Poder Judiciário.** Estudos avançados: 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a08v2161.pdf>> Acesso em: 05 de nov. 2018.



MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **Organização do PCC segue lógica de empresa, irmandade e igreja, diz dupla que estuda facção há 2 anos.** Entrevista concedida a Edison Veiga. BBC News: 2018. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45095399>>. Acesso em: 03 de ago. 2019.

OAB. Análise do projeto de lei anticrime: OAB Nacional. Coordenador: Felipe Santa Cruz, Juliano Breda. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. 75 p. Disponível em: < [https://pt.scribd.com/document/410966951/Analise-proposta-Anticrime-da-OAB#full-screen&from\\_embed](https://pt.scribd.com/document/410966951/Analise-proposta-Anticrime-da-OAB#full-screen&from_embed)>. Acesso em: 14 de jul. 2019.

SEMER, Marcelo. **Lei anticrime de Moro é um dos documentos mais simplórios a que já tive acesso.** Entrevista concedida a: Marie Declerq. Revista Vice: 06 de fev de 2019. Acesso em: < [https://www.vice.com/amp/pt\\_br/article/wjmmmw/lei-anticrime-de-moro-e-um-dos-documentos-mais-simplorios-que-ja-tive-acesso?\\_\\_twitter\\_impression=true](https://www.vice.com/amp/pt_br/article/wjmmmw/lei-anticrime-de-moro-e-um-dos-documentos-mais-simplorios-que-ja-tive-acesso?__twitter_impression=true)>. Acesso em: 14 de jul. 2019.

UNODC. **Prevenção ao Crime Organizado e Justiça Criminal: marco legal.** UNODC: 2010a. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/sobre-unodc/legal.html>>. Acesso em: 14 nov. 2018

UNODC. **The Globalization of crime: A Transnational Organized Crime threat Assessment.** Ed. 10. Vienna: 2010b.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras.** 1º ed. São Paulo: Companhia das letras, 2017.

# A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE E A CONCRETUDE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Vanessa Maria de Oliveira Accioly Maia*

*Bruna Agra de Medeiros*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a aplicação do princípio da presunção da inocência, bem como as suas implicações, na decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Sessão Plenária do dia 17 de fevereiro de 2016, nos autos do HC nº 126.292/SP, que admitiu o cumprimento provisório da pena após condenação em segunda instância.

Tal decisão refletiu o entendimento da maioria dos Ministros do STF, que acompanhou o voto do Relator, Ministro Teori Zavascki, no sentido de que o início da execução da pena após confirmação da sentença no segundo grau de jurisdição não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade insculpido no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federativa do Brasil, o qual preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com isso, houve mudança do paradigma anteriormente adotado pela referida Corte Constitucional no HC Nº 84.078/MG, da relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 05 de fevereiro de 2009, no qual restou declarada a inconstitucionalidade da chamada *execução antecipada da pena*, a ser cumprida pelo réu antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, por força da observância do mesmo princípio da presunção da inocência, bem assim do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, pretende-se neste trabalho, além de demonstrar as teses desenvolvidas pelos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, constitutivas da atual decisão, expor também os argumentos divergentes defendidos na decisão paradigmática formada pela anterior composição do próprio STF.

Por fim, busca-se apontar alguns dos efeitos jurídicos, políticos e sociais sobre o novo tratamento dado à liberdade do indivíduo que responde criminalmente, vez que apesar da decisão de 2016 não possuir efeito vinculante, vem sendo invocada por diversos julgadores das Cortes Superiores, dos Tribunais Federais e dos Tribunais de Justiça deste País, em matéria penal, para justificar a expedição de mandados de prisão após condenação do réu na segunda instância.

## 2 APRESENTAÇÃO DO CASO

Trata-se de *Habeas Corpus* autuado no Supremo Tribunal Federal de nº 126.2932 – São Paulo, impetrado em favor do Paciente Márcio Rodrigues Dantas contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça à época, que indeferiu o pedido de liminar no HC Nº nº 313.021/SP.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o remédio constitucional a ser analisado adveio do fato do Paciente ter sido condenado em primeiro grau pela prática de roubo majorado, em razão de ter subtraído da Vítima a quantia de R\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais) em dinheiro, portando um revólver mediante grave ameaça.

*In casu*, as penas aplicadas foram de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 13 (treze) dias-multa, nos termos do art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal. Dessa decisão, recorreu o Réu ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por in-

termédio da Apelação Criminal nº 0009715-92.2010.8.26.0268, que negou provimento ao apelo e determinou a expedição do mandado de prisão em desfavor do apelante.

Irresignadamente, a Defesa impetrou *Habeas Corpus* com pedido de liminar no Superior Tribunal de Justiça, arguindo que o Paciente sofreu constrangimento ilegal do órgão julgador de segunda instância, que determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor dele sem demonstrar qualquer fundamentação cautelar que justificasse a execução da pena antes do trânsito em julgado. Em vista disso, pediu, liminarmente, que fosse sobrestado o mandado de prisão expedido e, no mérito, que fosse reconhecido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça indeferiu a liminar pleiteada, fundamentando sua decisão no entendimento majoritário da Quinta e Sexta Turma do STJ, de que “é inadequado o manejo de *Habeas Corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial”. E, apesar de ressaltar que a inadequação da via eleita não impede que seja reconhecida liminarmente eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo *writ*, não reconheceu a existência da excepcionalidade no caso concreto.

Novamente inconformada, a Defesa impetrou *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, alegando, preliminarmente, constrangimento ilegal não ensejador à aplicação da Súmula nº 691/STF, pela qual “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *Habeas Corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

No mérito, afirmou que a determinação da expedição do mandado de prisão pelo Tribunal de Justiça local ocorreu “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o Paciente ter sido posto em liberdade”, sem que fosse verificado qualquer fato novo ou motivação idônea para a imposição da prisão cautelar, configurando a segregação do Paciente, sem sequer haver o trânsito em julgado daquela decisão.

Nesse sentido, invocou a jurisprudência do próprio STF acerca da necessidade do trânsito em julgado da decisão penal condenatória para o início de cumprimento da pena. Ao final, requereu a concessão da ordem

para recorrer em liberdade. O Ministro Teori Zavascki, Relator do HC nº em análise, deferiu o pedido liminar para suspender a prisão preventiva decretada contra o Paciente nos autos da mencionada Apelação Criminal. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se, enfim, pela concessão da ordem.

## 2.1 Análise sob a ótica do tribunal

Conforme relatado supra, o HC Nº nº 126.292/SP foi impetrado no Supremo Tribunal Federal e teve como cerne a discussão sobre a possibilidade de execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda sujeita a recurso especial e extraordinário, isto é, antes do seu trânsito em julgado.

A par disso, os Ministros do STF, em Sessão Plenária realizada em 17 de fevereiro de 2016, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, por maioria de votos, proferiram decisão denegando a ordem do *Habeas Corpus* referenciado, com a conseqüente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator, cuja ementa do Acórdão justifica: “(...) A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

Inicialmente, o Relator, Ministro Teori Zavascki, conheceu do referido HC Nº, apesar da limitação da Súmula nº 691/STF, por entender que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo estava em desacordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada no julgamento do HC Nº nº 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), pela qual “a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença”.

Ponderando entre os princípios da presunção da inocência e da efetividade da jurisdição penal, o Relator iniciou o seu Voto afirmando que desde a vigência da CF/88, o STF possuía o entendimento de que a prisão decorrente de acórdão proferido em segundo grau de jurisdição não afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, conforme julgamento do HC nº 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira) realizado em 28/6/1991.

Enfatizou que houve um longo período em que a Suprema Corte proferiu julgados no sentido de ser possível o cumprimento da pena mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, invocando, basicamente, dois argumentos: *i*) que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo não obstaculizando, portanto o cumprimento do mandado de prisão; *ii*) que o princípio da presunção de inocência não impede a execução provisória da pena, em razão da sentença penal condenatória já possuir um “juízo de consistência da acusação”, o que permite a prisão a partir deste momento como “consequência natural da condenação” (HC Nº 68.726, Relator. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno; Dje de 20/11/1992).

Ressaltou que o surgimento do entendimento paradigmático do STF acerca da ilegitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível ocorreu após diversos debates das Turmas, especialmente, do Plenário, durante o julgamento do HC nº 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, ocasião em que, por maioria dos votos, “assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação”.

No entanto, divergindo daquele entendimento, o Ministro Relator sustentou que o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) previsto no inciso LVII do art. 5º da CF/88, em que pese pertencer ao “plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação”, possui limitações processuais que, segundo o Relator, ocorre no momento da condenação do juízo de primeiro grau e, mais ainda com a confirmação dessa condenação no duplo grau de jurisdição, onde há a preclusão da matéria sobre os fatos da causa.

Sob essa perspectiva, salientou que o reexame da ação pelas instâncias superiores – STJ e STF –, por meio dos recursos especial e extraordinário, respectivamente, ambos desprovidos de efeito suspensivo, restringe-se à cognição de matéria de direito, permitindo, no caso concreto, até mesmo “a própria inversão do princípio da presunção da inocência” observado durante a fase fática-probatória.

Sobre as chances do recurso extraordinário ser provido, salientou ser estatisticamente pequena, pois esclareceu o Ministro que a EC nº 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impôs ao recorrente a obriga-

ção de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida, o que dificultou ainda mais o seguimento do apelo extremo.

Noutra vertente, chamou atenção para o fato de que a não executividade da condenação anteriormente ao trânsito em julgado da decisão condenatória corrobora com a interposição indevida de recursos protelatório, objetivando muitas vezes a configuração da prescrição da pretensão punitiva. E destacou que nos mais diversos ordenamentos jurídicos internacionais, após o duplo grau de jurisdição, prescinde-se do trânsito em julgado da decisão condenatória para haver o cumprimento da pena.

Por fim, sustentou que, caso haja equívocos por parte dos juízos condenatórios ordinários e extraordinário e estando o réu cumprindo provisoriamente a pena, não o estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos, pois restar-lhe-á o manejo das medidas cautelares de efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário e ainda o *Habeas Corpus*. Por todo exposto, votou o Ministro Relator no sentido de denegar a ordem de *Habeas Corpus*, com a conseqüente revogação da liminar concedida, pretendendo alterar a orientação jurisprudencial do STF acerca da execução provisória da pena, para adotar a posição tradicional de que tal fato não fere o princípio da presunção de inocência. Os Ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Edson Fachin e Cármem Lúcia acompanharam o voto do Ministro Teori Zavascki, colacionando argumentos de forma a corroborar com o pensamento do Relator, pela possibilidade do cumprimento da pena após a confirmação da condenação na segunda instância.

Restaram vencidos, desse modo, os Ministros Rosa Weber e Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, os quais votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exigia o trânsito em julgado para cumprimento de pena concessão do *Habeas Corpus*.

### 3 ANÁLISE DE DECISÕES DIVERGENTES

Como dito, o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, de 2009 até início de 2016, foi de que o cumprimento provisório da pena era incompatível com o princípio da presunção da inocência expresso no art. 5º, inciso LVII, da CF/88. Tal posicionamento restou

assentado no julgamento do HC nº 84.078/MG com pedido de liminar, da relatoria do Ministro Eros Grau.

Em apertada síntese, foi impetrado o referido *Habeas Corpus*, no Supremo Tribunal Federal, em favor do Paciente Omar Coelho Vitor contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem pleiteada anteriormente, admitindo a legitimidade da expedição do mandado de prisão após confirmação da condenação em segunda instância pelo crime de homicídio privilegiado, objeto de recurso especial e extraordinário pendentes de julgamento, dada inexistência do efeito suspensivo dos apelos extremos em regra.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal ao analisar o antedito *writ*, proferiu o julgado, registrando na ementa que “a ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão”

Observa-se da leitura da ementa colacionada que a maioria dos eminentes Ministros do STF, à época, assumiram a postura “garantista” que inspirou a elaboração de leis penais e processuais penais no Brasil na década de 80, especialmente, a **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução penal), que por meio dos artigos 105 e 147, estabeleceu que a aplicação das penas restritiva de direito e privativas de liberdade só poderiam ser efetivadas após o trânsito em julgado das respectivas decisões condenatórias.**

Tal posicionamento veio de encontro à produção legislativa dos anos 90, como a Lei nº 7.960/89, que instituiu a prisão temporária; a Lei nº 8.038/90, que excluiu o efeito suspensivo aos recursos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal e a Lei nº 8.072/1990 denominada de “Lei dos crimes hediondos”, as quais, de acordo com o Ministro Eros Grau, surgiram pelo “casuísmo do legislador” fundado na política criminal repressiva e reacionária, que cede aos anseios populares por punições severas e imediatas em detrimento das garantias constitucionais fundamentais postas.

Ao analisar a tese favorável ao cumprimento antecipado da pena, o Ministro Eros Grau rechaçou em seu voto a alegação de que STJ e do STF



ficariam repletos de recursos e que ninguém mais seria preso, atribuindo a tais argumentos a pecha de “jurisprudência defensiva”, a qual imputou ser redutora de garantias constitucionais sob o pretexto da melhoria do funcionamento de seus órgãos julgadores, o que considerou uma verdadeira inversão dos valores jurídicos sobretudo, tratando-se de Corte Constitucional garantidora dos direitos e deveres individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Outra ideia refutada no voto vencedor foi a de que os advogados abusavam do seu direito de defesa. A par disso, arguiu o Relator, em síntese, que para impedir o acesso da defesa à jurisdição seria melhor que os julgadores abandonassem a sua função precípua de aplicadores do direito e fossem praticar a justiça “do olho por olho e dente por dente”.

Já sobre os mecanismos protelatórios utilizados pela defesa, ressaltou a relevância do tema, reconhecendo a necessidade de reforma na legislação processual desde que não se perca de vista o que dispõe a Constituição.

Finalizou sua tese rememorando o julgamento do RE nº 482.006, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que foi discutida a constitucionalidade de preceito de lei do Estado de Minas Gerais que determinava a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, ocasião em que restou decidido pelo STF, por unanimidade, que tal previsão violava o disposto no inciso LVII do art. 5º por se tratar de verdadeira antecipação da pena imposta antes do trânsito em julgado de qualquer decisão condenatória.

Neste caso, enfatizou que o STF havia utilizado o princípio da presunção da inocência para proteger direito à propriedade e com maior razão invocaria o mesmo princípio para garantir bem maior que é a liberdade. Acompanharam o voto do Relator para conceder a ordem os Ministros Celso de Melo, Cezar Peluso, Carlos Ayres de Brito, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, o qual modificou seu entendimento durante o julgamento do HC nº 126.292/SP, em 2016, admitindo a possibilidade de execução provisória da pena após condenação na segunda instância.

Foram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Considerando o caso paradigmático acima, verifica-se em que pese à demanda versar sobre a mesma questão do caso

principal em estudo, isto é, sobre a possibilidade constitucional de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, contando com a atuação de cinco Ministros dos onze Membros que o compõem, agiu de forma absolutamente divergente nos dois julgamentos em um curto lapso temporal de apenas sete anos.

Desse modo, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal promoveu uma verdadeira mutação jurisprudencial acerca da incidência do princípio da presunção da inocência, fruto do princípio da dignidade da pessoa humana igualmente expresso na Carta Magna, em face do cumprimento da pena após condenação em segunda instância sem o trânsito em julgado.

#### 4 ARCABOUÇO DOCTRINÁRIO

Ultrapassada a fase da discussão jurisprudencial sobre o tema, cabe analisar o vasto posicionamento doutrinário acerca da possibilidade da execução provisória da pena à luz dos princípios constitucionais da presunção da inocência e da efetividade da prestação jurisdicional presentes nas duas teses formuladas pelo Supremo Tribunal Federal quando dos dois julgamentos ora apresentados.

Sobre o princípio da presunção de inocência, a CF/88 assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Inicialmente, cumpre ressaltar que tal princípio está insculpido no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, inciso LVII da CF/88.

O referido capítulo é destinado ao tratamento dos direitos denominados pela doutrina de primeira dimensão, os quais se caracterizam por serem “direitos do indivíduo oponíveis ao Estado e que prestigiam o homem”. (BONAVIDES, 2004). Os direitos e garantias fundamentais também são concebidos como direitos negativos por limitarem o poder estatal na medida em que proíbem interferências “indevidas na esfera jurídica individual” (CANOTILHO, 2002). São ainda cláusulas pétreas, isto é, não podem ser modificados por Emenda à Constituição.

Utilizando o direito comparado como base de suas pesquisas, o professor Luís Flavio Gomes conclui que, no mundo, existem dois tipos de sistemas para execução da pena, quais sejam: o sistema do trânsito em julgado final e o sistema do duplo grau de jurisdição, e que o Brasil segue o primeiro sistema (GOMES, 2016). Dito isso, passa-se analisar o cabimento do princípio da presunção da inocência sob o rito do direito processual penal brasileiro, que adota o sistema do trânsito em julgado “em que se reconhece um estado transitório de não-culpabilidade enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, representando verdadeiro corolário do princípio da dignidade da pessoa humana” (CAPEZ, 2008).

Noutra perspectiva, Guilherme de Souza Nucci, em que pese ser favorável ao cumprimento provisório da pena após condenação em segundo grau, ao tratar de situação fática de uma ré presa que cometera crime de homicídio, mas que ainda estava recorrendo de sua condenação, sustentou a tese de que a invocação do princípio da presunção da inocência exclusivamente para os réus presos, pode-lhes causar prejuízo (NUCCI, 2019).

Doutrina que merece destaque ao abordar a incidência do princípio da presunção da inocência, inclusive como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, na execução antecipada da pena, é a dos autores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. Senão, vejamos:

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada.

[...]

De qualquer sorte, toda providência ou restrição que importe em antecipação da condenação ou de sua execução parece vedada ao legislador.

[...]

Tendo como exemplo a exigência de recolhimento à prisão para apelar, tem-se que semelhante posição impede a aplicação do

princípio da proporcionalidade *in concreto*, tomando como absoluta uma valoração que se assenta exclusivamente num juízo de desvalor genérico – a prática de determinado delito. (MENDES; BRANCO, 2105)

Veja-se que, segundo menciona doutrina a proibição constitucional ao cumprimento antecipado da pena, isto é, sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, é medida desproporcional que fere inclusive o princípio republicano da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, inciso III da CF/88.

Desse modo, compreende-se que a argumentação doutrinária acima exposta se adequa perfeitamente ao caso em que o indivíduo é condenado em processo criminal pela segunda instância de jurisdição e recorre em liberdade para o STJ e para o STF, por meio de recurso especial e extraordinário, considerados como apelos extremos pela doutrina, previstos na CF/88 e no Código de Processo Civil.

Repise-se, por oportuno, que um dos coautores da referida obra, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, mudou seu entendimento acerca da matéria, por ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP, para executar a pena privativa de liberdade logo após condenação na segunda instância e, atualmente, abraçando a tese do Ministro Dias Toffoli, tem defendido a possibilidade dessa execução somente ter início após julgamento de recurso especial pelo STJ.

Noutra vertente, passa-se a examinar a doutrina que estuda a aplicação do princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional. Sobre os princípios que regem a efetividade da prestação jurisdicional estão previstos no artigo 5º, inciso XXXV e inciso LVXXIII da CF/88. Dentro da efetividade jurisdicional está inserido o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual autoriza que as “pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo” (DINAMARCO, 2009).

Assim, compreende-se que princípio da efetividade da prestação jurisdicional além de ser um direito fundamental do jurisdicionado também é de grande importância para toda sociedade, pois com procedimentos judiciais mais céleres a impunidade daqueles que possivelmente se benefi-

ciariam com a prescrição da punição estatal diminuí sensivelmente, ocasionando uma maior sensação de segurança para a coletividade.

Kazuo Watanabe, com uma visão mais realista, alerta para o fato de que o princípio da efetividade assegura não somente o acesso formal aos órgãos judiciários, mas também o acesso à Justiça, devendo ser buscado como um ideal por todos os operadores do direito, ainda que inatingível dada a falibilidade humana (WATANABE, 1996).

Desse modo, traçando um paralelo entre o princípio da efetividade jurisdicional com o da presunção da inocência, em face do cumprimento provisório da pena, encontra-se a dicotomia das fundamentações presentes nos dois posicionamentos jurisprudenciais em estudo, pois “sob o pretexto de se alcançar uma efetividade do *jus puniendi*, com a mitigação das oportunidades de extinção da punibilidade pela prescrição, tem-se promovido, com grande frequência, a execução provisória da pena, [...] satisfazendo-se os constantes anseios sociais por uma presteza na máquina punitiva estatal” (MARTINS, 2008).

Por outro lado, subsiste o entendimento moderado daqueles que acreditam que o princípio da presunção da inocência, no âmbito do direito processual penal, somente admite mitigação nas situações em que o indivíduo é preso por cautela e quando em execução provisória, possa usar do cumprimento antecipado da pena em seu benefício (TOURINHO FILHO, 2010).

## 5 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À MATÉRIA

Analisando as teses formuladas pelos eminentes Ministros do STF, durante o julgamento do HC nº 126.292/SP e do HC nº 84078/MG, pode-se inferir que a discussão sobre a prisão após condenação na segunda instância possui o seguinte embasamento normativo:

No âmbito do direito internacional, foram utilizados nas fundamentações das decisões analisadas os artigos 10 e 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, da qual o Brasil também participou, que prescrevem: “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer

acusação criminal contra ela” e “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Do mesmo modo, a Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/92, estabeleceu em seu artigo 8º, basicamente, as mesmas garantias judiciais ao acusado previstas na mencionada declaração da ONU. No tocante à comprovação da culpa, as normas internacionais referenciadas conferem a cada nação autonomia para definir o momento da sua materialização, mediante sua própria produção legislativa. Nesse contexto, elaborou-se a **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal brasileira), cujos artigos 105 e 147** exigem expressamente o trânsito em julgado da decisão condenatória para fins de execução da pena.

De acordo com aqueles dispositivos legais recepcionados pela CF/88, observa-se que a aplicação da pena privativa de liberdade somente deve ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pois a partir deste momento processual é que caberá ao magistrado determinar a expedição de guia de recolhimento para que seja promovida a execução.

A lei também inclui a necessidade do trânsito em julgado para o cumprimento da pena nos casos em que réu já estivesse preso cautelarmente. Pela ordem cronológica, tem-se o advento do texto constitucional vigente e como exaustivamente demonstrado no presente estudo, do seu artigo 5º foram observados os incisos LVII; XXXV e LVXXIII, como invocações ao princípio da presunção da inocência e ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

Já do Código de Processo Penal brasileiro amplamente reformado, destacam-se os artigos 283<sup>27</sup> e 637<sup>28</sup>, com duas observações: *i*) que o primeiro artigo teve sua redação dada pela lei 12.403, de 4 de outubro de 2011, ou seja, depois da promulgação da CF/88, que já havia introduzido

---

27 Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

28 Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença.

o inciso LVII ao elenco do art. 5º; ii) que o segundo artigo apesar de redigido anteriormente ao advento da referida Constituição, manteve-se da forma original até os dias atuais.

Sobre os dispositivos legais acima mencionados, cumpre informar que o STF ao julgar os pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional – PEN – e pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – acerca da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, também em outubro de 2016, manteve o entendimento do HC nº 126.292/SP, de que a execução da pena antes do trânsito em julgado não viola o princípio da presunção de inocência e, por maioria, entendeu que o antedito artigo não impede o início da execução a pena após condenação em segunda instância, indeferindo as liminares pleiteadas.

Assim, consubstanciada está, ainda que precariamente, por se tratar de decisão liminar, a interpretação do Plenário do Supremo Tribunal Federal dada aos artigos 283 e 637 do CPP quando aplicados à condenação em processo criminal sem o trânsito em julgado.

Ainda sobre o arcabouço jurídico firmado pelo cumprimento provisório da pena, tem-se ainda as seguintes súmulas 267 do STJ e as súmulas 716 e 717 do STF.

Insta dizer que tais súmulas foram editadas para tratar de situações específicas não correspondentes a toda sorte de condenação na segunda instância, como no caso das súmulas 716 e 717 do STF, cujos precedentes objetivaram a progressão de regime prisional de réus que tiveram decretada a prisão cautelar.

No caso da súmula 267 do STJ, verifica-se, no voto do Ministro Edson Vidigal, Relator do HC nº 2.884/MG, cuja tese foi sumulada, a citação dos efeitos da sentença condenatória recorrível prevista no art. 393, I, do CPP, revogado pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

Desse modo, constata-se que enquanto a legislação processual penal brasileira está alinhada com a CF/88 e em consonância com os tratados e convenções internacionais no tocante à garantia ao acusado da presunção da inocência, o STF e o STJ caminham para a concretização de um verdadeiro ativismo judicial, fazendo às vezes não só do legislador ordinário, editando súmulas que vinculam o entendimento dos demais julgadores, como também do próprio constituinte reformador ao tentar

impor sua própria concepção acerca de princípios expressos na Constituição do Brasil.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo perfunctório acerca da matéria trazida à baila, constata-se com clareza cristalina a existência de um verdadeiro imbróglio jurídico no tocante ao confronto de valores existente entre a liberdade da pessoa condenada judicialmente, mas que é presumida inocente até o trânsito em julgado formal da decisão condenatória, nos termos do art. 5º, LVII da CF/88, de um lado, e de outro, a efetividade do cumprimento da pena imposta em segunda instância.

De fato, o sistema processual penal comporta variados tipos de recursos, que muitas vezes são utilizados pela defesa para fins meramente protelatórios, ocasionando inclusive a prescrição de procedimentos que acabam beneficiando o réu.

Desse modo, num primeiro momento, pode-se pensar que ambas as teses são sustentáveis, no entanto, à luz do sistema do *civil law* adotado pela CF/88, pelo qual exige-se a aplicação de normas positivadas em preferência às demais, razão pela qual vigora no Brasil o princípio da legalidade previsto expressamente no art. 5º, inciso II, da CF/88 e no art. 1º do Código Penal brasileiro, constata-se que somente poderá haver mudança no rito processual penal brasileiro por meio de mudança na própria legislação, a qual poderá sanar o possível “abuso” da defesa.

É insustentável o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292/SP, que permite a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença, decidindo *contra legem* e contra a Constituição. Ressalte-se que o que se espera do Pretório Excelso é uma solução eminentemente jurídica, pois a justiça deve alcançar tanto o homem quanto a coletividade, esta obviamente formada por indivíduos, cuja injustiça é sentida com maior profundidade, pois como disse o Ministro Eros Grau “não há nada nem ninguém neste mundo que consiga, após o reconhecimento definitivo da inocência daquele que foi objeto da restrição ou da perda de liberdade no curso do processo penal, repor-lhe a integridade pessoal ao estado anterior, quando absolvido. Nada.”.



## REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 564p.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 02 Abr. 2019.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 Abr. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 Mar .2019.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_20\\_capSumula267.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf)>. Acesso em: 03 Abr. 2019.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 15 Mar. 2019.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637&termo=>>>. Acesso em: 15 Mar. 2019.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 14 Mar. 2019.
- CONSULTOR JURÍDICO. **STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em: 10 Abr, 2019.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. 203-204p.
- JÚNIOR, Aury Lopes . **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. I. 135p.
- MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coords.).**Execução Penal: Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias**. Curitiba: Juruá, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gouet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 544 – 546p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após julgamento do 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência**. Disponível em < [www.guilhermenucci.com.br/artigo/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia-2](http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisdicao-e-a-presuncao-de-inocencia-2)>. Acesso em: 06 Ago. 2018
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Execução penal no Brasil - estudos e reflexões** ed. 19ª São Paulo: Forense, p. 15.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <[https://www.oHc\\_nºhr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.oHc_nºhr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)> . Acesso em: 14 Mar. 2019.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Vol I**. 32ª. ed, São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1. 91 – 95p.
- WATANABE, Kazuo. **Tutela Antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer** (arts 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20

# A POLÍCIA CIVIL DE SANTA CATARINA E A ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

*Gustavo Madeira da Silveira*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar o papel do Delegado de Polícia e da Polícia Civil de Santa Catarina (PCSC) na garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. A relação entre polícia e criança e adolescente nem sempre foi uma relação saudável, pois os Códigos de Menor de 1927 e 1979 cultuaram o “menor” como sinônimo de crianças e adolescentes infratores, ao invés de tratarem estes como sujeitos de direitos, os quais deveriam receber proteção do Poder Público, inclusive da polícia.

Com o advento da Lei nº 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a visão em relação à criança e ao adolescente foi modificada, definindo esta parcela da população como titulares de direitos, devendo ser respeitada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. A Constituição Federal de 1988 somada a este Estatuto garantiu a proteção integral à criança e ao adolescente com diversos direitos e garantias de fundamentais.

Entre os direitos fundamentais garantidos à criança e ao adolescente, há os relacionados à liberdade e à igualdade, tais como: garantia à integridade física, à integridade psíquica, à integridade moral, à dignidade

sexual, entre outros. Tais direitos, quando violados e caracterizarem uma infração penal, geram ao Estado o direito ao *ius puniendi*, que se iniciará com a polícia judiciária que possui a atribuição constitucional da investigação criminal.

Ainda, à polícia judiciária caberá a missão de ser o primeiro órgão de proteção a receber o adolescente em conflito com a lei, ou seja, aquele que comete um ato infracional que nada mais é do que uma contravenção penal ou um crime praticado por um adolescente.

Sendo assim, à luz da Constituição Federal de 1988, a polícia judiciária possui um importante papel institucional na proteção à criança e ao adolescente que tiverem seus direitos fundamentais violados, seja na condição de vítima de uma infração penal, seja na condição de autor de um ato infracional. Por este motivo, a polícia civil, polícia judiciária dos Estados da federação, é um dos principais órgãos estatais de proteção da criança e do adolescente, principalmente porque atua com essa parcela da população brasileira que se encontra em alguma situação de vulnerabilidade.

As delegacias de polícia, representação física da polícia judiciária, acabam sendo a porta de entrada estatal para muitas crianças e adolescentes em busca de proteção e resgate de seus direitos. Dessa forma, o Delegado de Polícia, Autoridade Policial, chefe da polícia judiciária, profissional com bacharelado em direito, possui uma grande responsabilidade devido ao seu cargo e à sua formação jurídica, em ser o primeiro operador do direito com o dever de garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente que vem ao encontro do Estado em posição de vulnerabilidade por já estar com algum direito fundamental violado.

A criança e/ou o adolescente que ingressam em uma delegacia de polícia tem no Delegado de Polícia o profissional responsável em aplicar, em um primeiro juízo, todas as medidas cabíveis, no intuito de resgatar, mesmo que precocemente, a dignidade da pessoa humana da criança ou do adolescente sob a tutela da doutrina da proteção integral.

No Estado de Santa Catarina a polícia civil possui unidades especializadas de proteção à criança e ao adolescente em todo o território, em um total de trinta unidades.

Dessa forma, o presente trabalho visa demonstrar as atribuições e missão do Delegado de Polícia e da PCSC, a fim de se verificar de que

maneira podem ser considerados garantidores dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Para se vislumbrar as respostas da pesquisa abordar-se-á o problema de maneira qualitativa por intermédio de levantamento bibliográfico e documental.

Sendo assim, primeiramente, demonstrar-se-á o funcionamento das delegacias de proteção à criança e ao adolescente desde a primeira unidade no Estado de Santa Catarina até o estágio atual sob a égide da Resolução nº 008/GAB/DGPC/SSP/2013.

Por fim, estudar-se-á o papel do Delegado de Polícia da PCSC como garantidor dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente e, logo em seguida, a conclusão a que se chegou nesse estudo.

## DA PRIMEIRA DELEGACIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE A RESOLUÇÃO Nº 008/GAB/DGPC/SSP/2013

As Delegacias de proteção à Criança e ao Adolescente em Santa Catarina começaram com a criação da Delegacia da Criança e do Adolescente da Capital. A origem dessa unidade em Santa Catarina remonta ao Decreto estadual n. 19.273, de 11 de abril de 1983, criou seis “distritos policiais” na Capital catarinense, prevendo que a “jurisdição” de cada um ficasse a cargo do Secretário de Segurança (GHISI, 2013, p. 54).

O Secretário de Segurança, por meio da Portaria 915/GAB/SSP/85, de 27 de setembro de 1985, criou o “setor de proteção à criança e adolescente e o setor de proteção à mulher”, dentro do 6<sup>a</sup> Distrito Policial. Desde então, a 6<sup>a</sup> Delegacia de Polícia da Capital engloba a Delegacia da Criança e do Adolescente e a Delegacia da Mulher (NIZER, 2010, p. 142).

A 6<sup>a</sup> Delegacia de Polícia da Capital engloba dois setores distintos, embora harmônicos: o setor de atendimento à criança e ao adolescente vítimas de violência sexual e de maus tratos, e o setor de violência doméstica, no qual atende-se às mulheres vítimas, bem como seus ofensores, conforme a Lei Maria da Penha. Uma das distinções existentes entre a 6<sup>a</sup> Delegacia e as demais delegacias existentes no quadro da Polícia Civil está na composição de seu quadro funcional, que possui carreira de Psicólogo Policial (FORCELLINI, 2010, p. 301).

Após a criação da Delegacia da Criança, do Adolescente e da Mulher de Florianópolis, outras unidades foram criadas no Estado, atendendo esse mesmo público: crianças, adolescentes e mulheres. Sendo assim, surgiu a necessidade de normatizar as atribuições dessas unidades especializadas, sendo publicada no Diário Oficial do Estado, no dia 14 de janeiro de 2004, a Resolução 007/GAB/CPC/SSP/2003, do Gabinete do Delegado-Geral da Polícia Civil, a qual regulamentou as atribuições (GHISI, 2013, p. 65):

Art. 1º As Delegacias de Polícia da Mulher, da Criança e do Adolescente, terão atuação na circunscrição da respectiva comarca, com competência para: I – Desenvolver os procedimentos legais relativos à apuração de atos infracionais, conforme o previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente; II – Apurar os ilícitos criminais referentes à prática de violência física e moral contra a mulher, cujo sujeito ativo do delito seja pessoa do sexo masculino; III – Apurar ilícitos criminais referentes à prática de violência sexual contra a mulher, cujos sujeitos ativos sejam pessoas do sexo masculino ou feminino.

Portanto, de acordo com a redação da mencionada resolução, as Delegacias passam a ser chamadas “da Mulher, da Criança e do Adolescente”, possuindo atribuição apenas para a apuração de atos infracionais praticados por adolescentes, os crimes contra a dignidade sexual, os quais a época da resolução eram tratados pelo Código Penal como “crimes contra os costumes”, e infrações penais que envolvam violência física ou moral tendo como sujeito passivo homem e como sujeito passivo mulher.

Dessa forma, percebe-se que com a Resolução 007/GAB/CPC/SSP/2003 as unidades especializadas são de proteção apenas no nome, pois, além do ato infracional praticado por adolescente, a criança ou o adolescente serão vítimas apenas nos casos de violência sexual ou as criança e as adolescentes mulheres quando o sujeito ativo for homem.

A doutrina da proteção integral convoca o Estado, através de seus órgãos, a proteger a criança e o adolescente como sujeito de direitos, devendo ser considerada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o que na PCSC não ocorria, pelo menos formalmente, de acordo com a resolução em apreço.

Ghisi (2013, p. 104) crítica a Resolução, ao escrever:

Desta forma, não é possível que uma resolução ou portaria seja discriminadora quanto aos casos em que esses sujeitos devem ser atendidos: ou a proteção é integral, ou a Delegacia não pode receber o título “proteção à criança e ao adolescente”. Evidentemente, se a unidade for responsável todo o caso em que a criança ou o adolescente se encontrar na condição de vítima, haverá um aumento considerável no número de procedimentos, pois isso corresponde a investigar desde as mortes culposas (no trânsito, ou ocorridas em hospitais sob suspeita de negligência médica), até os casos de *bullying* sofridos no ambiente escolar. Definir a atribuição da Delegacia com base na idade ou sexo da vítima implica dizer que não será realizada uma seleção dos tipos de crimes a serem investigados: podem ser quaisquer dos previstos no Código Penal, ou ainda em leis esparsas, como é o caso dos crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente. As DPCAMI estão preparadas para esta demanda?

Sendo assim, percebe-se que em matéria de proteção à criança e ao adolescente, bem como, em relação à mulher, as delegacias especializadas necessitavam de ajustes quanto às atribuições. Na medida em que as Delegacias eram criadas no Estado, notou-se que os Delegados de Polícia, dentro do âmbito das comarcas ou das DRPs ampliavam as atribuições das delegacias especializadas, inclusive com a inserção da demanda do idoso, o que originou, dentro da PCSC, a sigla DPCAMIs, ou seja, Delegacias de Proteção à Criança, Adolescente, Mulher e Idoso, mesmo sem previsão legal.

No ano de 2013, a Delegada de Polícia Ana Silvia Serrano Ghisi confeccionou uma sugestão de substituição da Resolução 007/GAB/CPC/SSP/2003. O documento proposto foi discutido pelas autoridades policiais que trabalhavam a época em DPCAMI, em uma reunião coordenada pela Delegada de Polícia Sandra Mara Pereira na ACADEPOL.

Após o encontro entre os delegados foi publicada a Resolução nº 008/GAB/DGPC/SSP/2013, que definiu a sigla DPCAMI para as unidades especializadas, o que já ocorria formalmente, e ampliou as atribuições dessas delegacias, havendo uma aproximação do que ocorria na prática de

polícia judiciária. Abaixo o teor da nova resolução (SANTA CATARINA, 2019):

Art. 1º - As Delegacias de Proteção à Criança, ao Adolescente, à Mulher e ao Idoso, no Estado de Santa Catarina, serão denominadas pela sigla DPCAMI; Art. 2º - As DPCAMIs terão atuação na circunscrição das respectivas Comarcas, com atribuição para desenvolver os procedimentos legais relativos à apuração das seguintes infrações: I – Crimes previstos no Código Penal, no Título I (Dos crimes contra a pessoa), com autoria definida, e no Título VII (Dos crimes contra a família), e os previstos na Lei nº 9.055/1997 (Lei de Tortura) quando sujeito passivo for mulher e o sujeito ativo for homem; II – Crimes previstos pelo Código Penal, no Título I (Dos crimes contra a pessoa), e no Título VII (Dos crimes contra a família), e os previstos na Lei nº 9.055/1997 (Lei de Tortura) quando o sujeito passivo for criança ou adolescente; III – Crimes previstos no Código Penal, no Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual), quando o sujeito passivo for criança, adolescente, mulher ou idoso; IV – Toda infração penal cometida mediante violência doméstica ou familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha); V – Crimes previstos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); VI – Crimes cometidos contra a pessoa idosa, previstos na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso); VII – Infrações penais cometidas contra a pessoa idosa, em situação de vulnerabilidade no âmbito familiar ou doméstico; VIII – Atos infracionais, quando não houver, na Comarca, uma Unidade Policial destinada a este fim.

A Resolução nº 008/GAB/DGPC/SSP/2013 ampliou as atribuições das unidades especializadas de Proteção à Criança e ao Adolescente em Santa Catarina, estando de acordo com a doutrina da proteção integral. A partir da nova resolução às delegacias de polícia catarinenses terão dois tipos de atribuição em relação à criança e ao adolescente, ou seja, quando a criança e o adolescente forem vítimas de infração penal e quando o adolescente for autor de ato infracional.

Assim sendo, as DPCAMIs, através da Resolução nº 008/GAB/DGPC/SSP/2013, faz com que a PCSC cumpra o seu dever constituio-



nal de proteção integral, pois, apesar da delimitação, as atribuições abrangem as infrações penais em que se protegem direitos fundamentais relacionados à vida, a liberdade, a integridade física e a igualdade de crianças e adolescentes.

Caso a atribuição das DPCAMIs abarcasse qualquer fato em que a criança e adolescente fosse vítima, por exemplo, um acidente de trânsito em que uma criança resultasse em lesão corporal, a especialidade das delegacias estaria desvirtuada, inclusive no que tange à proteção integral, já que nos crimes de trânsito o objeto juridicamente tutelado é a segurança viária ou até a administração da justiça dependendo do crime.

Os crimes em que as crianças e os adolescentes figuram como vítimas devem ter preferência desde o procedimento da polícia judiciária até o julgamento do poder judiciário, haja vista o princípio da prioridade absoluta. Os procedimentos que envolvem a violação de direitos infanto-juvenis muitas vezes demanda a participação de profissionais de outras áreas, desde a fase da investigação policial, assim sendo, imprescindível a articulação entre policias civis, órgãos municipais de saúde e de assistência social e Poder Judiciário, formando assim a “rede de Proteção” municipal de proteção à criança e ao adolescente (DIGIÁCOMO, 2010, p. 295-296).

A atribuição das DPCAMIs em sede de ato infracional ocorre somente quando não houver unidade destinada somente a este fim, como nos casos de integração operacional entre Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, previstas no artigo 88, V, do ECA (BRASIL, 2019a). Em alguns Estados do Brasil existem essas unidades de integração operacional como Rio Grande do Sul, Paraná e Minas Gerais.

Delimitada a atribuição das DPCAMIs e, conseqüentemente, do Delegado de Polícia que labuta nessas delegacias especializadas, no próximo subcapítulo analisar-se-á a atuação deste como garantidor dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em Santa Catarina.

## O DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL DE SANTA CATARINA E A PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A criança e o adolescente como sujeitos de direitos terão a proteção das polícias civis quando em virtude de negligência, discriminação,

exploração, violência, crueldade e opressão, tiverem de alguma forma seus direitos fundamentais violados ao ponto que caracterizarem uma infração penal.

Assim sendo, quando uma criança ou um adolescente forem vítimas de uma infração penal, caberá à polícia civil protegê-los, por intermédio da colheita de provas que indiquem a materialidade e autoria do delito, bem como, com a representação de medidas cautelares, tais como prisões, mandados de busca e apreensão e medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

O legislador se atentou ao fato da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento da criança e do adolescente, pois, além dos inúmeros tipos penais criados pelo legislador, os quais estão previstos no Código Penal e leis extravagantes, em que qualquer criança e adolescente podem figurar como vítimas, há alguns crimes específicos em desfavor da criança e do adolescente. Esses tipos penais são vislumbrados, por exemplo, no ECA (artigos 228 a 244-B) e no Título V, Capítulo do II do Código Penal (dos crimes sexuais contra vulnerável – artigos 217-A a 218-B), os quais, na grande maioria, são de atribuição da polícia civil.

Devido à atribuição residual da polícia civil, a maioria das infrações penais que tiverem criança e adolescente como vítimas serão apuradas por esta instituição, mas quando esses delitos envolvendo crianças e adolescentes vítimas tiverem repercussão interestadual, internacional ou necessitarem de repressão uniforme, serão investigados pela Polícia Federal. O trabalho da Polícia Federal em matéria de criança e adolescente geralmente está relacionado ao tráfico internacional de criança e adolescente, artigo 239 do ECA, e pedofilia na internet, artigos 241-A a 241-D do ECA.

A polícia civil também tem outro papel importante na proteção da criança e adolescente, quando este está em conflito com a lei, ou seja, quando o adolescente comete um ato infracional. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal, artigo 103 do ECA (BRASIL, 2019a).

A polícia civil, em regra, é o primeiro órgão do Estado a receber os adolescentes em conflito com a lei, tendo assim, a polícia judiciária e o Delegado de Polícia, um relevante papel em garantir os direitos fundamentais desse adolescente. Tamanha a tarefa e responsabilidade da polícia civil nesse caso, que, quando houver Delegacia de Polícia especializada

para o atendimento do adolescente, quando este cometer ato infracional em co-autoria com um adulto, prevalecerá a atribuição da repartição especializada, de acordo com o artigo 172, Parágrafo único, do ECA (BRASIL, 2019a).

O ECA, ainda, ressalta que o adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente, ou seja, ao Delegado de Polícia, de acordo com o artigo 172, *caput*, ECA (BRASIL, 2019a).

O Delegado de Polícia é a Autoridade Policial constitucionalmente prevista. O Delegado de Polícia da PCSC possui diversas atribuições de polícia judiciária e de cunho administrativo, as quais estão previstas na Lei Complementar Estadual nº 453/2009. Dentro dessa previsão legal, as Autoridades Policiais catarinenses que labutam em DPCAMIs atuam dentro dos parâmetros previstos na Resolução nº 008/GAB/DGPC/SSP/2013.

Dentro das atribuições estudadas, a fim de proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o Delegado de Polícia Civil do Estado de Santa Catarina deverá formalizar o seu trabalho, primeiramente, através de verificação de procedência das informações (art. 5º, §3º, CPP), principalmente quando ocorrem denúncias anônimas. As denúncias anônimas são muito comuns hoje em dia nos casos de criança e de adolescentes vítimas, principalmente através de disques denúncias como o “Disque 100/Disque Direitos Humanos” disponibilizado pelo Governo Federal e o “Disque-Denúncia 181” ofertado pela PCSC.

Conforme entendimento já sedimentado pelos tribunais superiores, denúncia anônima, isoladamente, não autoriza a imediata instauração da *persecutio criminis*, cabendo ao caso que a autoridade policial, primeiramente, realize uma verificação de procedência das informações. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019b):

Delação Anônima - Investigação Penal - Ministério Público - Autonomia Investigatória (Transcrições) HC 100042-MC/RO\* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: A INVESTIGAÇÃO PENAL E A QUESTÃO DA DELAÇÃO ANÔNIMA. DOCTRINA. PRECEDENTES. PRETENDIDA EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO, COM O CONSEQÜENTE ARQUIVAMENTO DO

INQUÉRITO POLICIAL. DESCARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. - As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de “persecutio criminis”. - Peças apócrifas não podem ser formalmente incorporadas a procedimentos instaurados pelo Estado, salvo quando forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, elas próprias, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante seqüestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o “crimen falsi”, p. ex.). - Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discrição”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciadas, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “persecutio criminis”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.

O Delegado de Polícia catarinense também sedimentará o seu trabalho através do Inquérito Policial e do Termo Circunstanciado, nos casos em que as crianças e os adolescentes forem vítimas de infrações penais, conforme art. 1º, II, III, V da Resolução nº 008/GAB/DGPC/SSP/2013, realizando as diligências necessárias que o caso requerer, de acordo com a sua análise técnico-jurídica.

Nos casos do adolescente em conflito com a lei, a autoridade policial catarinense utiliza dois procedimentos: o Auto de Apreensão de Adolescente Infrator (AAAI), quando ocorre há apreensão do adolescente que é conduzido em flagrante em ato infracional mediante violência ou grave ameaça (art. 173, ECA); casos em que o ECA estipula que o Delegado de Polícia deve realizar um boletim de ocorrência circunstanciado (art. 173,

parágrafo único, ECA) ou apenas apurar ato infracional em que houver notícia de envolvimento de adolescente (art. 177, ECA), a autoridade policial da PCSC instaura a Apuração de Ato Infracional (AAI).

O Delegado de Polícia deverá pautar sua atividade de apuração de ato infracional na proteção integral e nos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1998, além é claro do que está estabelecido no ECA, sendo a inimizabilidade penal o ponto de partida para esta apuração. Ainda, a autoridade policial deve levar em conta a Convenção dos Direitos da Criança aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 (ZANOTTI; SANTOS, 2013, p. 312).

Havendo delegacia especializada de proteção a criança e adolescente o ato infracional será apurado nesta, conforme dispõe o artigo 172 do ECA, cabendo ao Delegado de Polícia instaurar o procedimento pertinente e, caso o fato seja em co-autoria com adulto, após os procedimentos legais, encaminhar o adulto à repartição policial própria. Por outro lado, na ausência de delegacia especializada, e tendo o adolescente sido apreendido, caso o procedimento esteja sendo confeccionado em Delegacia comum, o Delegado de Polícia tem que ter o cuidado de manter o adolescente separado dos adultos (SANTOS, 2013, p. 59).

A autoridade policial decidirá pela instauração do AAI desde que os adolescentes em conflito com a lei sejam conduzidos à Delegacia de Polícia em caso de flagrante de ato infracional mediante violência ou grave ameaça. A interpretação literal do art. 173 do ECA leva a crer que qualquer ato infracional mediante violência ou grave ameaça terá como consequência a apreensão do adolescente, que nada mais é que a privação da liberdade deste, um dos principais direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim sendo, por exemplo, duas irmãs que se lesionam corporalmente, em que uma é adulta e outra é adolescente, ambas são conduzidas à Delegacia de Polícia, a irmã adulta poderá responder a Termo Circunstanciado e pode ser liberada mediante compromisso de comparecimento a audiência, conforme art. 69, Parágrafo único, da Lei nº 9.099 de 1995, enquanto a irmã adolescente pode ser apreendida por flagrante de ato infracional mediante violência.

Em casos como este narrado no exemplo supracitado, Zanotti e Santos propõe que a autoridade policial deve lavar o boletim de ocorrência circunstanciado, em Santa Catarina AAI, devendo ser utilizado por

analogia ao adolescente à regra da lei dos juizados especiais (ZANOTTI; SANTOS, 2013, p. 324). A interpretação correta deve ser essa, pois hermeneuticamente o Delegado de Polícia estará cumprindo com direito fundamental da liberdade e da excepcionalidade da medida privativa da liberdade do adolescente previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

O ECA se omitiu em relação ao procedimento de apreensão flagrancial do adolescente, sendo utilizado no AAAI as regras do CPP com algumas adaptações, pois no lugar da nota de culpa é entregue uma nota de pleno e formal conhecimento da prática de ato infracional, bem como o adolescente não é interrogado, mas sim submetido a termo de declarações.

Em relação ao AAI, confeccionado pela PCSC nos casos em que o adolescente é conduzido em estado flagrancial, mas não é lavrado o AAAI, ou nos casos em que um adolescente é suspeito de ter cometido um ato infracional, o ECA também se omite quanto ao procedimento, sendo também utilizadas pelos Delegados de Polícia de Santa Catarina as regras e instrumentos do CPP para apuração dos fatos.

Após a confecção do AAAI ou do boletim de ocorrência circunstanciado (substituído em Santa Catarina pelo AAI) o Delegado de Polícia tem duas alternativas. A primeira é liberar o adolescente mediante comparecimento dos pais ou responsável e também mediante termo de compromisso de apresentação do adolescente perante o Ministério Público para a audiência preliminar, no mesmo dia, ou no dia útil imediato, conforme artigo 176 do ECA (BRASIL, 2019a).

Segunda alternativa que o Delegado de Polícia tem, é manter o adolescente apreendido, devido à gravidade da infração cometida, repercussão social do ato praticado e ainda para garantir a segurança pessoal do adolescente ou manter a ordem pública, de acordo com o artigo 174 do ECA. Neste caso, o artigo 175 prevê que a autoridade policial terá que encaminhar o adolescente, desde logo, ao representante do Ministério Público, exceto se não o encontrar, podendo mantê-lo no máximo vinte e quatro horas na Delegacia de Polícia (BRASIL, 2019a).

Caso a autoridade judiciária se manifeste pela manutenção da apreensão do adolescente e, sendo impossível a pronta transferência deste ao estabelecimento responsável, poderá ficar por no máximo cinco dias em Delegacia de Polícia no aguardo da vaga, não podendo o Delegado de

Polícia, em qualquer hipótese, permitir que compartilhe cela com adultos, bem como em condições inapropriadas, de acordo com o artigo 185, §2º do ECA (BRASIL, 2019a).

Ainda, a autoridade policial não poderá descuidar do transporte do adolescente, pois o ECA (Art. 178) veda a condução do adolescente em compartimento fechado de viatura (BRASIL, 2019a).

Questão controversa é o tratamento diferenciado quanto ao exercício do direito de queixa ou representação pela vítima. Apesar do ECA ter se omitido quanto ao tema e, sendo assim, a regra é a utilização subsidiária do CPP, o entendimento predominante é de que a medida socioeducativa é de natureza pública incondicionada, ou seja, cabe ao Ministério Público decidir acerca da propositura socioeducativa, independentemente da manifestação do ofendido, conseqüentemente, o Delegado de Polícia ao ter conhecimento de que o autor da *notitia criminis* é um adolescente, obrigatoriamente terá que instaurar um AAI, independentemente da vontade do ofendido. Nesse sentido o STJ (BRASIL, 2019c):

INFRACIONAL. INDICAÇÃO DE SETE ATOS ANTERIORES. ART. 122, II, DO ECA, HIPÓTESE AUTORIZATIVA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 171 e seguinte, que tratam da apuração de ato infracional atribuído a adolescente, não impõe a necessidade de representação da vítima como condição de procedibilidade da ação, registrando somente que, apresentado o menor a quem se atribua a autoria de ato infracional, caberá ao Ministério Público promover o arquivamento dos autos, conceder remissão ou representar à autoridade judiciária para a aplicação de medida socioeducativa (arts. 180, 182 e 201, II). Portanto, o procedimento de apuração de ato infracional é sempre de iniciativa exclusiva do Ministério Público, a quem cabe decidir acerca da propositura da ação socioeducativa, independentemente da manifestação do ofendido.

Caso o Delegado de Polícia deixe de garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente e ainda viole um desses direitos, poderá responder pelos delitos tipificados entre os artigos 230 e 235 do ECA, que ou

são crimes próprios quanto ao sujeito ativo, em que somente a Autoridade Policial pode ser o autor, ou são infrações penais que o Delegado de Polícia também pode consumir no âmbito de sua atividade (BRASIL, 2019a):

Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais. Art. 231. Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Art. 233. Revogado pela Lei nº 9.455 de 07/04/1997. Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Art. 235. Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade: Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Dessa forma, os artigos supramencionados reforçam que a Autoridade Policial tem o dever de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes, ratificando as garantias constitucionais dadas a estes como sujeitos titulares de garantias e direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre os órgãos do Poder Público que atuam diretamente com a criança e o adolescente, a Polícia Civil, polícia judiciária dos Estados da federação, é um dos órgãos que mais atende as crianças e os adolescentes. Ademais, as crianças e os adolescentes que chegam às Delegacias de Polícia de todo o Brasil se encontram em situação de risco ou de vulnerabilidade.



Em resumo, há duas possibilidades de uma criança ou adolescente necessitar dos serviços de polícia judiciária: quando é vítima de uma infração penal ou quando está em conflito com a lei. Nas duas hipóteses cabe ao Delegado de Polícia, em um primeiro juízo, restabelecer a dignidade da criança ou do adolescente e garantir os direitos e garantias fundamentais necessários e possíveis, pois a autoridade policial é a primeira, em regra, a atender a criança e o adolescente nas situações descritas.

Conforme o estudo das atribuições constitucionais e infraconstitucionais estudadas no presente trabalho, a Polícia Civil de Santa Catarina deu um grande passo ao sedimentar as Delegacias de Proteção à Criança e ao Adolescente e ampliar as atribuições das unidades especializadas por intermédio da Resolução nº 008/GAB/DGPC/SSP/2013.

Com essa resolução, a polícia judiciária de Santa Catarina se adequa à proteção integral nos limites de sua missão institucional e o Delegado de Polícia de Santa Catarina se consolida como sendo o primeiro garantidor dos direitos fundamentais da criança e do adolescente dentro da *persecutio criminis*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1990, p.1, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)> Acesso em: 29 jan. 2019a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 97197/RO. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de outubro de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo565.htm>> Acesso em 02 fev. 2019b.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC 15617/GO. Relator: Ministor Paulo Medina. Brasília, 20 de junho de 2005. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19286144/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-15617-go-2004-0000337-7-stj/relatorio-e-voto-19286146>> Acesso em: 03 fev. 2019c.

DIGIÁCOMO, Murillo José, DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná – Centro de Apoio Operacio-

nal das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010. In: < [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca\\_annotado\\_2013\\_6ed.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf) > Acesso em 02 fev. 2019.

FORCELLINI, Mônica M. Coimbra. Algumas considerações sobre qualidade e respeito à vítima na 6ª Delegacia de Polícia da Capital. In: CÓRDOVA, Luiz Fernando Neves. et.al. (Org.). **Os 25 anos da “Delegacia da Mulher” de Florianópolis**: impasses e perspectivas para a ‘base de panera’. Florianópolis: UFSC/CFH/NUPPE, 2010.

GHISI, Ana Silvia Serrano. **As atribuições das delegacias da mulher de Santa Catarina no contexto das relações de gênero e da política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres**. 2013. 127 f. Monografia (Mestre em Gestão de Políticas Públicas) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2013.

NIZER, Joacyr de Paula. Agressões contra mulheres em Florianópolis segundo os boletins de ocorrência registrados nas Delegacias da Capital em 2006. In: CÓRDOVA, Luiz Fernando Neves. et.al. (Org.). **Os 25 anos da “Delegacia da Mulher” de Florianópolis**: impasses e perspectivas para a ‘base de panera’. Florianópolis: UFSC/CFH/NUPPE, 2010.

SANTA CATARINA, Resolução nº 008/GAB/DGPC/SSP/2013, **Diário Oficial do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, 2009, p. 1, 07 out. 2013. Disponível em: < <http://www.doe.sea.sc.gov.br/Repositorio/20131014/Materias/145333/145333.html> > Acesso em 10 fev. 2019.

SANTOS, Danielle Maria Espezim dos. **Ato infracional e medida socioeducativa**: livro digital. 1ª ed. Palhoça: UnisulVirtual, 2013.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de Polícia em Ação**: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2013.

# UMA NECESSIDADE DE (RE) PENSAR O CRIME PELA ÓTICA DA VITIMOLOGIA PREVENTIVA

*João Pedro Prestes Mietz*

## Introdução

O presente artigo busca resgatar um debate epistemológico sobre o tema; relacionar a Vitimologia com o Direito Penal; e ainda, fomentar uma busca de alternativas diante do aumento da criminalidade a partir da Vitimologia.

Para Oliveira Neto (2016), a Vitimologia no Brasil delimita-se em três aspectos, quais sejam: a) pessoas ou grupos sociais ofendidos por ações delituosas de natureza criminal; b) as vítimas de ilícitos civis e c) as vítimas de outros fenômenos geradores do sofrimento humano.

Diante desse quadro apresentado, este estudo preocupa-se com o primeiro aspecto, assim, este artigo fará uma conjuntura entre Ciência Penal e a Vitimologia. Adianta-se, que o Direito Penal sofreu algumas mudanças com a evolução das teorias na Vitimologia, para tanto, inicia-se com o conceito de crime do modo compreendido na atualidade com base nas diversas teorias adotadas ao longo dos tempos, para ao fim expor de forma concisa as principais influências desta última ciência no Direito Penal com intuito de fomentar e defender este tipo de estudo para criarem-se novas concepções sobre o crime e mecanismos de prevenção.

Esta obra preocupa-se então com uma possível mudança de paradigmas quanto a concepção de como ocorre o crime, com intuito de focar

na prevenção vitimal, ou seja, demonstrar que existem outras formas de encarar a criminalidade, ao longo do texto se perceberá alguns pontos já definidos por autores, no entanto este artigo busca conotar a necessidade de mudança, sendo que as alternativas devem ser expostas em estudo a parte, pois não seria exitoso ocupar-se deste tema ao passo que o espaço para tamanha discussão é pequeno e o tema demasiadamente extenso.

## 1. Crime: Uma implicação de conceitos

Inúmeras teorias surgiram ao longo dos anos sobre o crime e suas origens, fato é que o ramo da ciência que mais estuda é a Criminologia, por óbvio esta fase de sedimentação do conhecimento não poderia escapar dessa conceituação, mas busca-se essa consolidação da compreensão do crime para que ao fim o leitor consiga perceber a existência de outras visões segundo a Vitimologia.

Segundo Muñoz Conde (1988), a primeira tarefa a ser enfrentada é dar um conceito de crime que contenha todas as características comuns a um fato, para que se possa ser considerado como delito, para tanto toda tentativa de definir tal conceito se materializa em outros ramos da ciência, quais sejam, Filosofia, Religião, Deontologia, além da Criminologia, Vitimologia, Sociologia e tantas outras ciências.

Baseado em Scuro Neto (2007), o crime é um complexo fenômeno social, reflexo de atos políticos enraizados em conflitos decorrentes de profundas desigualdades. Estas diferenças se devem a inúmeras causas de origem na cultura do grupo em que as partes vivem.

Já Muñoz Conde (1988), define delito como sendo toda conduta que o legislador sanciona com uma pena, sendo um conceito puramente formal que nada diz acerca dos elementos que norteiam esse entendimento.

Do ponto de vista de Carnelutti (2006), para constituir delito existe uma necessidade prévia de atribuir dano, assim não é somente um dano, mas o é por princípio.

Conforme pode-se extrair do artigo 1º do decreto Lei n. 3.914/41, crime em nosso ordenamento jurídico é entendido como:

[..] a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina,

isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL DECRETO LEI Nº 3.914).

Segundo Bitencourt (2011), o texto legal supracitado preocupou-se apenas em destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais se restringem à natureza da pena de prisão aplicável. “O crime é cometido pelo delinquente, aquele que por sua vez tem dois significados, sendo um ético-social (muito amplo) e jurídico (mais restrito)” (FERRI, 2006, p. 09).

Deste modo pode-se distingui-los da seguinte forma:

O primeiro sentido expressa uma ação imoral, isto é, contrária às condições de existência social e razão dos costumes, da honestidade e da dignidade da pessoa humana; já, o segundo, indica uma ação quase sempre imoral, cuja principal característica é a proibição legal, e contrária às condições de existência social no que diz respeito à disciplina e segurança sociais (FERRI, 2006, p.09).

Por outro viés, Muñoz Conde (1988), defende que dentro do conceito crime, existem outras anuências a serem discutidas, tais como a sistematização e ampliação da análise, pois muitos tipos penais (crimes), possuem características diferentes. Mas também existem características comuns, assim, cabe à teoria geral do delito ocupar-se das características comuns a qualquer fato, para que possa ser considerado criminoso.

Por isso, um estudo científico que compreenda também o crime no sentido ético-social, o delinquente pode ser referido antes mesmo de entrar na questão do crime em sentido jurídico. Em contrapartida, a lei penal deve estabelecer, primeiramente, a noção de delito no sentido jurídico e, depois, fazer referência ao delinquente. Isto é o que precisamente se fez no projeto do Código penal (FERRI, 2006, p. 11).

Neste diapasão, Bitencourt (2011), entende que a atual definição de crime é produto da elaboração inicial da doutrina alemã, a partir da segunda metade do século XIX, sob influência do método analítico, pró-

prio do moderno pensamento científico, concomitantemente ao “processo de evolução da Vitimologia, isto porque ambas se correlacionam, em uma recíproca globalização do pensamento” (MUÑOZ CONDE, 1988, p. 05).

Por isso não faz sentido imaginar que seria possível identificar apenas uma causa para o universo heterogêneo da criminalidade. Por exemplo, os roubos praticados nas esquinas por meninos pobres, que vivem nas ruas cheirando cola, abandonados à própria sorte, sem acesso à educação e ao amor de uma família que os respeite, evidentemente expressam esse contexto cruel. É claro que esses crimes são indissociáveis desse quadro social (SCURO NETO, 2007, p. 146).

Neste viés, Miguel Reale (2007), defende que a sociedade possui necessidades, deste modo, os atos que praticamos e os artefatos que construímos (em que se pode resumir a cultura) são justificados mediante uma valoração que lhes dá um sentido, uma finalidade.

Segundo esse argumento, Scuro Neto (2007), diz que acima de qualquer outra razão, é a própria sociedade moderna fonte das desigualdades oriundas de sua cobiça, fonte e origem do crime.

Conforme Muñoz Conde (1988), deve se analisar as minúcias que consolidam a atual corrente doutrinária majoritária sobre crime, sendo os meios e formas em que se realizam, seus objetos e sujeitos, a relação causal e psicológica entre elas e o resultado. Uma vez subsumido o caso da realidade à hipótese de fato de uma norma penal, o passo seguinte, na averiguação de se esse caso engloba responsabilização penal, é a determinação de antijuricidade, isto é, a constatação de que o fato produzido é contrário ao direito, injusto ou ilícito.

Deste ponto se faz necessária compreensão da última condicionante para uma ação tornar-se crime, qual seja a culpabilidade, assim “atua culpavelmente quem pratica um ato antijurídico, podendo atuar de modo diverso, quer dizer, conforme direito” (MUÑOZ CONDE, 1988, p. 125).

Neste diapasão Bitencourt diz o seguinte:

*A culpabilidade*, por sua vez, não esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica, mas, ao contrário, a *reprovação pessoal* contra o agente do fato fundamenta-se na não omissão da

ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitido, pois dele se espera uma motivação concorde com a norma legal. A essência da culpabilidade reside nesse “poder em lugar de...”, isto é, no “poder agir de outro modo” do agente referentemente à representação de sua vontade antijurídica, e é exatamente aí – nessa liberdade de ação, nessa possibilidade de agir diferente – onde se encontra o *fundamento da reprovação social*, que se levante contra o autor por sua conduta contrária ao Direito (BITENCOURT, 2011, p.405).

Desta forma, tentou-se abordar o conceito de crime e sua implicação com o Direito Penal e outras ciências, segundo a corrente majoritária o crime é visto por um viés, qual seja, o olhar acima do criminoso, pouco fala-se do papel da Vítima, assim como Ferri já apontou e conforme supracitado neste texto, um estudo ético-social deve propor uma análise transcendental, onde adianta-se até mesmo a questão jurídica, com um fim de resolução do problema, afinal ciência existe para isso, notou-se com o exposto que muitas vezes a conceituação jurídica dada a um fato foge desta perspectiva e atem-se a outras condicionantes. O próximo tema será uma ponte entre o supracitado assunto, pois tratará a criminalidade em si.

## 2. A criminalidade e seus embates epistemológicos: um olhar sobre o crime pela perspectiva de Criminologia/ Vitimologia

Neste tópico será resgatada uma discussão sobre a criminalidade do ponto de vista da Criminologia com alguns apontamentos na Vitimologia, para assim efetuar uma contraposição entre a perspectiva dual, vítima e criminoso com intuito de fomentar o debate para conotar uma possível solução ao problema grave em nosso país, qual seja, a violência criminal.

A despeito da violência criminal é importante destacar que a violência urbana transformou-se numa das principais causas de transtornos mentais em várias partes do mundo, conforme especialistas que participaram, no Rio de Janeiro, do IX Congresso Mundial de Psiquiatria (POSTERLI, 2001, p. 27).

Por esta perspectiva, Oliveira Neto (2016), destaca uma vez mais, que a Vitimologia, conquanto produza saber independente, desenvolve elos profundos com a Criminologia, porquanto tem por objeto básico os fenômenos da criminalidade e as relações com os criminosos, vazadas em critérios até basilares, como os da identificação, enquadramento, punição, repressão e prevenção.

Para tanto, bem preceituou Scuro Neto (2007) ao elencar certa necessidade de integração nos ramos de conhecimento, para uma melhor resolução de problemas voltados ao Direito. Assim, a expectativa otimista em relação às disciplinas auxiliares é que podem oferecer um conhecimento do homem, de suas faculdades e inclinações. Não se poderia deixar de lado tal discussão, pois crime é um fenômeno biopsicossocial natural, somado por três parcelas, quais sejam, a personalidade do autor, mundo circundante do autor e situação externa (de fato).

Neste diapasão, Oliveira (2005), descreve que diante de uma complexidade do estudo envolvendo as circunstâncias em que a Vitimologia aponta para os casos em que a vítima pode ensejar ou contribuir para o crime, entender o alcance técnico da figura do delinquente por tendência é de expressiva importância.

Assim, Posterli (2001), define como necessária análise da ciência que estuda com maior profundidade este tema, sendo a Criminologia uma ciência interdisciplinar da causalidade dos fenômenos reais da realização do crime e da luta contra ele, preocupa-se com a causação do crime, levando-se em conta a personalidade do agente e circunstância desencadeante da criminogênese, enfim o que gera o crime.

Pode-se delimitar com as palavras de Molina e Gomes (2010), que a problematização do objeto da Criminologia sofreu uma ampliação.

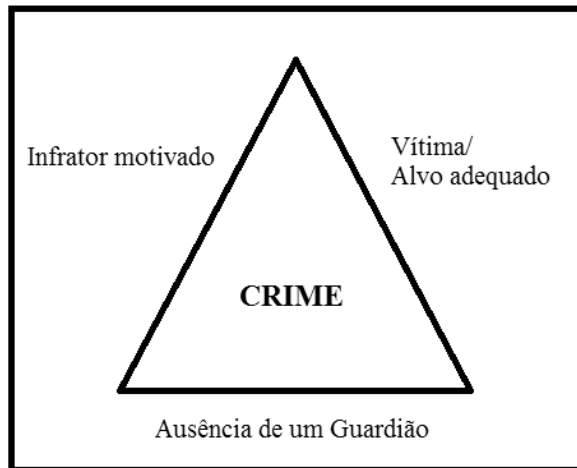
[...] as investigações criminológicas tradicionais versavam quase que exclusivamente sobre a pessoa do delinquente e sobre o delito. Em consequência, o atual redescobrimto da vítima e os estudos sobre o controle social do crime representam uma positiva extensão da análise científica para âmbitos outrora desconhecidos. E essa ampliação tem, sobretudo, uma leitura qualitativa: exprime um significativo deslocamento dos centros de interesses criminológicos (de pessoa do delinquente e do delito



à vítima e à prevenção e controle social) (GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2010, p. 66).

Nesta perspectiva, conforme Martinez e Tasca (2012), a teoria das atividades rotineiras, em especial, os aspectos referentes ao emprego do triângulo do crime e de sua variação exprime de forma mais sintética, a qual exige mais do que a existência de um agressor (infrator), requer um alvo (vítima) vulnerável e um ambiente propício, ou seja, um ambiente que forneça as condições para que o crime ocorra, conforme segue na figura abaixo:

**Figura 1 - Triângulo do Crime.**



Fonte: Hipólito e Tasca (2012); adaptado de Felson e Clarke 1998.

Neste sentido, acredita-se que Oliveira (2005), tentou de forma pluridimensional resgatar esse conceito quando fala em parelha criminal e parelha penal, pois englobaria uma série de fatores e atores em um cenário que predispõe a relação dos envolvidos, no entanto se acredita que a teoria suscitada por Martinez e Tasca denotam maior concretude:

O triângulo do crime oferece uma visão dos elementos necessários para a ocorrência de um crime, cuja interação pode ser assim sintetizada: para que um crime ocorra deve haver con-

vergência de tempo e espaço em, pelo menos, três elementos - um provável agressor, uma vítima/alvo adequado, na ausência de um guardião capaz de impedir o crime (HIPÓLITO; TASCA, 2012, p.199).

Neste viés, Divan (2016), determina, que a discussão de caráter teórico e prático sobre a referida temática deve levar em consideração as ligações políticas, político-criminal e criminológicas, sob o risco de incorrer em equívocos, caso deixe um destes elos de lado, o que pode criar um verdadeiro abismo, por isso a importância da análise simétrica e interdisciplinar do tema.

Segundo Baratta (2002), percebe-se que a criminalidade, mais que um dado preexistente comprovado objetivamente pelas instâncias oficiais, é uma realidade social de que, a ação das instâncias oficiais forma um elemento constitutivo, estas constituem tal realidade social através de uma percepção seletiva dos fenômenos, que se traduzem no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal e que, compreende todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas a maioria da população. “Criminalidade é a expressão dada pelo conjunto de infrações que se produzem em um tempo e lugar determinados. Se materializam em termos de índices”(POSTERLI, 2001, p.25).

Segundo Silva (2003), a Criminologia é a ciência que estuda os crimes e os criminosos, isto é, a criminalidade. Sabe-se que ao longo da história de formulação desta ciência, muitas foram as teorias criadas e vinculadas, no entanto algumas se demonstraram mais propícias e atuais ao cenário atual. Assim Surgiu a Criminologia ambiental com a “finalidade de completar lacunas e potencializar os esforços de prevenção, agregando, neste contexto, a prevenção situacional”(HIPÓLITO; TASCA, 2012, p.199).

De outro modo, Baratta (2002), aponta outra mudança, chamada Criminologia Crítica, a qual abandona definitivamente algumas concepções, reinventa a ciência e desmistifica a crença no crime como realidade ontológica e natural, bem como a ideologia da figura do criminoso como um anormal.

Do mesmo modo, Posterli (2001), entende que fica cada vez mais evidente uma conjuntura de teorias com um intuito de solucionar uma

problemática, uma interação entre dois atores no triângulo do crime, qual seja, criminoso e vítima, pois diante da realidade epidemiológica da violência urbana, urge a necessidade também da profilaxia criminal, a começar da prevenção vitimária, ou seja, a pessoa também evitar vitimar-se, afinal um pouco de desconfiança e fugir da ostentação é bom e recomendado. Conscientizar-se do perigo, não conviver com ele, mas saber conviver é indispensável para sobrevivência na selva urbana em que vivemos.

De fato, para Baratta (2002), as teorias criminológicas da reação social e as compreendidas no movimento da Criminologia crítica, deslocaram o foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal e os processos de criminalização que dele fazem parte para todo o sistema da reação social ao desvio.

Conforme Posterli (2001), o fenômeno criminal passa sob a interpretação da Vitimologia a ter três elementos integrantes: o fato, o criminoso (seu autor) e a Vítima, e não somente fato e autor. Segundo Cruz (2013), existem fatores endógenos e exógenos que influenciam uma pessoa a cometer um crime, assim:

[...] com minuciosos estudos nas searas da biologia, sociologia, psicologia e demais ciências afins, Enrico Ferri verificou que não é somente um fator que influencia na incidência da criminalidade. Fatores sociais (exógenos) e fatores internos (endógenos) incidem concomitantemente na trajetória de vida de uma pessoa, levando-a ou não ao mundo da criminalidade (CRUZ, 2013, p. 25).

Ainda Segundo Cruz (2013), pode-se definir que a endogenia reporta fatores biológicos, sendo a conduta humana classificada em normal e desviante, sendo a normal aquela aceita pelo grupo social e desviante a patológica. Quanto aos fatores exógenos, são conhecidos como fatores sociais, sendo que Shecaira (2008) considera que os fatores exógenos ou sociais mais comuns são:

- a) Fatores sócio familiares: menores carentes, violência intrafamiliar, crianças órfãs de pais e/ou mães, falta de planejamento familiar;
- b) Fatores socioeconômicos: pobreza, desemprego, subemprego, fome, desnutrição, migração;
- c) Fatores sócio-ético-pedagógicos:

falta de ensino-aprendizagem, evasão escolar, falta de formação moral; d) Fatores socioambientais: más companhias, senso de impunidade, desordenado crescimento populacional, péssima divisão de renda (SCHECAIRA, 2008, p. 253).

Já Baratta (2002), acredita no deslocamento do enfoque teórico do criminoso para as condições objetivas, estruturais e funcionais presentes na origem do desvio. Em segundo plano, verifica-se o deslocamento dos estudos das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais, pelos quais é construída a realidade social do desvio, e também para os mecanismos criadores das definições do desvio e da criminalidade.

Para Posterli (2001), se a vítima facilita, propicia a ocasião, fertilizado estará o terreno na paracultura ou subcultura do crime de mão beijada, sem grande esforço para o marginal o ouro ser-lhe-á entregue, muitas vezes à espreita das vítimas potenciais e desavisadas, em local costumeiro e pré-estudado para a conação delitiva, para as fases conativas do propósito delituoso. Veja-se então que a Criminologia em geral, como ciência do ser, e o Direito Penal, como ciência dogmática, normativa, têm por fundamento o binômio ou dupla, crime-criminoso, enquanto a Vitimologia especificamente, com o rigor que lhe é peculiar, perscruta a dupla vítima-criminoso.

Segundo Posterli (2001), algumas medidas deveriam ser tomadas, para ao menos amenizarem o alto índice de criminalidade em nossa pátria; nada mais são do que leis e fiscalização do seu cumprimento, melhoria das condições de vida, medidas preventivas e ação integrada entre setores, estado e sociedade, para atacar o mal pela raiz significa investir em instituições fundamentais, como a escola, assim como regulamentar o conteúdo das emissões de TV, de modo a evitar que haja incitação demais a um consumo impossível para os pobres.

De mesmo modo define Penteadado Filho (2014), que existem três fontes de prevenção, sendo a primária, secundária e terciária, em que a primária ataca a raiz do conflito (educação, emprego, moradia, segurança etc.), o que impõe ao Estado a implantação progressiva dos direitos sociais, instrumentos preventivos de médio e longo prazo. A Secundária Destina-se a setores da sociedade que podem vir a padecer do problema criminal e não ao indivíduo, manifestando-se a curto e médio prazo de maneira

seletiva, ligando-se à ação policial, programas de apoio, controle das comunicações etc., já a terciária é voltada ao recluso, visa a ressocialização ou recuperação com o fim de evitar a reincidência e o retorno ao sistema prisional, realiza-se por meio de medidas socioeducativas, como a labor-terapia, a liberdade assistida, a prestação de serviços comunitários etc.

Portanto, neste tópico buscou-se trazer ao leitor uma visão do problema por outro viés. No próximo tópico destacar-se-á relação com o Direito Penal, para que se possa concluir como este ramo do Direito pode utilizar-se de meios desta interdisciplinaridade e prover uma nova alternativa.

### 3. A Vitimologia pelo âmbito atual do Direito Penal brasileiro

A partir deste tópico se fará uma análise mais aprofundada da Vitimologia e sua interação com o Direito Penal, com enfoque no Código Penal, com o fim de esclarecer de qual forma a Vitimologia é utilizada.

Conforme Oliveira Neto (2016), o direito penal, desde a escola clássica concentra seus estudos no trinômio delinquente, crime e pena, como percebido na primeira parte deste artigo. No entanto com a evolução da teoria da Vitimologia a vítima ganhou considerável espaço, porém fica evidenciado e indubitado que a pena para o crime sempre foi objetivo nodal da Criminologia.

Para Oliveira (2005), de forma genérica, o enfoque da vítima na legislação brasileira sempre foi normativo, focado na qualidade ou condição de alguém que sofre ou recebe as consequências de uma ação ou omissão, “a vítima é o sujeito passivo da infração penal. É o titular do bem jurídico tutelado, quem sofre as consequências do fato criminoso” (MOREIRA FILHO, 1999, p. 51). O código de Processo Penal usa muitas vezes outros vocábulos para se referir a vítima, tais como ofendido e lesado, o que realmente implica numa falta de uniformização terminológica.

Assim segue a conceituação de Fernandes e Fernandes sobre vítima:

Vítimas são pessoas que sofreram dano, individual ou coletivamente, sejam de cunho físico ou emocional, econômico ou impossibilidade de usufruir de seus direitos fundamentais, através de ações ou omis-

sões que constituem fatos típicos, até mesmo as que se referem a abuso de poder(FERNANDES; FERNADES, 2002, p. 460).

Neste diapasão, Florenzano (2017) define que a gênese do delito esclarece e pode evitar futuras ações delituosas, protegendo a vítima e educando o criminoso.

Por outro norte, o Direito Penal designa duas entidades diferentes como sendo a legislação penal e a interpretação desta mesma legislação, “suas relações com os demais elementos integrantes dos fenômenos em que é engendrada, é imperioso destacar sua íntima ligação ao direito penal” (OLIVEIRA NETO, 2016, p. 23).

Segundo Oliveira (2005) a análise da vítima, como sujeito passivo, compreende as seguintes hipóteses:

- a) Os limites da relação entre autor (sujeito ativo) e vítima (sujeito passivo), considerando qualidades ou condições pessoais da mesma; b) A natureza do interesse ou bem juridicamente protegido pela lei penal concernente a vítima; c) A situação do sujeito passivo ante a caracterização do elemento subjetivo do crime, isto é, da culpabilidade; d) O desempenho do sujeito passivo no eixo da infração, como seu possível consentimento ou concorrência de culpa; e) O papel do sujeito passivo em relação às condições ou circunstâncias do crime, a exemplo do que acontece com as causas de justificação do ilícito (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito); f) O sujeito passivo face às circunstâncias ou elementos acessórios que influem na gravidade ou atenuação dos efeitos do crime (majoração da pena, abrandamento da pena ou medida de segurança); g) A conduta do sujeito passivo após a realização do crime, no que concerne à processualística criminal, como nos casos de perdão, da renúncia e da retratação (OLIVEIRA, 2005, p.217-218).

Conforme Bitencourt (1987), o Código Penal e o Código de Processo Penal, não possuem uma conceituação explícita ou classificação no que tange a vítima, porém sua presença encontra-se nas partes geral e especial do Código Penal, bem como em diversos artigos do Processo Penal, estas se encontram em condições ou qualidades que garantem a conceituação,

qualificação ou exclusão do crime para o Estatuto Penal e a validade e forma no processo.

Neste mesmo viés se tem as palavras de Florenzano:

O Código Penal não contempla a definição clara de vítima, porém, ela é mencionada na Parte Geral e na Especial, através de “condições, qualidades ou atributos, com que se conceitua ou se qualifica ou se exclui o crime, ou com que a pena principal é diminuída, atenuada, aumentada ou agravada, ou com que a pena acessória é aplicada (FLORENZANO, 2017, p. 115).

Diante do que foi até então exposto, Oliveira Neto (2016), define de um modo mais específico e peculiar, comparado com legislações de outros países, que a Vitimologia não está divorciada do Direito Penal brasileiro, o que fica claro e de fácil interpretação ao visualizar vários dispositivos do Código Penal.

É o que se infere, por exemplo, do caput do seu artigo 59, *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, **bem como ao comportamento da vítima**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (Grifo meu) (BRASIL, 1940).

Segundo Oliveira Neto (2016), este dispositivo representa a principal mudança concernente ao estudo da vítima no Brasil, qual seja a colocação da vítima (e suas circunstâncias) no centro do debate criminológico. Mas esse não foi único dispositivo que encontra influência da Vitimologia, pois conforme se tem o aparecimento de crimes de lesões corporais em sintonia com o conceito da precipitação de vítima, em regra o estado vitimal apresenta, nesses delitos, as mesmas características do que sucede com homicídio, suicídio ou eutanásia, distinguindo-se apenas, evidentemente, pela consequência da menor gravidade.

Baseado em Posterli (2001), a nova parte geral do Código Penal pátrio (Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), na aplicação de pena para prevenção e reprovação do delito (artigo 59), passou a exigir do juiz que se

considere o comportamento da vítima. Ora, é uma adoção dos princípios vitimológicos na reforma penal brasileira.

Moreira Filho (1999), define que existem crimes precipitados pela vítima, a exemplo do crime de estelionato, um tipo de crime em que é corrente a precipitação da vítima, não fosse a ganância da vítima, sua ânsia em ganhar dinheiro fácil, certamente não ocorreria o crime. Em que pese o ato de obter para si ou para outrem vantagem ilícita, significa em sua gênese que uma pessoa tentou enganar outra, a vítima nesse caso não é tão vítima assim, pois foi alvo de seu ego e ambição em uma busca por enganar outro, acreditou que iria ter benefício, mas ao fim teve prejuízo, se tem um desonesto aplicando um golpe em outro desonesto, não há que se falar no bem jurídico tutelado nesse caso, mas sim da real intenção da vítima.

Oliveira Neto (2016), menciona os crimes culposos de trânsito, sendo que a jurisprudência dos tribunais de segundo grau, já se utiliza deste ramo do conhecimento sendo praticamente uniforme ao reconhecer absolvição do autor, quando comprovado que o fato se deu por culpa exclusiva da vítima, seria o caso do indivíduo habilitado que, ao dirigir o seu automóvel com a devida atenção em velocidade compatível com o limite permitido, se depara com uma vítima, que voluntariamente se atira por sobre o veículo e morre, impossibilitando-o de evitar o fato, para o qual de não concorreu.

O comportamento da vítima apenas deve ser decisivamente para a prática do delito, devendo tal circunstância ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime, não sendo possível, portanto, considera negativamente na dosimetria da pena (STJ. HABEAS CORPUS: HC 255231-MG 2012/0202362-3).

Oliveira Neto (2016), ainda menciona que existem outros crimes com a presença da vítima provocadora ou patológica, em que é possível após comprovado nos autos que a vítima agiu determinadamente para ocorrência delitiva, ou seja, sem sua conduta o crime não teria ocorrido.

Souza (1998), verifica que no Direito Penal brasileiro, a vítima nunca é punida pelo juiz criminal, contudo, o seu comportamento pode



influir na aferição da responsabilidade penal do réu e na devida punição, tal fato reconhecido devido evolução da Ciência Penal ao absorver as modernas doutrinas da criminologia e da Vitimologia, as quais, desde o final da II Guerra Mundial, vem lutando para que a justiça Penal deixe de impor ao réu a totalidade das consequências do fato punível, quando a vítima, também é capaz de contribuir para a caracterização do crime em sua realidade fenomênica.

Para Oliveira Neto (2016) é mais completo e seguro proceder ao diagnóstico da personalidade do que se limitar à imagem do comportamento projetado no fato objeto de investigação, temperamento e caráter são de extrema importância para aferição do desenvolvimento da vítima na ação criminosa, exatamente porque, das bases desses componentes, podem surgir o desequilíbrio da conduta que incide em qualquer hipótese possível de precipitação ao crime no raio das variedades do fenômeno vitimológico. Portanto, quiçá em um futuro próximo, com os avanços da Vitimologia no campo do Direito, o art. 59 do Código Penal falará em comportamento e diagnose da personalidade da vítima.

Com o explanado buscou-se elucidar a relação da Vitimologia com o Direito Penal pátrio, com objetivo de focar na linha mestre do trabalho, ao qual importa a compreensão de como tal Ciência influi no supracitado ramo do Direito.

## Conclusão

O Direito Penal brasileiro sofreu alterações oriundas da Vitimologia, mas sua maior aplicação consta na dosimetria da pena com a previsão no artigo 59 do comportamento da vítima, no entanto com a constante criminalidade, urge certa necessidade de ir além e repensar a política criminal de nosso país, pensar em Vitimologia muito diferente do que alguns pensam, não é punir a vítima, mas sim preveni-la.

Para tanto o primeiro subtítulo deste artigo tentou denotar a concepção de crime no Direito Penal, pois acredita-se que essa visão não explica de forma totalitária o que significa o crime, pois acaba por esquecer de englobar o papel da vítima, um mal temerário que acaba por ignorar certos fatos, e assim passamos a ver o aumento da criminalidade de nosso

país, pois muitos pesquisadores acabam por romantizar e defender um viés e acabam por esquecer do todo. Partiu-se para o segundo subtítulo, com objetivo de entender o que é a criminalidade em sua gênese e sua percepção pela Criminologia e Vitimologia.

Ao terceiro subtítulo buscou-se conotar de que forma a Vitimologia é utilizada no Direito Penal atualmente, por óbvio seu uso ainda é limitado, muito embora tenha conquistado importante papel ano após ano, mas acredita-se que na medida que seu uso aumente nas demais ciências, se consiga mitigar o problema da criminalidade.

Torna-se necessária uma política voltada para prevenção, pois conforme brevemente esboçado visto o curto espaço para tratativa do tema, o crime ocorre quando existe uma interação entre vítima e criminoso, apontada como parelha criminal. Assim como Posterli (2011) afirma o Direito Penal não serve apenas para punir e a solução não está palpada nas leis apenas, outras ações devem ser tomadas para ao menos mitigar o problema da criminalidade.

## Referências Bibliográficas

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. 3 ed. São Paulo: Editora Universitária de direito, 1987.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 16<sup>a</sup>. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei N<sup>o</sup>. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei N<sup>o</sup> 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm)>. Acesso em 07 nov. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. Do instrumento de Delito. In:\_\_\_\_\_. **O Delito**. São Paulo: Editora Rideel, 2006, p. 24-28.

- CRUZ, Ronaldo da. A prevenção do delito no Estado Democrático de Direito: **Revista Ordem Pública**, Vol. 6, n.1, p. 11-25, semestre I, 2013. Disponível em <<http://www.acors.org.br/rop/index.php?p-g=revista>>. Acesso em 20 nov. 2018.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. Notas sobre a necessidade de os Aportes Criminológico-Críticos se verificarem no Cotidiano Processual-Penal. In: BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da; OLIVEIRA, Tiago Felipe de. *Quotidianus*. A Criminalização Nossa de Cada Dia. Foz do Iguaçu-PR: Editora Intelecto, 2016, p. 89-101.
- FERNANDES, Newton, FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. São Paulo: RT, 3ª Ed. 2010.
- FERRI, Enrico. O delinquente na lei, no processo e na execução da sentença. In: \_\_\_\_\_. **Delinquente e Responsabilidade Penal**. São Paulo: Editora Rideel, 2006
- FLORENZANO, Fernando Wesley. Vitimologia no Direito Penal brasileiro: aplicação prática específica. **Iuris in mente**: revista de direito fundamentais e políticas públicas. V. 2, n. 2, p. 106-127, jan.-jun., 2017. Disponível em <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/iuris/article/view/3113>>. Acesso em 04 jun. 2018.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HIPÓLITO, Marcello Martinez; TASCA, Jorge Eduardo. Superando o mito do espantinho – uma polícia orientada para a resolução dos problemas de segurança pública. Florianópolis: Editora Insular, 2012.
- MOREIRA FILHO, Guaracy. **Vitimologia**: O papel da vítima na gênese do delito. São Paulo. Editora Jurídica Brasileira, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.
- OLIVEIRA, Edmundo. **O crime precipitado pela vítima**: Le crime precipite par lavictime. Belém: Editora CEJUP, 1988.

- OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e Direito Penal**: o crime precipitado ou programado pela vítima. Uberaba MG: Forense, 2005.
- OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Legislação Penal e teoria da Vitimologia**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- POSTERLI, Renato. **Temas de Criminologia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- REALE, Miguel. Cultura, espírito e liberdade. In: **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SILVA, Leonardo Rabelo de Matos. A criminologia e a criminalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 13, maio 2003. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3645&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3645&revista_caderno=3)>. Acesso em 12 nov. 2018.
- SCURO NETO, Pedro. **Sociologia Geral e Jurídica**: manual dos cursos de Direito. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia e dos problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008
- SOUZA, José Guilherme de. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais**: Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- STJ. HABEAS CORPUS: HC 255231-MG 2012/0202362-3. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Dj: 04/03/2013. Jusbrasil. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23070276/habeas-corporus-hc-255231-mg-2012-0202363-3-stj/inteiro-teor-23070277>>. Acesso em 21 out. 2018.

# A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

*Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro*

## INTRODUÇÃO

No Processo Penal Brasileiro, as provas possuem um papel imprescindível, pois são por meio delas que o juiz fundamenta as razões de sua decisão, sendo indispensável a observância ao Princípio do Contraditório.

As fontes de provas obtidas fora do processo devem ser analisadas com cuidado, pois, além de permanecerem no poder do órgão de acusação, elas são, muitas vezes, difíceis de ser contraditadas pelo réu.

Assim, surge a Cadeia de Custódia com a finalidade de assegurar a todos os acusados o devido processo legal, bem como os recursos a ela inerentes.

Trata-se de um conjunto de regras e métodos destinados à preservação das fontes imprescindível ao Processo Penal.

Portanto, a Cadeia de Custódia compreende todo o caminho que deve ser percorrido pela prova, desde sua análise dentro do processo, até o seu trânsito em julgado, haja vista que qualquer interferência durante este trâmite, resulta na sua imprestabilidade.

Destarte, a ausência de cronologia acerca da existência da prova afronta a confiabilidade do material probatório, tanto na perspectiva de sua existência como no seu manuseio pelas autoridades legais, impedindo,

consequentemente, que o acusado desempenhe o seu exercício de defesa à luz da principiologia constitucional.

Desta forma, o presente artigo tem como finalidade perquirir as conseqüências da Quebra da Cadeia de Custódia, bem como seu conceito e o seu panorama atual no cenário brasileiro.

Nos primeiros capítulos serão abordadas a importância da prova no Processo Penal Brasileiro, bem como a importância da prova pericial. Posteriormente, será analisado o conceito de Cadeia de Custódia e a conseqüência de sua Quebra, corroborando com alguns julgados dos Tribunais Superiores.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em referências bibliográficas e em decisões jurisprudenciais.

## 2. A IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito determinam que o magistrado tenha acesso aos elementos probatórios indispensáveis ao fato.

Busca-se amparar as decisões em provas robustas e imparciais, que contribuam para convencimento do órgão julgador.

Um dos princípios essenciais do Processo Penal é o Princípio da Presunção de Inocência, que assegura que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Portanto, somente por meio do devido processo legal que órgão julgador pode chegar a um juízo de certeza que o permita a restringir a liberdade do então autor do crime.

Segundo Taruffo

(...) sendo destinada à apuração da verdade dos fatos, a decisão deve constituir o resultado de um procedimento racional, que se desenvolva segundo regras e princípios, ou seja, segundo método que permita seu controle e determine sua validade. (TARUFFO, 2012, p. 224).

Assim, as provas possuem um papel muito importante, qual seja, legitimar a decisão condenatória.

O juízo condenatório deve se fundar em um convencimento motivado, balizado pelas leis, e apenas provas robustas e perfeitas, que não deixem dúvidas quanto à possibilidade de inocência do acusado, possuem a aptidão para concedê-lo ao julgador. (BECCARIA, 1764).

O conjunto probatório, além de se preocupar com o resultado em si, deve observar procedimentos que viabilizem os Princípios da Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal.

As provas, apresentadas pela defesa e acusação ao magistrado, que permitem a sua decisão entre acolher ou refutar as teses apresentadas. Além de toda importância já demonstrada na formação da convicção do juiz, o elemento probatório importa na classificação do sistema processual penal.

Nas palavras de Nestor Távora

Nesse sentido, o processo dito inquisitorial é marcado pelo ativismo judicial na produção da prova, a qual pode ser ordenada de ofício pelo magistrado. Ao que se vê, nesse sistema é permitido ao juiz buscar diretamente a verdade dos fatos, ainda que para isso necessite investir-se no papel acusador. Referido sistema, típico de estados arbitrários, busca a verdade real, a verdade dos fatos, por ser esta apta a permitir a punição pelo Estado. (TÁVORA, 2015, p. 125).

Por fim, a prova, no Sistema Processual Penal, merece um tratamento de suma importância, que reserva à matéria um juízo de admissibilidade, englobando a validade, legalidade e fiabilidade do que pretende o discurso.

## 2.1 Da Prova Pericial

A prova pericial é de extrema relevância para a persecução penal, haja vista a imprescindibilidade do exame de corpo de delito nos casos em que a infração deixar vestígios.

À luz do artigo 158, do Código de Processo Penal

Art. 158: Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único: Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

I – violência doméstica e familiar contra mulher;

II – violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

O Princípio do Devido Processo Legal também exige a realização da prova pericial, pois ela tem a aptidão de contribuir na busca da verdade e na imparcialidade, quando comparada aos demais meios de prova.

A prova pericial pode, assim, ser entendida como um meio capaz de extrair elementos materiais de informações, que contribuirão para o convencimento do magistrado.

Para Nestor Távora

É o exame procedido por pessoa que tenha conhecimentos técnicos, científicos ou domínio específicos em determinada área do conhecimento. Afinal, não sendo o magistrado especialista em todas as áreas do saber, vale-se dos peritos para auxiliá-lo. (TÁVORA, 2015, p. 603)

A atividade pericial ocupa-se, portanto, da análise técnico-científica das fontes materiais da prova, tratando-se, pois, da análise científica de vestígios com o objetivo de extrair deles informações úteis ao processo.

Nesse contexto, constata-se que o valor da prova está diretamente relacionado à precisão e qualidade das análises realizadas. Para isso, necessário se faz a existência de fontes confiáveis elícitas uma vez que a contaminação da fonte contaminará também o resultado do estudo, interferindo negativamente na credibilidade do exame. (MENDRONI, p. 134).

Portanto, a busca, apreensão e manipulação da fonte de prova está, intimamente, relacionada com a qualidade e fiabilidade da prova pericial, tornando-se compreensível a importância da preservação das fontes de provas.



O Direito, com o seu *jus puniend*, na seara penal, vem ao longo da história, em busca da verdade trazida no processo. Com isso, a prova ganha destaque pelo resultado processual dela extraído.

Com a criminalística, não foi diferente. A partir da evolução das ciências forenses, notadamente com o advento, a partir do século XX, de novas técnicas que pretendiam levar ao Juiz as certezas advindas da ciência moderna como por exemplo, o exame de microcomparação balística e o exame de DNA, o mundo jurídico passou a apreciar a criminalística e a medicina legal pelos resultados processuais que elas proporcionavam. (GARRIDO; GIOVANELLI, 2009)

Desta forma, para que haja um resultado aproveitável ao processo, faz-se necessária que a perícia respeite todos os procedimentos e metodologias, que afastem qualquer incerteza quanto à sua credibilidade. Daí a importância da observância da Cadeia de Custódia das fontes de prova.

### 3. DO CONCEITO DE CADEIA DE CUSTÓDIA

No Processo Penal Brasileiro, as provas possuem um papel muito importante, pois “constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual”. (CAPEZ, 2012). É através dela que o juiz fundamenta as razões de sua decisão, sendo indispensável o respeito ao contraditório.

Segundo Dierle Nunes

O contraditório constitui faculdade e não obrigação da parte, tendo dois modos de exercê-lo: a) Preventivo, antecipado ou ex ante, consistindo naquele realizado no procedimento formativo do provimento; e b) sucessivo, postecipado ou ex-post, conceituado como aquele manifestado após a prolação do provimento visando o controle e a eficácia deste.

Vale lembrar que as fontes de provas obtidas fora do processo devem ser analisadas com cuidado, pois, além de permanecerem no poder do órgão de acusação, são, muitas vezes, difíceis de ser contraditadas pelo réu.

Desta forma, para Aury Lopes Júnior

O tema de provas exige a intervenção de regras de acreditação, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório, há que ser acreditado, legitimado, valorado desde sua coleta até sua produção em juízo para ter valor probatório. (JÚNIOR, 2017, p. 412).

Assim, surge a Cadeia de Custódia com a finalidade de assegurar a todos os acusados o devido processo legal, bem como os recursos a ela inerentes. Trata-se de um conjunto de regras e métodos destinados à preservação das fontes imprescindível ao Processo Penal.

O instituto Cadeia de Custódia é constituído por vários atos interligados, sem deixar lacuna, a fim de conferir segurança e confiabilidade ao processo. Todos os atos devem ser registrados, inclusive os profissionais que preservaram o local e os que manusearam os vestígios.

A Portaria número 82, da SENASP, conceitua Cadeia de Custódia como o “conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. (BRASIL, SENASP/MJ, 2014).

Deste modo, a Cadeia de Custódia compreende todo o caminho que deve ser percorrido pela prova, desde sua análise dentro do processo, até o seu trânsito em julgado, haja vista que qualquer interferência durante este trâmite, resulta na sua imprestabilidade.

Segundo Machado

Cadeia de Custódia é procedimento preponderante e de suma importância para a garantia e transparência na apuração criminal quanto à prova material, sendo relato fiel de todas as ocorrências da evidência, vinculando os fatos e criando um lastro de autenticidade jurídica entre o tipo criminal, autor e vítima. (MACHADO, 2009, p.18).

Vários elementos são necessários a execução dos procedimentos do fenômeno denominado cadeia de custódia da prova pericial, tais como:

recipientes adequados, lacres, tubos de vacutainer com tampa cinza, seringa, luvas, fitas antiviolação, etiquetas, caixas térmicas, geladeiras, freezers, embalagem plástica com rótulo de descrição e lacres, maquina seladora, anticoagulante, espátula, presença de histórico, máquina fotográfica além do tratamento técnico-científico rigoroso do profissional perito criminal e seu auxiliar no momento da execução.

Pelo exposto, percebe-se que a Cadeia de Custódia está, intimamente, ligada à integridade, autenticidade e originalidade da prova, sendo imprescindível para a qualidade do resultado do exame pericial que o corpo de delito mantenha características que possuía quando foi coletado.

Portanto, a quebra ou ausência da Cadeia de Custódia é, extremamente, danosa ao Sistema Processual Penal.

### 3.1 A Ilícitude da Prova em decorrência da Quebra da Cadeia de Custódia

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988 estabelece o Princípio da Vedação das Provas Ilícitas.

À luz do artigo 157, do Código de Processo Penal

Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. §1. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. §2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. §3. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Desta forma, impõe-se a exclusão de toda e qualquer prova obtida por meio ilícito do processo, restringindo-se, assim, a liberdade probatória na busca da verdade processual.

Faz-se importante mencionar que a doutrina diferencia prova ilícita de prova ilegítima, sendo a primeira relacionada à norma de direito material e a segunda, à norma de direito processual.

O Sistema Processual Penal prevê, ainda, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, admitindo que a prova ilícita pode se configurar por derivação, devendo, assim, ser desentranhadas a prova obtido por meio ilícito e todas aquelas que foram conseguidas a partir dela.

### Segundo Prado

Como observado anteriormente, a ausência ou quebra da cadeia de custódia geram imensos prejuízos ao processo que se diz harmônico ao estado de direito por causar dúvidas sobre a autenticidade e integralidade da coisa submetida a exame, abrindo espaços para obtenção de provas por métodos ilícitos. Isso afrontaria princípios valorosos à processualística penal ao influenciar negativamente a validade da prova produzida e confiabilidade do resultado do exame. (PRADO, 2005, p. 127).

O estudo da Cadeia de Custódia se relaciona com institutos, teorias e princípios do processo penal, imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito.

Assim, faz-se necessária a análise acerca das consequências da Quebra da Cadeia de Custódia, pois não obstante a ausência de legislação acerca do tema, podemos apontar as principais repercussões, trabalhando-se com os princípios constitucionais.

Nas palavras do ilustre doutrinador Aury Lopes Júnior

A cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico. (JÚNIOR, 2017, p. 412)

Desta forma, é obrigação do Estado garantir ao acusado que toda prova obtida será devidamente custodiada e, posteriormente, periciada, a fim de que seja respeitado o Princípio do Contraditório, bem como o questionamento acerca da confiabilidade probatória.

Imagine-se, por exemplo, que haja fundadas dúvidas acerca da identidade de uma prova, em virtude da ausência de documentação quando de sua apreensão. Nesta situação, o desrespeito aos procedimentos necessários à confiabilidade da Cadeia de Custódia, acarretarão a ilicitude de tal prova.

Assim, a ilicitude da prova é adotada em razão da impossibilidade de se refazer o caminho empregado no meio de investigação que resultou na obtenção de prova, haja vista que não seria possível praticar o ato probatório novamente, sendo tal material terminantemente excluído.

Segundo Geraldo Prado

O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreo das provas às fontes de provas (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de provas e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos.

Destarte, a ausência de cronologia acerca da existência da prova afronta a confiabilidade do material probatório, tanto na perspectiva de sua existência como no seu manuseio pelas autoridades legais, impedindo, conseqüentemente, que o acusado desempenhe o seu exercício de defesa à luz da principiologia constitucional.

Portanto, a Quebra da Cadeia de Custódia da Prova tornará, à luz dos artigos 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e 157, do Código de Processo Penal, a prova ilícita, com sua exclusão do processo. Por fim, caso se comprove que os elementos probatórios produzidos posteriormente guardam direta e imediata vinculação com a prova obtida mediante violação à Cadeia de Custódia, culminará na contaminação de todos os elementos informativos da atividade persecutória Estatal.

#### 4. DA POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os Tribunais Superiores coadunam com a ideia da integralidade fiabilidade da Cadeia de Custódia. Caso contrário, a prova obtida poderá ser considerada ilícita, contaminando toda a persecução penal.

Ratifica-se o aludido com os julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONDOTA TIPIFICADA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº. 11.343/2006 - RECURSO DEFENSIVO - PRELIMINARES - ILICITUDE DA PROVA - VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE - QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA - REJEIÇÃO - ABSOLVIÇÃO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 - INVIABILIDADE - DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO III, ART. 40, LEI Nº 11.343/2006 - NÃO CABIMENTO - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO - INVIABILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - MANUTENÇÃO.

Nos crimes de natureza permanente, enquanto perdura a fase de consumação, há situação de flagrância, sendo prescindível a apresentação de mandado de busca e apreensão, desde que haja fundadas razões para tanto, ainda que justificadas a posteriori. (Precedente do STF). Em sendo o inquérito policial peça meramente informativa, eventuais irregularidades em seu teor não possuem o condão de contaminar o processo judicial. Atestando os laudos periciais, preliminar e definitivo, a presença de substâncias ilícitas nos materiais apreendidos, não há falar-se em nulidade por ausência de comprovação da materialidade delitiva. Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas e inexistindo causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade deve ser mantida a condenação pelo delito de tráfico de drogas. Não basta para a desclassificação do delito a mera alegação de que o acusado é usuário de substância entorpecente, circunstância que é perfeitamente compatível com o crime de tráfico previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Demonstrado nos autos que os réus realizavam o tráfico de drogas nas imediações de estabelecimento de ensino, deve ser mantido o reconhecimento da incidência da causa de aumento prevista no inciso III, do art. 40, da Lei nº 11.343/06.

Aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e considerando o quantum de pena fixado é viável a fixação de regime prisional diverso do fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, devendo ser observados os critérios estabelecidos no art. 33, § 2º, e alíneas e § 3º, do Código Penal. Viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP.

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - OCORRÊNCIA-FALTADEMANIFESTAÇÃO SOB REPREENSÃO DEDUZIDA EM APELAÇÃO - LACUNA PREENCHIDA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO EMBARGADA. Se nas razões recursais os embargantes, como consequência da nulidade referente à quebra da cadeia de custódia probatória por eles arguida, postularam a própria desconstituição da denúncia e, por consequência a extinção da ação penal e a questão não foi devidamente examinada no acórdão, deve a omissão ser sanada com o exame da matéria, para suprir a lacuna invocada

Desta forma, impõe-se a exclusão de toda e qualquer prova obtida por meio ilícito do processo, restringindo-se, assim, a liberdade probatória na busca da verdade processual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o Processo Penal, busca, desde a sua origem, acompanhar a evolução das garantias fundamentais indispensáveis ao Estado Democrático do Direito.

A verdade passa a ser analisada nos limites dos princípios constitucionais. Assim, como consequência disso, surge a criminalística, baseada em artifícios consolidados pela comunidade científica.

Com o avanço tecnológico aplicado à elucidação da atividade criminosa, a prova pericial ganha ainda mais relevância no processo penal. Tal prova pode, assim, ser entendida como um meio capaz de extrair elementos materiais de informações, que contribuirão para o convencimento do magistrado.

No que tange aos exames periciais, é imprescindível os procedimentos destinados ao manuseio e a custódia das fontes de prova, pois disso dependerá a correspondência entre a verdade trazida ao processo pelo discurso do perito e a realidade fática em análise.

A Cadeia de Custódia é o conjunto de regras e métodos destinados à preservação das fontes imprescindível ao Processo Penal.

Trata-se de vários atos interligados, sem deixar lacuna, a fim de conferir segurança e confiabilidade ao processo. Todos os atos devem ser registrados, inclusive os profissionais que preservaram o local e os que manusearam os vestígios.

A importância de se buscar uma decisão justa que garanta a possibilidade de contraditório e ampla defesa exige a observância de regras rígidas, que permitam a análise de todo procedimento de coleta e manuseio da prova.

O Direito não pode se preocupar apenas com o resultado da prova trazida aos autos, como também lançar sobre ela um juízo de admissibilidade baseado na adequação dos métodos utilizados com os princípios constitucionais e processuais.

A prova será proibida pelo Sistema Penal toda vez que violar a lei ou os princípios de direito material ou processual.

A inobservância ou quebra da Cadeia de Custódia implica na dúvida acerca da prova produzida, impossibilitando, assim, sua valoração em desfavor do réu.

Desta forma, é imprescindível a existência de um relatório cronológico que permita aos sujeitos processuais concluir sobre a integralidade da cadeia de custódia e validade da prova pericial, por manter inquestionável a integralidade da fonte probatória.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **A Teoria da Quebra da Cadeia de Custódia da Prova e as Nulidades do Processo Penal**. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/215875552/a-teoria-da-quebra-da-cadeia-de-custodia-da-prova-e-as-nulidades-do-processo-penal>. Acesso em: 05/06/2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Rideel, 2018.



CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARRIDO, Rodigo Graziolli; GIOVANELLI, Alexandre. Criminalística: origens, evolução e descaminhos. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas. Vitória da Conquista, p. 43-60, 2009. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/artcle/view-File/850/856>. Acesso em: 03/06/2019.

JÚNIOR, Aury Lopes. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. São Paulo: Saraiva, 2017.

JÚNIOR, Ettore. **A Cadeia de Custódia e a Prova Pericial**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21391/a-cadeia-de-custodia-e-a-prova-pericial>. Acesso em: 20/06/2019.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa**. In: DIDIER JR, Fredie (org). Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal**. 1ª ed. Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas**. IBCCrim, n. 262, setembro de 2014, p. 16-17.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michelle. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª ed. Salvador: JusPodvm, 2012.

# A DISPENSA DE PERÍCIA NOS CRIMES DE POLUIÇÃO AMBIENTAL DIANTE DA POTENCIALIDADE DE DANO À SAÚDE HUMANA

*Ulysses Monteiro Molitor*

## INTRODUÇÃO

O trabalho busca analisar o crime de poluição previsto no artigo 54 da Lei 9.605/98 e os efeitos de sua natureza formal no que se refere à potencialidade de dano para com a saúde humana.

Para tanto, serão estudados além de referenciais clássicos de direito penal, o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime em estudo dispensa a realização de perícia técnica, bem como o projeto de lei 10.430, de 2018, que tramita no Congresso Nacional e que explicita o citado entendimento jurisprudencial.

A premissa do Direito Ambiental é a incansável procura pela preservação do Meio Ambiente, não somente com a conscientização popular, mas com a criação de tipos penais quando as outras esferas do direito se demonstrarem insuficientes para que a proteção integral seja alcançada.

No entanto, a repressão penal deve estar amoldada às regras constitucionais no que se refere aos mandamentos penais e processuais penais.

## A TUTELA AMBIENTAL

O art. 225 da Constituição Federal, ao apresentar as premissas da proteção ambiental, afirma ser o meio ambiente bem de uso comum do povo,

sendo dever de toda a coletividade sua proteção, não podendo o direito penal ser excluído como mecanismo de proteção.

A tutela do meio ambiente surge com vigor no que se refere ao estudo do Direito Ambiental. Na lição de Elida Séguin e Francisco Carrera,

“Direito Ambiental, denominação mais ampla do que Direito Ecológico, é conceituável como o conjunto de leis, princípios e políticas públicas que regem a interação do homem com o Meio Ambiente para assegurar, através de um processo participativo, a manutenção de um equilíbrio da Natureza, um ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações.” (1999, p. 37).

Luiz Regis Prado ensina que “a luta pela defesa do patrimônio comum ecológico – de cunho verdadeiramente ecumênico – se converteu em um novo humanismo” (1992, p. 17), onde afirma que após a Conferência de Estocolmo, datada de 1972, “o grau de conscientização se generaliza e a proteção do ambiente torna-se um dos pilares da edificação de uma nova ordem internacional” (1992, p. 19), considerando o Direito Fundamental à qualidade do meio ambiente como um dos direitos sociais do homem.

Trata-se de Direito Fundamental considerando que são “prerrogativas iminentes à condição humana perante o Estado, reconhecidas num ordenamento jurídico que deve existir para garanti-las (dimensão constitucionalista)” (PRADO, 2000, p. 17).

Celso Antonio Pacheco Fiorillo pondera que:

“O bem ambiental existe efetivamente apenas através do filtro da valoração e da sublimação que o ser humano efetua ao atribuir ao bem natural um significado transcendente ao dado meramente material. De fato, para Malinconico, a sensibilidade humana modificou-se substancialmente, dando relevo e significado particulares a ‘quadros naturalísticos’, cuja conotação não advém exclusivamente da sua beleza estética, mas igualmente da sua correspondência com o assinalado equilíbrio.” (2000, p. 60).

Com efeito, o direito ambiental elenca um conjunto de regras objetivando a proteção da humanidade, regulando o uso equilibrado do meio ambiente pois, muito embora seja revestido predominantemente do caráter antropocêntrico, tem forte caráter ecocêntrico.

## O DIREITO CRIMINAL AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou de forma exaustiva sobre a questão ambiental, inserindo suas balizas em um capítulo próprio onde, no artigo 225, aclara em seu caput que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Incumbe ainda ao poder público, entre outros aspectos, o dever de preservação e restauração de processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Seu parágrafo 2º impõe àquele que explorar recursos minerais, a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente.

Não obstante, cabe maior destaque ao § 3º assim disposto:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal apresentou uma ordem expressa para criminalização de condutas danosas ou nocivas ao meio ambiente, exigindo a repressão criminal e administrativa em face daqueles que cometam atividade prejudicial ao meio ambiente, explicitando, inclusive, que tal punição independe da reparação do dano.

A Constituição não se limitou apenas à reparação do dano, mas na efetiva proteção ao meio ambiente, buscando com maior vigor que o agente evite a prática do dano, garantindo efetividade da proteção ambiental para proteção das atuais e futuras gerações.

Tal preceito passou a ser dotado de efetividade em 1998, com o advento da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 12/02/1998), onde foi apresentada a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, além da disposição de sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

No entanto, para a criação dos tipos penais, a fim de que não ocorram vícios de constitucionalidade, deve ser buscada harmonia e obediência aos fundamentos do Direito Constitucional pátrio, bem como a preceitos conceituais penais e processuais penais.

No art. 5º da Constituição Federal estão previstos os fundamentos de direito penal e processual penal no âmbito dos direitos e deveres individuais e coletivos da pessoa humana e que buscam a proteção dos valores mais importantes da sociedade.

A criminalização da conduta só pode ser exteriorizada quando houver lesividade frente ao Estado Social do fato que se apresenta como criminoso, sendo relevante a discussão no estudo do direito penal ambiental já que os tipos penais ambientais, em grande parte, se exteriorizam como tipos penais abertos, normas penais em branco, não havendo muitas vezes uma descrição precisa.

Ademais, os tipos penais trabalham com a antecipação do momento consumativo, criminalizando condutas onde ainda não houve a ocorrência do dano ambiental, devendo ser utilizados com cautela, sob pena de se confundir a cogitação e a prática de atos preparatórios com o início da consumação do crime, já que a norma, ao definir o crime, deve ajustar-se com extrema fidelidade ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos.

Outrossim, o crime ambiental tem um enfoque preventivo pois, na medida em que pode significar uma potencial privação de liberdade, exterioriza seu caráter intimidatório, bem como um caráter repressivo quando as sanções são efetivamente aplicadas (PRADO, 2000, p. 37/38).

Não podemos esquecer, no entanto, que a proteção penal, é recurso de aplicação extrema utilizado pelo Estado em face das ações ilícitas, e

que apenas tem justificativa nos casos de bens jurídicos fundamentais quando a aplicação real ou potencial dos outros mecanismos jurídicos, administrativos e civis, não tenham sido suficientes para a efetivação da tutela do bem ambiental, sendo de rigor observar que a aplicação da tutela penal deverá ser utilizada apenas quanto a lesões de maior gravidade (PRADO, 2000, p. 89).

Isto porque o direito penal é o “conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e a validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas” (BATISTA, 2001, p. 24), tem por escopo proteger os valores do homem na sociedade, e visa cumprir suas finalidades dentro da sociedade.

A proteção por intermédio do direito penal tem essencial importância na defesa dos interesses ambientais, pois se mostra como eficaz meio de proteção ao bem ecológico em face da ineficácia das medidas civis e administrativas, trazendo ainda um fator que incrementa a defesa do meio ambiente, consistente no temor que o processo penal e suas punições causam perante o sujeito autor dos fatos e a repercussão do processo perante a sociedade.

A proteção eficaz do meio ambiente não seria possível sem o auxílio do Direito Penal. Daí, a consequência do fato de que em vários países, foram tipificadas criminalmente condutas atentatórias ao ambiente (MUKAI, 1994, p. 75).

Na busca pela prevenção e pela reparação do dano, devem ser afastados argumentos infraconstitucionais em prejuízo da proteção ambiental que não estejam em consonância com os fundamentos constitucionais de direito ambiental e direito criminal.

A proteção ambiental é a tutela da vida em todas as suas formas para as atuais e futuras gerações. Não se admite que o dano ambiental ocorra para que só então surja uma reprimenda criminal, estando a lei em perfeita consonância ao prestigiar os crimes de perigo.

A lesividade contra o bem ambiental deve sempre ser observada com a máxima atenção pois os danos são, muitas vezes, desconhecidos, e em muitos casos, tais efeitos nocivos somente serão conhecidos décadas depois.

A lei cumpre seu papel na proteção ambiental pois não se poderia admitir, em prejuízo do bem ambiental, que se aguardasse a ineficácia da

proteção administrativa para que apenas posteriormente fosse utilizada a proteção penal. Seria ineficaz a tutela criminal se o bem jurídico tutelado já tiver sido destruído.

## A LEI DOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE

A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe, entre outras providências, sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, também conhecida como Lei dos Crimes Ambientais.

Os tipos penais que são denominados de crimes ambientais, crimes contra o meio ambiente, crimes ecológicos ou ainda, crimes contra a natureza, sendo considerados delitos de desobediência que se caracterizam quando as normas administrativas ambientais não são cumpridas (CERNICCHIARO; COSTA JÚNIOR, 1996, p. 285).

Ensina Tailson Pires Costa que o Estado “estabelece um conjunto de normas penais, que descrevem o ilícito penal e cominam penas, com o objetivo de prevenir a conduta típica ou punir o indivíduo que venha a transgredir estas normas” (COSTA, 2000, p. 37).

A norma completou a estrutura legislativa reconhecida na Constituição Federal relativa a proteção do meio ambiente, devendo sua eficácia ser reconhecida.

Para que tal efetividade seja ainda maior, se impõe a adequação da norma por meio de alterações legislativas e interpretações pertinentes, mais adaptadas ao período contemporâneo (FREITAS, 2006, p. 14).

## O CRIME DE POLUIÇÃO AMBIENTAL

A seção III do capítulo V dispõe sobre a Poluição e outros crimes ambientais nos artigos 54 a 61, prevendo no artigo 54 o crime de poluição que se consuma havendo ou não danos à saúde humana, mortandade de animais ou destruição a flora, exteriorizando-se o crime em modalidade simples (caput), culposa (§ 1º) e qualificada (§ 2º), tratando-se de tipo penal aberto.

O crime de poluição assim está disposto na lei:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

A questão do debate se apresenta na primeira parte do caput do crime de poluição onde dispõe sobre “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana”, exigindo que a lei que a poluição seja capaz de causar danos a saúde humana.

Poluição é uma situação que deixa vestígios e, desta forma, passa a ser ponderada sobre a necessidade ou não de realização de perícia técnica.



O art. 158 do Código de Processo Penal é claro ao afirmar que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Corpo de delito é a exteriorização do crime no plano material. É a prova da materialidade em crimes de que se apresentam no mundo naturalístico.

Em crimes que deixam vestígios, se faz obrigatória a presença da perícia a fim de se demonstrar cabalmente a existência do crime, não se mostrando suficiente a potencialidade do dano para com a saúde humana.

Sem embargo, a Terceira Seção do STJ afirmou que esta primeira parte do art. 54 da Lei 9.605/98 não exige perícia por ser um crime de natureza formal.

A decisão afirmou que:

*“O delito previsto na primeira parte do artigo 54 da Lei n. 9.605/1998 possui natureza formal, sendo suficiente a potencialidade de dano à saúde humana para configuração da conduta delitiva.”* (REsp 1.417.279-SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, por unanimidade, julgado em 11/04/2018, DJe 20/04/2018)

Na mesma toada, o projeto de Lei 10.430/2018 que tramita no Congresso Nacional, de autoria do Deputado Federal Cleber Verde, busca a inserção de um quarto parágrafo no artigo 54 da Lei dos Crimes Ambientais dispondo que:

§ 4º a potencialidade de dano à saúde humana é suficiente para configuração da conduta delitiva, haja vista a natureza formal do crime, não se exigindo, portanto, a realização de perícia.

O Deputado Federal, que também é advogado, apresenta como justificativa à mudança legislativa considerando que:

Cinge-se a controvérsia se é necessária a realização de perícia técnica para a comprovação do dano efetivo à saúde humana no que tange à caracterização de crime ambiental consubstanciado em causar poluição de qualquer natureza. O delito previsto na

primeira parte do artigo 54, da Lei n. 9.605/1998, possui natureza formal, porquanto o risco, a potencialidade de dano à saúde humana, é suficiente para configurar a conduta delitiva, não se exigindo, portanto, resultado naturalístico e, conseqüentemente, a realização de perícia. Nos casos em que forem reconhecidas a autoria e a materialidade da conduta descrita no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/1998, a potencialidade de dano à saúde humana é suficiente para configuração da conduta delitiva, haja vista a natureza formal do crime, não se exigindo, portanto, a realização de perícia.

Sem prejuízo da manifestação do STJ e do Parlamentar, crimes formais ou de mera conduta são os decorrentes da pura e simples ação ou omissão do agente delituoso que, por consequência, não admitem a forma tentada.

Assim, de rigor algumas considerações tendo em vista a mudança do panorama jurisprudencial do crime de poluição e a movimentação para alteração da lei.

Segundo Miguel Reale Junior:

“Crimes formais, ou de ação, são os crimes cujo tipo proibitivo contenta-se em descrever a conduta, sem mencionar o resultado natural que se liga a esta conduta por nexos de causalidade. Por esta razão, não há evento destacado da ação nos crimes formais, pois a descrição da proibição incriminada cinge-se à conduta, sendo que o resultado coincide com esta, sem menção no tipo penal dos eventuais resultados decorrentes da ação praticada ou omitida” (REALE JR, 2002, p. 269).

Enrico Ferri ensinou que:

“crime formal é aquele que juridicamente é consumado pelo único fato cometido, sem que sejam precisas conseqüências jurídicas para o tornar perfeito. Crime material é, pelo contrário, aquele que não se pode dizer consumado se não se verificar o evento antijurídico, que o delinquente se propôs a produzir” (FERRI, 1998, p. 539).

O crime formal descreve um resultado que não é exigido para sua consumação, bastando que seja demonstrada a intenção criminosa e a potencialidade do dano (BITENCOURT, 2010, p. 253).

Cabe afirmar ainda que os crimes formais não se confundem com os delitos de mera conduta já que estes não possuem resultado e aqueles possuem resultado, mas tem sua consumação antecipada à produção (JESUS, 2010, p. 231).

Objetivando o crime de poluição a tutela ao meio ambiente e a incolumidade pública, nada mais razoável que este momento consumativo seja antecipado.

No entanto, quanto a conduta do agente, cabe ressaltar que esta se apresenta quando o agente dá causa a poluição de qualquer natureza e age de forma dolosa.

Muito embora não tenha aplicação direta para a lei de crimes ambientais, o legislador traz o conceito de poluição no art. 3.º, III, *a* e *e*, da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) ao dispor que:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

No aspecto penal, “podemos definir poluição como o ato de lançar, derramar, jogar, emitir etc., no meio ambiente, substâncias ou energias poluentes de qualquer natureza” (GOMES; MACIEL, 2010, p. 923).

Além disto,

O tipo penal ainda contém um elemento normativo do tipo, constante na expressão *em níveis tais*. Isso significa que só haverá o delito se ocorrer poluição em níveis elevados, que *resultem* (crime de dano) ou *possam resultar* (crime de perigo concreto) danos à saúde humana, *mortandade de animais* (silvestres, domésticos ou domesticados), ou *destruição significativa da flora* (GOMES; MACIEL, 2010, p. 924).

Diante de tais fatos, tal situação se mostra aparentemente agressora de direitos da pessoa incriminada na medida em que a ausência de exame pericial impede o sujeito passivo de demonstrar a inexistência de lesividade à saúde humana ou ainda, que o ato o praticado não pode ser caracterizado como poluição.

Indispensável o exame pericial para se verificar a potencialidade da poluição pois o perigo efetivo ou dano a saúde humana deve estar claro que ocorreu de modo significativo para que seja considerado lesivo ao meio ambiente. “Nesse sentido: Vladimir e Gilberto Passos de Freitas 245 que ensinam ser a perícia ‘indispensável para que se ateste a efetiva existência de perigo a saúde ou de dano a saúde humana ou efetivo dano com a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora’” (GOMES; MACIEL, 2010, p. 925).

A perícia se mostra fundamental nos crimes de poluição, notadamente para que seja obedecido o preceito do art. 158 do CPP que exige para os delitos que deixam vestígios o exame pericial, objetivando a prova da materialidade (NUCCI, 2010, p. 998).

Com efeito,

“Em crimes que deixam vestígios materiais deve haver, sempre, exame de corpo de delito. Preferencialmente, os peritos devem analisar o rastro deixado pessoalmente” (NUCCI, 2014, p. 346).

A perícia, que é um exame realizado por especialistas, é meio de prova que demonstra de forma inequívoca a materialidade do delito que deixa vestígios. Ademais, mesmo antes do início do processo penal, para que a prova não pereça, “deve a autoridade policial, tão logo tenha conhecimento da sua prática, determinar a realização do exame de cor-

po de delito (art. 6.º, VII, CPP), que é essencialmente prova pericial” (NUCCI, 2014, p. 348).

Relevante a constatação técnica quanto ao nível de poluição causado já que “é importante ainda frisar que para a fixação e gradação da pena, o juiz deverá levar em conta as consequências da infração para o meio ambiente e para a *saúde humana*, (art. 6.º, I)” (GOMES; MACIEL, 2010, p. 922).

Com efeito, afastar a necessidade de perícia simplesmente com base na natureza formal do delito agride o direito a ampla defesa do acusado que se vê enquadrado um desmedido rigor da lei, sendo condenado tão somente com provas unilaterais do acusador que tão somente afirma a potencialidade de dano sem efetivamente demonstrar qual potencialidade é essa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ambiental é composto por um conjunto de regras que visa a proteção da existência da humanidade e que tem por escopo regular de maneira equilibrada as relações do homem e a natureza em todas as suas formas.

O parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal apresentou um mandato expresso para criminalização de condutas danosas ou nocivas ao meio ambiente em face de pessoas físicas ou jurídicas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

As sanções penais ambientais visam assegurar o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na defesa e preservação de bens ambientais para as presentes e futuras gerações, ou seja, para a proteção da vida em todas as suas formas.

O preceito foi efetivado em 1998, com a Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 12/02/1998), com a disposição de sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

No artigo 54, em sua primeira parte do caput do crime de poluição na parte que dispõe “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana”, exigiu a lei que a poluição seja capaz de causar danos a saúde humana.

Sem embargo, o STJ passou a adotar o entendimento da dispensa de perícia para estes casos diante da natureza formal do delito, raciocínio este

que está presente em projeto de lei a fim de incorporar na lei de crimes ambientais a dispensa de realização do exame técnico.

Não obstante, tal entendimento se mostra inadequado tendo em vista o prejuízo ao réu no que se refere ao exercício da ampla defesa que se vê impedido de demonstrar que a alegada poluição é ou não potencialmente danosa, além do fato de que o diploma processual penal faz expressa exigência quanto a realização de perícia nos crimes que deixam vestígios.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3<sup>a</sup> ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

COSTA, Tailson Pires. **Penas Alternativas: Reeducação adequada ou estímulo à impunidade?**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal Ecológico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 2<sup>a</sup> ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza (de acordo com a Lei 9.605/98)**. 8<sup>a</sup> ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. **Legislação Criminal Especial. Coleção Ciências Criminais. Vol. 6** (Coord. Luiz Flavio

Gomes e Rogério Sanches Cunha). Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte Geral 1º volume**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5 Ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11 Ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2014.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente: fundamentos**. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. **Lei dos Crimes Ambientais**. Rio de Janeiro: Esplanada, 1999.

# O DIREITO PENAL DO INIMIGO À LUZ DO SISTEMA PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

*Ulysses Monteiro Molitor*

## INTRODUÇÃO

O aumento da criminalidade, atingindo bens jurídicos de relevante expressão e praticamente ignorando as leis penais vigentes, alardeiam cada vez mais a população, impactando sobremaneira a ação dos três poderes que se veem compelidos a apresentar uma eficiente resposta à sociedade.

Inaceitável que o direito criminal fique alheio às ações ordenadas de grandes grupos criminosos que espalham o medo e praticam sistematicamente crimes contra a coletividade.

Mas dentro de um Estado Democrático de Direito, tais condutas não podem ser reprimidas de maneira inquisitiva, sem obediência aos direitos e garantias fundamentais constitucionais e postulados de Direitos Humanos.

O direito penal na atualidade deve se apresentar com maior rigor nos crimes de maior gravidade que devem ser punidos e evitados de forma mais efetiva, restando analisar se a utilização de conceitos do direito penal do inimigo dentro do ordenamento jurídico penal brasileiro agride frontalmente os direitos e garantias constantes na Constituição Federal Brasileira.

A metodologia foi a de um estudo descritivo e analítico, por meio de pesquisa bibliográfica, mediante uma abordagem qualitativa, explorando



o tema com informações, e descritiva, objetivando esclarecer seu conteúdo, demonstrando, assim, a aplicação dos mencionados conceitos.

## DIREITOS HUMANOS

Sobre Direitos Humanos, Eugenio Raúl Zaffaroni esclarece que:

“No auge do horror bélico, em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia das Nações Unidas proclamou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, como ‘ideal comum a ser alcançado por todos os povos e todos os homens’. A Declaração representa uma baliza ou limite aos ‘direitos naturais’. Não em vão se havia observado que devia plasmar uma ‘ideologia prática’ (MARITAIN). Desde então a Declaração e todos os alicerces em plena construção de um sistema internacional de garantias aos Direitos Humanos vão configurando o limite positivo do que a consciência jurídica universal pretende impor às ideologias que regem o controle social em todas as nações. Por certo que ainda está muito longe de aperfeiçoar-se, mas indiscutivelmente, vai-se criando uma *baliza jurídica positiva que serve de referência*” (ZAFFARONI, 2007, p. 63).

Diante desta premissa, a elaboração das normas no plano interno dos países deixou de ser ilimitada, atentando-se à submissão dos postulados de defesa dos Direitos Humanos na busca de um bem maior que atinja a coletividade global tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que tem como principal objetivo a promoção de direitos e liberdades para a pessoa humana, prestigiando a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, se apresenta na Constituição Federal, no inciso III, do artigo 1º que assim dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

Desta forma:

“não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas. O esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que Dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Só que é bem ao contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levado em conta sempre, em qualquer situação” (NUNES, 2002, p. 51).

A justiça não deve ser buscada apenas como um fim em si mesmo sob pena de não apresentar proficuidade qualquer, tal qual um ato burocrata, mas sim com o escopo de dar satisfação e utilidade ao ser humano.

Ainda sobre o direito a dignidade da pessoa humana, o jurista argentino Agustín Gordillo assevera que:

“Además, el derecho a la dignidad humana puede igualmente entenderse en el sentido que ampara el derecho de las personas a que se respete su salud y su habitat no ejerciendo sin su consentimiento menoscabos arbitrarios a ella; por extensión, que es un tratamiento no acorde ni respetuoso a su condición de personalidad jurídica, que hasta importa en último análisis desconocerle su condición de sujeto de derecho” (GORDILLO, 2005, p. XII-2).

Deve sempre ser buscado o reconhecimento dos direitos fundamentais em favor da pessoa humana, sob pena de negar-lhe a própria dignidade pois tal, considerada como um valor e um princípio normativo fundamental, direciona para si todos os direitos fundamentais, impondo seu reconhecimento por todas as gerações (SARLET, 2001, p. 87).

A Dignidade da Pessoa Humana é fundamento que traduz na impossibilidade de mensurá-lo economicamente, não ficando alheio a esta condição o nosso ordenamento jurídico, ficando aclarada, assim, uma imposição de se normatizar os Direitos Humanos como uma garantia contra arbitrariedades e imposição do poder pelo uso da força.

## DIREITO HUMANOS E O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Direito Penal pode ser conceituado como o conjunto de regras que visam à proteção de bens jurídicos, sendo que as normas devem sempre guardar consonância com os postulados da legalidade, da igualdade e do Estado de Direito, além premissas de direitos humanos.

Quanto ao Direito Processual Penal que surge como instrumento de aplicação do direito penal objetivo em face das transgressões efetivadas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem enuncia ainda no Artigo XI que

“1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.

No que se refere à aplicação da pena, merece reprodução a lição de Miguel Reale no sentido de que “sanção é toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório” (REALE, 1999, p. 260).

Complementou Miguel Reale Junior afirmando que “a pena constitui uma privação de direitos cominada pela lei penal e aplicada pelo juiz ao condenado, que a ela deve-se submeter” (REALE JR, 2002, p. 63).

Com efeito, no que diz respeito às penas, deve ser observado o princípio da humanidade, buscando a aplicação de uma pena racional e proporcional pois esta não visa o sofrimento do condenado, conforme a observação de Fragoso, e não pode desconhecer a figura do réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni (BATISTA, 2001, p. 99).

O princípio da culpabilidade impõe a individualização da conduta daquele que é processado, não podendo ser atribuída penalmente qualquer responsabilidade apenas pelo resultado, figura que se exterioriza na

responsabilidade objetiva. A pessoa somente será punida na medida de sua culpabilidade, de acordo com a conduta praticada, exigindo-se ainda que a pena não seja atribuída apenas quando a conduta do agente seja reprovável (BATISTA, 2001, p. 103).

Flávia Piovesan, ponderando sobre o combate ao terrorismo em face da preservação dos direitos e liberdades públicas, encara tal pergunta como um desafio dos direitos humanos na ordem internacional contemporânea, propondo a reflexão diante das seguintes indagações:

“Como preservar a Era dos Direitos em tempos de terror? Em que medida os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos podem servir como salvaguarda do aparato civilizatório de direitos e liberdades, sendo capazes de fortalecer a ótica multilateralista e o protagonismo da sociedade civil internacional?” (PIOVESAN, 2007, P. 31).

Prosseguindo a análise principiológica, no direito penal, o princípio da intervenção mínima encontra seu fundamento na garantia da liberdade como direito fundamental do homem e como valor elevado da vida em sociedade, considerada como imprescindível num Estado Democrático de Direito (MILARÉ, 2005, p. 847).

É o princípio da *ultima ratio*, “regulando o poder incriminador do Estado, apregoando que a tipificação penal de uma conduta somente pode ser realizada se esta for o modo indispensável para a defesa de um bem jurídico” (BITENCOURT, 2007, p. 13).

Em sentido oposto, Hassemer, falando sobre um Direito Penal Funcional, particularmente sobre a moderna criminalidade, reflete que:

“nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas” (BITENCOURT, 2007, p. 14).

Desta forma, observadas algumas premissas de Direitos Humanos e do Direito Penal e Processual Penal Constitucional, analisaremos a possibilidade de eventual aplicação, não de teoria como um todos, mas de alguns destes postulados da doutrina denominada “Direito Penal do Inimigo”.

## DIREITO PENAL DO INIMIGO

A proposta de Günther Jakobs, na obra “Direito Penal do Inimigo”, utilizada aqui como referencial teórico, ensina que aquele que comete crimes não poderia ser considerado um cidadão na medida em que perde seus direitos por quebrar o contrato social.

Nos crimes de maior gravidade, propõe a criação de um critério diferenciador dentro do direito penal, um a ser aplicado para o cidadão, ou seja, para aquela pessoa sem personalidade criminosa que eventualmente comete um delito, e outro, denominado inimigo, que comete condutas delitivas graves como se estivesse praticando comportamentos normais de seu cotidiano.

A tese se ampara em três máximas. Em primeiro lugar, deve ser buscada a antecipação da punição do inimigo, exteriorizando o momento consumativo antes da completa lesão ao bem jurídico, punindo-o imediatamente.

Em segundo lugar, que as penas devem ser maiores das que as usualmente aplicadas nos crimes comuns, relativizando ou suprimindo ainda garantias constantes no processo penal.

Por último, clama por um processo legiferante mais agressivo com penas e procedimentos mais severos para os criminosos que cometem crimes mais graves.

Se fundamenta na doutrina de Thomas Hobbes e Immanuel Kant, afirmando que devem existir diferenças para aquele que comete o crime por princípio, isto é, pratica infrações penais de modo cotidiano sem qualquer senso de reprovação quanto às suas condutas realizadas, não merecendo então um tratamento igual ao que deve ser dado ao cidadão que não realiza crimes de maneira rotineira.

Enuncia que “Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princí-

pio – e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa” (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 29).

Afirma que:

“a função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a *contradição*, e no Direito penal do inimigo é a *eliminação de um perigo*. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos *podem* ser legítimos” (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 49).

Em sentido oposto, contra o Direito penal do inimigo, Manuel Cancio Meliá aponta que seus pressupostos de validade são inconstitucionais, que não há contribuição para a “prevenção policial-fática dos delitos” e, por fim, que o Direito penal do inimigo não estabiliza normas fazendo uso da prevenção geral e positiva, mas sim, nomeia certos grupos de criminosos sendo, na verdade, um direito penal do autor e não um direito penal do fato (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 73).

Neste sentido, o direito penal do inimigo nem seria considerado um direito, sendo uma afronta direta ao artigo VI da Declaração Universal dos Direitos do Homem que dispõe que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”.

Tal situação não deve prevalecer pois mesmo diante da prática de um crime com sentença penal condenatória transitada em julgado, o criminoso não pode ter excluída a sua condição de detentor de direitos, possuindo ainda a oportunidade de reinserção na sociedade, sem se olvidar da obrigação de reparar o dano (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 26-27).

A reinserção social não se limita apenas a retirar o indivíduo do cumprimento da pena privativa de liberdade, mas sim prestar ações positivas para que o condenado, tendo cumprido sua pena, volte à sociedade com efetivas condições de ser nela incluído na condição de cidadão.

Vicente Greco Filho, analisando a obra de Jakobs, afirma que:

“O cidadão, porém, não se transforma em inimigo pela prática de um crime eventual, impulsivo, ocasional, circunscrito a determinadas condições fáticas. O inimigo é o criminoso que rejeita a

ordem jurídico-social e que quer impor sua conduta como outra estrutura de poder” (GRECO FILHO, 2009, p. 70).

Damásio Evangelista de Jesus acredita que tal tendência se trata de uma realidade na moderna lei penal e o que o jurista deveria construir uma barreira entre elas, assevera que:

“Jakobs contrapõe duas tendências opostas no Direito Penal, as quais convivem no mesmo plano jurídico, embora sem uma distinção absolutamente pura: o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão. Ao primeiro, cumpre a tarefa de garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade (prevenção geral positiva). Ao outro, cabe a missão de *eliminar perigos*” (JESUS, 2008).

Luiz Flávio Gomes rejeita a tese do penalista alemão ao discordar da tese de que o Direito penal do inimigo seja inevitável, comparando os postulados com a argumentação que validou o regime nazista (GOMES, 2005).

Larissa Leite afirma que:

“Inúmeros são os críticos do Direito Penal do Inimigo e vultosas as críticas que ainda podem e devem ser feitas sob os aspectos do Direito Penal, do Direito Processual e da Criminologia, mas parece que todas elas sempre estarão vinculadas ao *mínimo ético irredutível* felizmente reconhecidas no cenário internacional” (LEITE, 2008).

Destarte, constata-se na doutrina a existência de consideráveis manifestações afastando a aplicação do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo mais tímidas as manifestações favoráveis à sua aplicação diante de um raciocínio de que os postulados de Jakobs são extremos e incompatíveis com uma sociedade democrática.

## O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Observando os argumentos apresentados por Günther Jakobs, não obstante as consideráveis vozes em sentido contrário, rejeitando integral-

mente sua tese, ainda vislumbramos em nosso ordenamento jurídico, várias normas penais e processuais penais que guardam harmonia com a lição do jurista alemão no combate ao crime organizado, entre outros.

Na Lei dos Crimes Hediondos, fundamentada na Constituição Federal, não se pode negar a característica de exercício do Direito penal do inimigo. Muito embora nesse caso se faça presente as mais diversas garantias constitucionais ao processado e ao condenado, possui diversos aspectos penais e processuais que tratam o criminoso de maneira diferente do tratamento dispensado àquele que comete crimes não hediondos.

Segundo João José Leal, crimes hediondos são aqueles em que as condutas delituosas:

“se revelam como a antítese extrema dos padrões éticos de comportamento social e de que seus autores são portadores de extremo grau de perversidade, de perniciosidade ou de periculosidade. Em consequência, o autor de um crime hediondo deve merecer sempre o grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social e do próprio sistema de controle” (LEAL, 2003, p. 37).

Acerca desse tratamento diferenciado para as diversas formas de criminalidade, Antonio Scarance Fernandes também apresenta estas três categorias de crime, esclarecendo que:

“o campo mais problemático para o legislador e para a doutrina é o da criminalidade grave e/ou organizada. Têm os países dificuldade em enfrentá-la. Não sabem mesmo como criar um corpo legislativo que, outorgando eficiência ao sistema repressivo, não fira os direitos e garantias individuais assegurados nas Constituições e Convenções Internacionais” (SCARANCE, 2007, p. 26).

A ideia está consagrada no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal que dispôs que, quando da prática de crimes hediondos de assemelhados, sejam estes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Em consequência deste mandamento constitucional, surgiram a Lei dos Crimes Hediondos e assemelhados, Lei 8.072, de 1990, a Lei sobre Tortura, Lei 9.455, de 1997, a Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei 9.613, de 1998, a Lei de Drogas 11.343, de 2006, a Lei das Organizações Crimino-



sa, Lei 12.850, de 2013, e a Lei contra do Terrorismo, Lei 13.260/2016, entre outras.

Em outra situação, foi criado o denominado Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal, enunciando no artigo 52 que “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado”.

A inserção nesse regime impõe recolhimento em cela individual, direito de visitas semanais mitigado, redução da saída do preso da cela para duas horas diárias para banho de sol, podendo ser imposto para presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou que recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Tratam-se de claras hipóteses de aplicação dos enunciados do Direito Penal do Inimigo na medida em que visa à eliminação de perigo e impõe condições mais severas àqueles presos que cometem novos crimes durante sua permanência carcerária.

Damásio Evangelista de Jesus aponta outra situação que se amolda na lição em comento ao afirmar que:

“Inspirando-se num exemplo de Jakobs, pode-se notar essa tendência no Brasil, onde uma tentativa de homicídio simples, que pressupõe atos efetivamente executórios, pode vir a ser punida de modo mais brando do que a formação de quadrilha para prática de crimes hediondos ou assemelhados (art. 8.º da Lei n. 8.072, de 1990), na qual se tem a incriminação de atos tipicamente preparatórios” (JESUS, 2008).

A antecipação do momento consumativo para certos crimes é técnica legislativa largamente utilizada no direito penal brasileiro nos denominados crimes de perigo, situação muito comum, por exemplo, na Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, que antecipa ao máximo o momento consumativo do crime.

A Lei nº 9.614, de 1998, incluiu o p§ 3º no artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, apontando hipóteses em que aeronaves podem

ser abatidas, visando à garantia de segurança do espaço aéreo brasileiro no caso de aeronaves hostis ou quando estas forem “suspeitas” de atividade inerente ao tráfico de drogas.

Podemos ainda citar dois julgamentos dos Tribunais Superiores que corroboram com a aplicação destes preceitos:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 104.410, Rio Grande do Sul, 06/03/2012, legitimou a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (SILVA, 2016).

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.306.687 - MT (2011/0244776-9, de 18/03/2014), impôs ao adolescente, atualmente adulto, uma internação por prazo indeterminado em manicômio, ainda que já cumprida integralmente a medida socioeducativa imposta. Internação sem crime, sem culpa e sem condenação. Apesar de a decisão fazer menção à proteção do delinquente, verifica-se que o motivo principal da segregação da liberdade é por ser L M da S G um indivíduo que causa risco à sociedade. (SILVA, 2016).

Afastar estas leis que tratam de forma mais rígida os criminosos contumazes seria o mesmo que negar validade à legislação que instituiu as chamadas penas alternativas (que substituem as penas privativas de liberdade para os denominados crimes de menor potencial ofensivo). Se uma lei trata de modo mais benéfico aquele que nunca cometeu crime anteriormente e praticou delito de pouca lesividade social, está, na verdade, excluindo o direito do criminoso mais perigoso de benefícios processuais e penais.

Tanto os conceitos de Direito penal do inimigo, quanto os de penas alternativas trazem, em última instância, o mesmo efeito, consistente na diferenciação do processo punitivo com base na lesividade do crime cometido e na periculosidade do agente infrator.

Muito embora não seja razoável o extremismo da conceituação básica do direito penal do inimigo, dentro dos procedimentos atuais vemos um

claro maior rigor na fase investigatória e processual, sem ofensa direitos e garantias individuais. Tal questão já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº. 102.819 (MACEDO, 2015).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos constituem inegáveis elementos de proteção dos direitos e das liberdades normatizando um ideal para muitos provenientes dos direitos naturais.

O Direito Penal do Inimigo busca que sejam afastados certos direitos àquele criminoso contumaz, que pratica crimes por princípios e que não pode ser tratado de modo igual aos demais.

Não podemos admitir a utilização de meios insidiosos na tutela de crimes insidiosos, mas de igual forma, não podemos tratar com todos os direitos de um cidadão aquele que não dá valor ao ser humano.

Aceitar o Direito penal do inimigo de forma plena seria ignorar toda a evolução da espécie humana enquanto seres racionais. Porém, rejeitá-la de forma dogmática traduz retrocesso ao bem estar dos povos que não podem se tornar reféns da criminalidade moderna e de grandes proporções.

Há que se buscar harmonia entre os preceitos de Direitos Humanos e do ideal de Direito penal do inimigo sob pena de não termos no futuro uma humanidade vitimada por extremistas e grupos violentos.

Muito embora existam vozes em contrário, observamos a existência em nosso ordenamento jurídico dos três pontos de trabalho da teoria do direito penal do inimigo, a saber, a antecipação do momento consumativo do crime, a utilização de penas maiores para crimes dotados de maior gravidade, e a utilização de regras processuais mais severas em casos de lesão a bens jurídicos que merecem proteção especial.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 1 - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. *Muñoz Conde e o Direito Penal do inimigo*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 826, 7 out.2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7399>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- GORDILLO, Agustín. *Derechos Humanos*. 5ª Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do inimigo. Breves considerações*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10836>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- LEAL, João José. *Crimes Hediondos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- LEITE, Larissa. *O Direito Penal do Inimigo e a Internacionalização dos Direitos Humanos*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/larissa\\_leite2.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/larissa_leite2.pdf). Acesso em: 14 ago. 2019.
- MACEDO, Maria Fernanda Soares. *O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a proteção dos direitos fundamentais: a incompatibilidade com os fundamentos da teoria do direito penal do inimigo*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4251, 20 fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36480>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: Doutrina – Jurisprudência – Glossário*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marcos Faleiros da. *Julgamentos de STF e STJ se baseiam na teoria do Direito Penal do Inimigo*. Revista Consultor Jurídico. Março de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/marcos-silva-decisoes-stf-stj-mitigam-direitos-fundamentais?imprimir=1>. Acesso em: 1 ago. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

# PROGRESSÃO NO REGIME DE PENA DA MULHER GESTANTE, MÃE, RESPONSÁVEL POR CRIANÇA OU PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

*Ana Paula Pessoa Brandão Chiapeta*

*Rafael Pacheco Lanes Ribeiro*

*Alini Pereira de Almeida*

## 1- INTRODUÇÃO:

A presente pesquisa objetiva agregar ao meio científico a nova proposta da lei de execução penal em se tratando da progressão de regime para a mulher gestante, mãe, responsável por criança ou pessoa com deficiência.

Devido ao alto número de mulheres que cometem crimes e que estão entre as listadas no artigo da lei em questão, é necessário debater esse tema, que se encontra relativamente novo no Sistema Jurídico Brasileiro, em que a progressão para essas mulheres que era de 1/6 e agora passa a ser de 1/8 de cumprimento de pena caso a mesma preencha os requisitos estabelecidos no artigo da lei.

Utilizaremos o método dedutivo, ou seja, partiremos de uma dedução formal, posta por duas premissas, se tirando uma terceira que é a conclusão. A dedução organiza e especifica o conhecimento já existente, gerando a conclusão para o caso estudado que é, a progressão do regime de pena da mulher gestante, mãe, responsável por criança ou pessoa com deficiência. Utilizaremos artigos científicos, doutrinas, revistas científicas, jurisprudências e sites jurídicos, para aperfeiçoar o estudo, dando-nos

uma visão sobre o que é a progressão no regime da pena e quem se enquadra na concessão desse benefício, fundamentando a pesquisa através de leis e conceitos jurídicos.

## 2- Da progressão do regime de cumprimento de pena alterada pela lei 13.769/18:

Ao tratar da progressão de regime de pena não se pode deixar de citar o referido artigo 112, § 3º e 4º alterado pela Lei 13.769/18 que regulamenta os requisitos para que a mulher obtenha o benefício da progressão de regime de pena.

É necessário enfatizar que para que a mulher desfrute dessa progressão, a mesma deve cumprir cumulativamente os requisitos que são elencados no parágrafo terceiro, do artigo 112, alterado pela referida lei citada anteriormente.

Entende-se por progressão do regime de pena, conforme define o CNJ, mencionado por Henrique Barroso:

“A Lei de Execução Penal brasileira foi elaborada pelos legisladores com o objetivo de promover, através da aplicação da pena, a ressocialização dos detentos, com foco na prevenção da reincidência criminal. Ela prevê, entre outros dispositivos, **a chamada progressão de regime de cumprimento de pena, dando ao preso a oportunidade de, gradativamente, voltar a conviver em sociedade.**” (grifo nosso)

Ademais, cabe ressaltar que para que as mulheres atinjam a referida progressão de regime, os requisitos que devem ser observados, estão enfatizados no § 3º da lei 13.769/18, que são:

“Art. 112, §3º :I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

**III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;**

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa. grifo nosso

Aqui, cabe ressaltar que a nova lei também alterou o artigo 2º, §2º do Lei de Crimes Hediondos( Lei 8.072/90), vejamos:

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). **(Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018)**. grifo nosso

Como se vê, referida alteração mantém os requisitos temporais de progressão em 2/5 para primários e 3/5 para reincidentes em geral, contudo equipara a conduta hedionda àquela do crime comum, nos casos excepcionados pela nova lei, havendo um desequilíbrio evidente da exigência temporal, que passa a ser de apenas 1/8 (um oitavo) da pena.

As regras mais duras da Lei 8.072/90 passam, com a nova redação, a submeter-se ao disposto no artigo 112, §§ 3º e 4º da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), exterminando a diferenciação criada inicialmente pela Lei de Crimes Hediondos.

Ultrapassada a crítica à nova lei, passa-se a análise de seus pontos positivos, bem como a expor o motivo e a necessidade da alteração legislativa.

Faz-se necessário frisar que, em fevereiro de 2018, foi julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, que visava a revogação da prisão preventiva ou alternativamente a substituição pela prisão domiciliar para todas as mulheres gestantes, mães de crianças de até 12 anos ou pessoas com deficiência, que estão presas preventivamente no sistema prisional. Com isso, nota-se que antes mesmo da entrada em vigor da nova redação dada a lei de execução penal, que discute sobre mulheres gestantes, mães, responsável por crianças ou pessoas com deficiência, já se discutia sobre o assunto, e o desencarceramento dessas mulheres, em benefício a seus filhos ou dependentes, observemos:



**Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERACÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.**

**I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de pro-**

cesso, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável

nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais

**mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima. (HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018)**

Aqui, cabe frisar que a nova lei não surgiu para beneficiar as infratoras, nem para assegurar sua impunidade, a preocupação legislativa é no sentido de assegurar, aos dependentes dessas presas, direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, como a proteção integral da criança e do adolescente, assegurar a intranscendência da pena, garantir a dignidade da pessoa humana, proteger a gestante e o deficiente.

Os ministros, no referido Habeas Corpus, esclarecem bem o intuito de beneficiar as pessoas em referidas condições, discorrem que o confinamento de mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, viola os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis, bem como ao respeito à integridade física e moral da presa, uma vez que a mesma não possui o atendimento e acompanhamento médico necessário, privando o desenvolvimento adequado da criança, haja vista a limitação em relação ao acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto.

Assim, mesmo com a previsão expressa na carta magna a violação dos princípios está visível na aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que concerne à violação de direitos da criança, do adolescente e do deficiente dependente de presas.

Desta forma, ainda que seja comum que a sanção prejudique terceiros de forma *reflexa*, sobretudo durante o cumprimento da reprimenda, tal prejuízo não pode violar garantias fundamentais, asseguradas pela Constituição Federal, quando decorrentes da ineficiência estatal. O sistema carcerário brasileiro é extremamente desprovido de recursos para a manutenção da população carcerária e embora exista, teoricamente, diversas previsões no sentido de proteger a criança, o adolescente e os deficiente,

tais previsões legais, frente a precariedade do sistema penitenciário, têm pouca aplicabilidade prática.

A exemplo, o art. 83, § 2º, da LEP dispõe que os estabelecimentos penais destinados às mulheres serão dotados de berçário, no qual as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentando-os, no mínimo, até os 06 (seis) meses de idade. Prevê que as penitenciárias femininas devem ser dotadas de seção para gestante e parturiente, além de creche para abrigar crianças maiores de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos (art. 89 da LEP).

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 8º, § 10, dispôs que incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, lugar que atenda às normas sanitárias e com assistência pelo Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, visando ao desenvolvimento da criança de forma saudável.

Prevê ainda, em seu artigo 9º, que o poder público deve propiciar as condições adequadas ao aleitamento materno. Ademais, não bastasse este arcabouço legislativo, no âmbito infralegal também houve preocupação em assegurar direitos, neste sentido, a Resolução n. 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária dispõe no § 2º do artigo 7º que serão asseguradas as condições para que a presa possa permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação.

Contudo, todas essas medidas não são suficientes para assegurar a intranscendência da pena, uma vez que, essas disposições legais vêm sendo sistematicamente desrespeitadas, tendo em vista que as mulheres e suas crianças são mantidas em ambiente inadequado e superlotado.

O princípio da personalidade da pena, também conhecido como princípio da pessoalidade ou da intranscendência, significa que a pena não pode passar da pessoa do delinquente, tal princípio foi criado com o escopo de limitar o *jus puniendi*, uma vez que não há por que se aplicar uma reprimenda a quem não concorreu para a prática do delito. Assim, está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Conforme já exposto, está evidente que a permanência da sentenciada em cárcere viola esse princípio constitucional, uma vez que manter a criança dentro da prisão com sua genitora constitui em grave violação de

direitos, se estendendo a pena ao seu descendente inocente. Tal violação constitui em retrocesso jurídico, pois somente durante a fase de vingança privada as sanções poderiam tanto envolver o indivíduo isoladamente quanto o seu grupo social.<sup>29</sup>

Até mesmo o ministro Lewandowski, relator do Habeas Corpus supra referido, citou a “degradação do sistema prisional brasileiro” e afirmou que o modelo atual transfere a pena da mãe para as crianças.

Além desse princípio outros devem ser ressaltados, como da proteção integral da criança, garantido pela Constituição Federal de 1988, vejamos:

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

Pressupõe-se a fragilidade das crianças e dos adolescentes, tendo em vista que são pessoas ainda em formação. Portanto, o Princípio da Proteção Integral visa a proteção desta parcela da população, conferindo-lhes direitos e privilégios que minorem tal condição. Sobre este princípio, Cury, Garrido & Marçura ensinam que:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (2002, p. 21).

Desta forma, a redução do tempo de cumprimento de pena para a progressão de regime prisional é de suma importância para garantir a aplicação deste princípio, pois o ambiente hostil em que essas crianças eram obrigadas a permanecer (em decorrência da situação prisional de suas ge-

---

29 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. p. 51.

nitoras), resultavam em consequências nocivas, físicas e psicológicas, para a mesma.

Nesse contexto, a nova norma processual visa, acima de tudo, a proteção dos menores, de forma a evitar que sejam separados de suas mães. Assim, o dispositivo legal mira às crianças e não a mãe infratora, muito embora ela, com certeza, venha a ser a beneficiária direta.

Por fim, cabe salientar que a pessoa com deficiência carece, de igual forma, de proteção e apoio familiar, ante a situação de dependência e a necessidade de cuidados que estão associadas, predominantemente, às deficiências.

Tais cuidados devem ser analisados, não somente com relação ao acompanhamento médico e ao auxílio prestado pelo responsável pelo deficiente. Deve-se levar em consideração: as dimensões da vinculação afetiva e emocional exclusiva desta relação; a carência de oferta pública, ou seja, a ausência de estrutura organizacional e financeira do Estado face as necessidades de um deficiente desamparado; bem como a preponderância da oferta de cuidados no âmbito familiar e seus impactos na vida destes.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência expõe:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Quando o cuidador é retirado de seu seio familiar, ainda que ele mesmo tenha dado causa, pela prática de ilícito penal, o dependente fica desamparado.

O direito de punir deve ser mitigado, frente às necessidades sociais. O drama e a tragédia na aplicação da pena transcorrem cotidianamente num cenário formado por duas forças diretivas que colidem-se, acarretando a contrariedade fundamental entre direito de punir do Estado e o respeito às garantias e direitos individuais transcendentais: quanto mais intensamente se pune o infrator com a pena privativa de liberdade, mais

se distancia da garantia dos direitos fundamentais daqueles que são seus dependentes, e quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais, mais difícil se torna a punição do apenado.

Destarte, a aplicação correta do Direito não é aquela que se atém à aplicar o disposto no ordenamento jurídico pátrio de forma cogente e inflexível, mas sim aquela que interpreta a legislação e se amolda ao anseio e desenvolvimento da coletividade, de modo a abarcar todas as garantias fundamentais, sopesando direitos com o escopo de se estabelecer o equilíbrio social.

É comum, que a aplicação da sanção criminal atinja terceiros pessoas de forma reflexa. Isso é inevitável, mas legal. Por exemplo: ao se condenar um indivíduo à prisão, pode-se estar prejudicando sua família, que perderá a renda por ele auferida quando em liberdade.

Conforme discorre Fernando Vernice dos Anjos, “trata-se de um princípio simples de ser explicado e abstratamente aplicado. Qualquer regime democrático repudia as antigas sanções de infâmia ou confisco contra a família do criminoso. No entanto, é sabido que qualquer pena e, em especial, a de prisão, afeta o círculo de pessoas próximas ao condenado. Famílias ficam privadas de pais e de mães que, encarcerados, não podem provê-las, ocorrendo uma verdadeira *transferência da pena*”<sup>30</sup>.

Contudo, a partir do momento em que a pena transcende a pessoa do condenado, de tal forma que constitui grave violação à direitos essenciais ao ser humano, sem que este tenha concorrido para o desencadeamento da punição, essa se torna ilegal.

Por fim, fazendo um adendo, ressalta-se que embora a prisão de qualquer dos pais seja traumática para a criança, os efeitos negativos são mais perceptíveis quando a genitora é presa. O Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial sobre a Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino (Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2008) indica que apenas 20% das crianças ficam sob a guarda dos pais quando a mãe é presa, enquanto aproximadamente 90% dos filhos de presos homens permanecem sob os cuidados da mãe.

Aqui, novamente a Lei 13.769/18 traz um ponto controverso, uma vez que menciona “mulher gestante” ou “mãe ou responsável por crianças

---

30 ANJOS, Fernando Vernice dos. Princípio limitadores da execução penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.



ou pessoas com deficiência”. Não há ainda posicionamento doutrinário e/ou jurisprudencial acerca da possibilidade ou não da aplicação da fração de 1/8 ao homem ou até mesmo os transexuais, na condição de responsável pela criança ou pessoa com deficiência.

Assim, há que se analisar com cautela, uma vez que o referido artigo se refere a “mãe” ou “responsável por crianças ou pessoas com deficiência”, não indicando que o benefício só será concedido somente à mulher.

Neste ponto, a possibilidade de tal aplicação de forma discriminada poderá causar efeito contrário ao pretendido, expondo à risco quem se pretende proteger, haja vista que os infratores poderão começar a se utilizar de tal condição para diminuir seu tempo de pena.

Cabe ressaltar que artigo não deverá ser aplicado independentemente das condições do caso concreto, tendo em vista que as peculiaridades do caso são essenciais para fundamentar uma decisão, caso contrário, a diminuição do lapso temporal para a progressão de regime somente beneficiaria o delinquente.

Circunstâncias como a condição de dependência do deficiente e do menor devem ser levadas em consideração. Ademais, há que se apurar se o menor residia ao tempo da prisão com sua genitora e se está sob seus cuidados, entre outros aspectos relevantes.

### 3-CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Conclui-se, portanto, que a redução do tempo de cumprimento de pena para da mulher gestante, mãe, responsável por criança ou pessoa com deficiência foi necessária e eficiente, tendo em vista que não há, até o momento, previsão de outra alternativa para assegurar o bem-estar do detento e seus dependentes. Porém, cabe reforçar a crítica no que tange à equiparação do regime perante a Lei de Crimes Hediondos, uma vez que, referida lei aponta parâmetros mais rígidos para a progressão do regime prisional, tendo em vista a gravidade e reprovabilidade dos crimes.

Conforme se depreende do estudo aqui proposto, evidenciou-se que a progressão do regime de pena para gestantes, mães, responsável por criança ou pessoa com deficiência, é benéfico não só para as apenadas, mas também para seus filhos ou seus dependentes, pelo fato de os mesmos crescerem fora do ambiente prisional e em companhia de suas genitoras.

## REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. Princípio limitadores da execução penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: *Parte Geral*. 17<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Vade Mecum Saraiva. 18<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em 01/06/2019.

BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: > <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11690508/artigo-112-da-lei-n-7210-de-11-de-julho-de-1984>>. Acesso em 01/06/2019.

BRASIL. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm)>. Acesso em 01/06/2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)> Acesso em 01/06/2019

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3<sup>a</sup> ed., rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Disponível em: <<https://henriquebarroso.jusbrasil.com.br/artigos/5444085997/como-funciona-a-progressao-de-regimes-de-cumprimento-de-pena-no-ambito-penal>>. Acesso em 01/06/2019.

Disponível em: <[http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo\\_186\\_Maternidade\\_no\\_carcere.pdf](http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_186_Maternidade_no_carcere.pdf)>. Acesso em: 15/06/2019.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anelxo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 15/06/2019.

Disponível em: >. Acesso em: 15/06/2019.

GONZAGA FILHO, Luiz. MULHER DO FIM DO MUNDO: uma análise do Habeas Corpus coletivo 143.641/SP à luz da cultura do encarceramento. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/13732>. Acesso em 15/06/2019.

TALON, Evinis. Progressão de regime da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/663025139/progressao-de-regime-da-mulher-gestante-mae-ou-responsavel-por-criancas-ou-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em 01/06/2019.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-set-18/maternidade-prisao-delicada-relacao-entre-direitos-crianca-lei>>. Acesso em: 17/06/2019

# CRIME E SEGURANÇA PÚBLICA: O FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN) COMO FORMA DE ORGANIZAR O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

*Carlos Alberto Ferreira dos Santos*

*Ronaldo Alves Marinho da Silva*

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro necessita de mudanças urgentes, tendo em vista que é público e notório a violação dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas nos presídios brasileiros. O Brasil detém a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL/INFOPEN/MJ, 2017).

Ainda segundo o INFOPEN/MJ (2017), com informações referentes ao período de junho de 2016, o Brasil possuía uma totalidade de 726.712 encarcerados, perdendo apenas para os Estados Unidos e a China. Da totalidade de pessoas custodiadas pelo Estado, frisa-se que 689.510 estavam no sistema penitenciário, nas Secretarias de Segurança/Carceragens de delegacia haviam 36.375 e no Sistema Penitenciário Federal estavam 437 custodiados.

Nesse cenário, constata-se que a superlotação carcerária inviabiliza o cumprimento dos princípios e objetivos elencados na Lei nº 7210/1984 (Execução Penal), que enfatiza em seu artigo 10 e 11 que

o Estado deva prezar pela assistência ao preso, ou seja, dar acesso à assistência material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (BRASIL, 1984).

Apesar do Governo Federal ter um fundo de financiamento direcionado para projetos que visam trazer melhorias para o sistema penitenciário, que foi criado em 1994 e denominado de Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), no ano de 2018 destinou aos Estados brasileiros apenas um total de R\$ 61.464.281,73, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL/DEPEN, 2019).

Para analisar essa questão do financiamento público para o setor e verificando a situação caótica no sistema penitenciário brasileiro, pretendemos identificar quais os mais eficientes e efetivos meios para se utilizar dos recursos financeiros provenientes do FUNPEN, tendo em vista que muito se tem questionado acerca de soluções cabíveis para o devido enfrentamento da violência nos presídios de todos os Estados brasileiros, diante dessa cruel realidade vivenciada pelos custodiados no cárcere.

O objetivo principal do artigo científico é examinar as possibilidades de melhorias para o sistema penitenciário brasileiro com o bom uso dos recursos financeiros advindos do Fundo Penitenciário Brasileiro (FUNPEN) e identificar as motivações dos Estados em não utilizar o dinheiro oriundo do Governo Federal para fomentar a dignidade da pessoa no cárcere do Brasil.

A técnica utilizada no estudo acadêmico é a bibliográfica. O método principal aplicado é o dedutivo, sendo assim, foi estruturado com base em premissas ditas gerais e a partir desses conhecimentos obtidos através da legislação pátria, doutrinadores etc., chegando a uma nova compreensão da temática abordada. O método secundário foi o quali-quantitativo, pois há subjetividade no decorrer do artigo, mas também há dados estatísticos que possibilitam a compreensão da problemática estudada.

Ressalta-se que o presente artigo é relevante mediante a atual conjectura do sistema prisional brasileiro e o fato de recursos financeiros importantes para a sua melhoria não estarem sendo utilizados pelos Estados brasileiros, conforme apresentaremos no decorrer do presente artigo científico.

## 2 A FINALIDADE DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN) E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) foi instituído no Brasil no de 1994, através da Lei Complementar nº 79. A referida legislação expressa em seu artigo 1º a sua finalidade, tendo sido modificada pela Lei nº 13.500/2017, que vem a ser:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a ser gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional (BRASIL, 2017).

Evidencia-se, a partir da citação da supracitada Lei, que o sistema penitenciário nacional possui a sua disposição recursos financeiros que tem o propósito de trazer dignidade para os custodiados, ou seja, a modernização e o aprimoramento do sistema prisional estão vinculados às normas constitucionais, em respeito ao princípio da dignidade humana.

Insta salientar que são muitas as destinações dos recursos provenientes do FUNPEN para os Estados brasileiros e Distrito Federal, dentre eles: construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado; formação educacional e cultural do preso e do internado; elaboração e execução de projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes; programa de assistência aos dependentes de presos e internados e manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica (BRASIL, 1994).

Nota-se que os recursos provenientes do FUNPEN são voltados tanto para os que estão nos presídios brasileiros e também para dar assistência das vítimas dos reeducandos. Ou seja, os projetos a serem implementados visam beneficiar os dois lados: o agressor (reeducando) e o agredido (vítima).

Importante destacar os recursos provenientes do FUNPEN direcionados para os Estados brasileiros na modalidade fundo a fundo<sup>31</sup> no ano de 2018, segundo a página virtual do Departamento Penitenciário Nacional:

UF	PROCESSOS	CAPITAL	TOTAL
AC	08016.017931/2018-17	R\$ 1.767.027,24	R\$ 1.767.027,24
AL	08016.017657/2018-86	R\$ 1.978.506,62	R\$ 1.978.506,62
AM	08016.017673/2018-79	R\$ 2.081.457,21	R\$ 2.081.457,21
AP	08000.041509/2018-51	R\$ 1.602.532,67	R\$ 1.602.532,67
BA	08016.017663/2018-33	R\$ 2.990.313,91	R\$ 2.990.313,91
CE	08016.017662/2018-99	R\$ 3.134.779,19	R\$ 3.134.779,19
DF	08016.017545/2018-25	R\$ 1.356.242,62	R\$ 1.356.242,62
ES	08016.017671/2018-80	R\$ 1.846.813,19	R\$ 1.846.813,19
GO	08016.017245/2018-46	R\$ 1.945.648,92	R\$ 1.945.648,92
MA	08016.017535/2018-90	R\$ 2.428.084,56	R\$ 2.428.084,56
MG	08016.018062/2018-48	R\$ 3.812.145,72	R\$ 3.812.145,72
MT	08016.017738/2018-86	R\$ 1.566.801,44	R\$ 1.566.801,44
PA	08016.018662/2018-14	R\$ 2.529.789,06	R\$ 2.529.789,06
PB	08016.017631/2018-38	R\$ 2.038.559,95	R\$ 2.038.559,95
PE	08016.017619/2018-23	R\$ 3.080.266,87	R\$ 3.080.266,87
PI	08016.017596/2018-57	R\$ 1.798.861,71	R\$ 1.798.861,71
PR	08016.017690/2018-14	R\$ 2.791.071,26	R\$ 2.791.071,26
RJ	08016.017584/2018-22	R\$ 2.797.870,15	R\$ 2.797.870,15
RN	08016.018660/2018-17	R\$ 1.803.595,13	R\$ 1.803.595,13
RO	08016.017501/2018-03	R\$ 1.811.241,32	R\$ 1.811.241,32
RR	08016.017633/2018-27	R\$ 1.360.000,50	R\$ 1.360.000,50
RS	08016.017533/2018-09	R\$ 2.048.627,82	R\$ 2.048.627,82
SC	08016.018373/2018-15	R\$ 1.707.200,79	R\$ 1.707.200,79
SE	08016.017550/2018-38	R\$ 1.680.761,07	R\$ 1.680.761,07
SP	08016.017754/2018-79	R\$ 7.869.251,44	R\$ 7.869.251,44
TO	08016.017610/2018-12	R\$ 1.636.831,36	R\$ 1.636.831,36
<b>TOTAL</b>		<b>61.464.281,73</b>	<b>61.464.281,73</b>

FONTE: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL

Enfatiza-se que a maior parte dos recursos do FUNPEN não é utilizado e, diante disso, as mazelas no cárcere continuam a existir. Mas, esse problema será mensurado no próximo tópico com mais ênfase. No entanto, é imprescindível informar que se todos os recursos fossem devidamente utilizados, haveria sistema penitenciário mais justo e, sendo implementados projetos adequados para o cárcere, ocorreria o que se denomina de ressocialização ou reintegração social.

31 Essa modalidade caracteriza-se pela transferência dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) diretamente para o fundo penitenciário dos Estados, Distrito Federal e Município, conforme os ditames da Portaria nº 225, de 10 de dezembro de 2018.

### 3 A UTILIZAÇÃO DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN) PELOS ESTADOS BRASILEIROS

Os Estados brasileiros têm sido omissos no que se refere a preocupação com os presídios, ou seja, não há interesse em modificar a realidade por parte da maioria dos governos estaduais, prova disso são os dados divulgados pelo Tribunal de Contas da União (TCU):

Os repasses obrigatórios do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) às unidades federativas são utilizados de forma ineficiente pelo sistema prisional. Esse é apenas um dos muitos problemas constatados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) por auditoria em doze unidades federativas (UFs).

A ineficiência do setor foi constatada principalmente a partir do baixo volume de execução das despesas. Em relação aos doze estados analisados na auditoria, verificou-se, em setembro de 2018, que havia expectativa de conclusão de apenas cinco obras custeadas com recursos repassados em 2016 e 2017, enquanto que a previsão inicial era de cinquenta e cinco empreendimentos.

Em termos financeiros, as doze unidades fiscalizadas receberam, em dezembro de 2016, R\$ 383 milhões para criação de vagas, mas executaram apenas 7,2% desse valor até setembro de 2018. As principais causas para a baixa utilização dos recursos disponíveis foram atrasos nos cronogramas dos empreendimentos, carência de planejamento do setor, deficiências administrativas das UFs e lentidão na análise de processos por parte do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (TCU, 2019).

É perceptível, a partir da informação do TCU, que as doze unidades da federação investigadas não possuem compromisso com as melhorias do sistema penitenciário, mas também há uma parcela de culpa por parte do DEPEN, já que o TCU constatou que também há atraso nas análises dos processos vinculados ao FUNPEN.

Outro ponto crucial é que, também a partir do FUNPEN, é possível criar vagas nos presídios brasileiros, sendo que de acordo com o IN-



FOPEN (2017), havia em junho de 2016 o quantitativo de 368.049 vagas no sistema penitenciário, mas o déficit de vagas ainda era alto, com a falta de aproximadamente 358.663 vagas. Nesse quadro, a taxa de ocupação é de 197,4%, possuindo, à época, uma taxa de aprisionamento da ordem de 352,6/100.000 (BRASIL/MJ/INFOPEN, 2017, p. 7).

No entanto, o TCU comprovou que em 20 Estados no período de 2016–2017, a criação de vagas foi nula, mesmo tendo sido repassado mais de R\$ 1 bilhão com essa finalidade, cita a página virtual do TCU:

Cerca de R\$ 1,8 bilhão foram repassados, nos últimos dois exercícios (2016 e 2017), aos Estados e ao Distrito Federal (DF) para melhorias e aperfeiçoamento do sistema prisional brasileiro. Desse valor, mais de R\$ 1 bilhão foi destinado, prioritariamente, à criação de vagas – construção, ampliação e reforma – e R\$ 760 milhões foram voltados a ações de modernização e aparelhamento. Apesar da disponibilidade dos recursos, em 20 Estados a execução financeira foi nula (TCU, 2019).

Constata-se, com base nas informações do TCU (2019), que na maioria dos Estados não foi apresentado projetos que contemplem a ampliação de vagas, algo contraditório mediante o aumento do encarceramento no país, gerando assim superlotação, que inclusive traz consigo diversos malefícios, dentre eles a possibilidade de rebeliões.

Clara Velasco (G1, 2019) analisa os motivos da não criação de novas vagas no sistema penitenciário a partir do Relatório do TCU:

Segundo o relatório, a dificuldade para a execução dos recursos vinculados a obras e serviços de engenharia tem causas associadas à gestão dos governos estaduais e do governo federal. Entre os motivos levantados para explicar a baixa execução das obras estão:

- Inexistência de estudos de viabilidade e planos de expansão de médio ou longo prazos para o sistema penitenciário em muitos estados fiscalizados; ou seja, os estados recebem os recursos, mas, como não têm planejamento de onde criar vagas, os projetos não avançam

- Falta de capacidade operacional dos estados para dar andamento às contratações de obras, o que quer dizer que não há equipes técnicas em número suficiente para lidar com o volume de recursos geridos. Assim, foram encontrados altos números de contratações previstas por servidor e de contratações não iniciadas
- Repasses feitos pelo governo federal sem a prévia comprovação da viabilidade dos empreendimentos propostos pelos estados. Essa análise é feita depois do repasse, o que acaba gerando atraso na execução dos recursos
- Quadro técnico insuficiente e controles prévios inadequados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), que resultaram em um número elevado de projetos dos estados pendentes de aprovação no órgão federal, prejudicando o andamento das contratações (VELASCO, 2019).

Cabe ressaltar, ainda com base em Velasco (2019), que há falhas tanto dos Estados como também da União, pois a maioria dos Estados não possuem planejamento voltado para os presídios ou comprometimento com projetos voltados para amparar vítimas de violência. Com isso, os recursos provenientes do FUNPEN retornam e continuamos ofendendo a dignidade das pessoas inseridas no cárcere e suas vítimas. No que compete ao Governo Federal, a falha se dá por meio do DEPEN que possui quantitativo de profissionais insuficientes para avaliar os projetos, acarretando em atrasos consideráveis.

Em matéria de capa da Revista Istoé, edição 2589, o Ministro da Justiça Sérgio Moro informa o seguinte acerca da crise nos presídios e sobre o sistema carcerário brasileiro não ter solução:

Estamos trabalhando para ter uma solução. Há um déficit de investimentos na criação de vagas no sistema carcerário, em parte porque até existem recursos, mas os Estados têm uma grande dificuldade na execução de projetos, até por falta de capacidade de engenharia. Desde que assumimos o ministério, o Departamento Penitenciário tem trabalhado para melhorar esse quadro. Uma das constatações aqui é que o ministério tem um corpo pequeno de

engenheiros. Agora, foi apresentada uma Medida Provisória autorizando a contratação temporária de engenheiros. A previsão é a criação de mais 20 mil novas vagas prisionais ainda em 2019 (MARQUES; OLIVEIRA, 2019, p. 31).

Medidas urgentes devem ser tomadas, não se pode menosprezar milhares de vidas nos presídios, por isso a posição do Ministro da Justiça Sérgio Moro, sobre a necessidade de ampliação no quadro de profissionais de engenharia que colaborarão na liberação e fiscalização dos projetos para ampliação de vagas, é salutar, possibilitando a execução orçamentária e a melhoria do sistema que está agonizando e necessita reparos amplos e urgentes.

#### 4 AÇÕES A SEREM PROMOVIDAS PARA TRAZER DIGNIDADE PARA OS QUE ESTÃO NO CÁRCERE DO BRASIL

Mudanças benéficas nos presídios brasileiros podem ser implementadas e a verba proveniente do Fundo Penitenciário Nacional pode contribuir para que de fato isso ocorra. Uma constatação já demonstrada no presente artigo é a não utilização dos recursos do FUNPEN para ampliação de vagas. A superlotação carcerária é uma realidade brasileira, sendo assim deve haver punições mais severas para os Estados que não fizerem bom uso do FUNPEN.

Dentre os inúmeros projetos de leis existentes no Brasil, cabe citar o Projeto de Lei nº 1598/2019, que torna a não utilização dos recursos do FUNPEN pelos Estados como ato de improbidade administrativa. Informa parte da justificação do Projeto de Lei, de autoria do Deputado Major Vitor Hugo:

A necessidade de rever os mecanismos de financiamento capazes de atender à demanda do sistema carcerário tem se intensificado, especialmente, diante das recentes rebeliões em diversas penitenciárias nacionais.

A falta de recursos é geralmente apontada como o principal limitador ao estabelecimento de políticas públicas para o aperfeiçoamen-

to do sistema prisional. Entretanto, o tema ainda é negligenciado, em função da dificuldade de articulação entre os entes federados e da prevalência de ações aparentemente mais atrativas, do ponto de vista político, como saúde, educação, criação de novos tipos penais e endurecimento das leis penais já existentes.

Com mais de 25 anos, o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, no âmbito do antigo Ministério da Justiça (hoje Ministério da Justiça e Segurança Pública), com a finalidade de proporcionar recursos para financiar a modernização e o aprimoramento do sistema carcerário brasileiro, mas ainda está longe de atingir seus objetivos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

De fato, sou absurdo existirem recursos disponibilizados para investir no sistema penitenciário e tais recursos não serem utilizados em virtude de questões burocráticas, confirmando o sentimento de que o sistema penitenciário não é uma prioridade dos Governos Estaduais. Essa omissão estatal alimenta o ciclo de violência e o crescimento do crime organizado no interior dos presídios, com massacres constantes e atos de barbárie que chocam a sociedade sem que medidas efetivas sejam tomadas para evitar a sua repetição.

Mas, diante de tal calamidade pública, o que pode ser feito para proporcionar ressocialização e dignidade nos presídios brasileiros?

Diversas são as medidas necessárias para adequar o sistema penitenciário, todas passam pela redução da superlotação carcerária e a construção de unidades que atendam aos requisitos estabelecidos na LEP. Outra medida tão importante para trazer dignidade aos reeducandos seria por meio da educação. Segundo dados do INFOPEN (2017), apenas 12% da população prisional no Brasil está envolvida com alguma atividade educacional e, dentre os Estados brasileiros, apenas os Estados da Bahia (20%), Espírito Santo (23%) e Tocantins (25%) estão acima da média nacional.

Ainda no que se refere ao tema educação no sistema prisional, o INFOPEN (2017) informa que 50% dos reeducandos no Brasil possuem o ensino fundamental, 23% possuem o ensino médio, 16% estão inseridos na alfabetização e apenas 1% possuem o ensino superior. Diante desses

dados, constata-se que muito pode ser feito no que se refere a possibilitar a ressocializar o custodiado por meio da educação.

Educação de qualidade é imprescindível para o desenvolvimento social do Brasil. Essa linha de pensamento é compreendida também por Clara Grisot, que é uma estudiosa e cofundadora da associação francesa *Prison Insider*, que coleta informações sobre as condições das prisões no mundo. Em entrevista a Daniela Fernandes (2019), para a página virtual da *BBC News Brasil*, deu as seguintes declarações:

A corrida para o aprisionamento e a construção de prisões tem um custo extremamente alto tanto economicamente quanto socialmente. O Brasil dá continuidade a uma política repressiva que fracassou, sobretudo nos Estados Unidos, onde certos Estados gastam mais com prisões do que com universidades. Isso tem efeitos devastadores, com consequências sobre comunidades e gerações inteiras. Alguns têm recuado em razão dos estragos constatados. A educação é uma das primeiras muralhas contra a pobreza. São os pobres que são presos em massa e isso em todos os lugares. Construir presídios em detrimento da educação é uma escolha infeliz porque apostar na educação significa fechar prisões. Isso necessitaria de uma verdadeira guinada política (FERNANDES, 2019).

Sobre a discussão de que no Brasil a ideia de que os direitos humanos são “direitos dos mansos”, Grisot explica:

Isso faz parte de uma retórica clássica que chamamos de populismo penal que quer dividir os direitos humanos. Nós dizemos que os direitos humanos são indivisíveis e não podem ser negociados. Todos devem ser tratados com dignidade. Seria um grande retrocesso pensar o contrário (FERNANDES, 2019).

De fato, condiz com a realidade brasileira o pensamento de Clara Grisot de que o populismo penal é algo prejudicial para a sociedade, não se pode em um Estado Democrático de Direito negligenciar os direitos humanos. Neste sentido, o investimento em educação no sistema penitenciário contribui para a qualificação do cidadão ou cidadã encarcerado

(a), possibilitando que tenha uma atividade economicamente viável para ser desenvolvida fora do cárcere.

Mas, caso estejam inseridas no sistema prisional, merecem ter novas oportunidades de aprendizado, sendo assim, programas educacionais voltados para ressocializar os que estão no cárcere e fundamental (egresso), inclusive propiciar o nível superior, já que apenas 1% dos encarcerados possuem esse nível educacional.

Merece destaque também, como política pública necessária para o setor, fomentar no sistema penitenciário o trabalho digno. No entanto, ainda há muito que se fazer em relação a projetos de inclusão dos reeducandos em atividades laborais. De acordo com dados do INFOPEN/MJ (2017), apenas 15% dos encarcerados no Brasil estavam trabalhando. Tais dados demonstram a necessidade de ampliar o acesso a capacitação profissional e a trabalho digno e os recursos financeiros advindos do FUNPEN podem e devem também ser utilizadas para profissionalizar os que estão privados de sua liberdade.

Em um Estado Democrático de Direito, caso que se enquadra a nação brasileira, é imprescindível assegurar os direitos fundamentais para todos, sendo que os que estão sistema penitenciário não devem ser esquecidos. Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2012) sobre a importância do respeito à vida e a integridade física do ser humano:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2012, p.71).

A arbitrariedade, a omissão e as injustiças estão presentes no sistema penitenciário brasileiro, fatos esses comprovados pela imprensa nacional, em diversos momentos. Para que haja uma mudança de paradigma, e com isso haja uma justiça que restaure e promova a ressocialização, é

fundamental que os projetos a serem implementados pelos Estados, tendo o FUNPEN como suporte financeiro, sejam criados com o auxílio de especialistas no sistema carcerário e que a aplicação dos recursos financeiros tenha uma boa destinação, cumprindo as finalidades do fundo e criando meios para a reintegração social do encarcerado.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penitenciário brasileiro precisa ser tratado com a prioridade necessária pelo Poder Público, nas três esferas de governo. Milhares de vidas estão custodiadas pelo Estado e os seus direitos fundamentais estão sendo negados. Para melhorar o sistema, é indispensável ampliar o número de vagas, em unidades que atendam aos requisitos legais, mas somente criar vagas apenas minimiza o problema.

Paralelamente a qualificação das vagas e melhoria das condições materiais das unidades prisionais, é necessário que os demais direitos fundamentais sejam respeitados, com acesso à educação formal e de qualidade, qualificação profissional e trabalho dentro do cárcere para que as finalidades da pena sejam cumpridas

É mais que perceptível que existem diversas falhas no que compete a reestruturação do sistema penitenciário brasileiro. Sendo assim, deve haver o comprometimento das partes envolvidas, por todos os entes federativos (União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios).

Qualificar os gastos públicos, executar os recursos previstos no orçamento, incluído os recursos do FUNPEN, pode modificar a realidade cruel do cárcere no Brasil. Para tanto caberá à União qualificar agentes públicos nos Estados e municípios para que sejam elaborados projetos que possam ser contemplados com os recursos do FUNPEN, com vistas a atender as suas diversas possibilidades, evitando que os recursos utilizados sejam direcionados, quase que exclusivamente em ações ou projetos com predomínio de um viés punitivo (armas, carros, munções etc.), pois se faz necessário uma política que tenha como propósito resgatar as pessoas e possibilitar às pessoas que cumprem pena a possibilidade de mudar de vida quando estiverem fora do cárcere, bem como construir políticas públicas para atender ao público vulnerável que se encontra fora dos muros dos presídios, seja de âmbito estadual ou federal.

## REFERÊNCIAS

BARBON, Júlia; TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo. **Brasil ultrapassa Rússia e agora tem 3ª maior população carcerária do mundo.** Publicado em 08 dezembro de 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2mRyoik>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BARRUCHO, Luís; BARROS, Luciana. **5 problemas crônicos das prisões brasileiras e como estão sendo solucionados ao redor do mundo.** Publicado em 09 janeiro de 2017. Disponível em: <<https://bbc.in/2zaMKRJ>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível: <<https://bit.ly/1WZGqno>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994.** Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/31trhPJ>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.500, de 26 de outubro de 2017.** Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, para permitir a prestação de serviços, em caráter excepcional e voluntário, à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), na qual se inclui a Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2G5O5gc>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 225, de 10 de dezembro de 2018.** Regulamenta procedimentos e critérios para a transferência obrigatória de recursos do Fundo Penitenciário Nacional - Funpen ao fundo penitenciário dos Estados, Distrito Federal e Município, nos termos do artigo 3º-A da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para o exercício 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2YJHb6B>>. Acesso em: 05 ago. 2018.



\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualização – Junho 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/xfXRxs>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 1598/2019**. Disponível em: <<https://bit.ly/2YSfEjt>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Projeto torna obrigatório o uso de recursos do Fundo Penitenciário**. Publicado em 15 maio de 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2Kp0y0Q>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Fundo a Fundo**. Disponível em: <<https://bit.ly/2YROsl1>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

FERNANDES, Daniela. **Investir em educação ‘fecha’ prisões, diz especialista francesa**. Publicado em 29 maio de 2019. Disponível em: <<https://bbc.in/2EGGB28>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

MARQUES, Carlos José; OLIVEIRA, Germano. **“Está claro que o objetivo é soltar Lula”**. In: Revista Istoé, edição 2589, 14 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2OXepjs>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 1542/2019 – Plenário**. Disponível em: <<https://bit.ly/2KfXXGi>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Estados não abrem nenhuma vaga no sistema prisional nos últimos dois anos**. Publicado em 07 maio 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/31uvEdk>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Repasses do fundo penitenciário são utilizados de forma ineficiente pelo sistema prisional.** Publicado em 05 jul. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2Jn0PkA>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

VELASCO, Clara. **Apenas 5% dos recursos de fundo penitenciário para criação de vagas foram executados em 12 estados, aponta auditoria do TCU.** Publicado em 08 jun. 2019. Disponível em: <<https://glo.bo/2KwLMpk>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

# ATIVIDADE POLICIAL: COMO GARANTIR UMA POLÍCIA GARANTISTA?

*Oswaldo Veloso Vidal*

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade policial é um dos temas mais presentes nas discussões sobre Segurança Pública ocorridas no Brasil nos últimos tempos. A capacidade das polícias em manter a segurança no país vem sendo alvo de críticas nos mais diversos setores da sociedade que sentem o aumento vertiginoso da criminalidade. Se por um lado seus métodos de ação estão sendo duramente questionados, por outro há uma cobrança no endurecimento de suas ações contra o crime.

Ações que encorajem o abatimento do “inimigo” ou que favoreçam o encarceramento em massa, bem como o uso de novas tecnologias de forma ampla sem as devidas ponderações, são exemplos dos métodos que hora se apresentam no debate. O problema surge quando esses métodos de ação ferem Direitos Fundamentais e Garantias Individuais asseguradas por todo o ordenamento jurídico em vigor no país e que foram duramente conquistados ao longo dos anos.

Assim, entendendo o caráter moderno da polícia, necessário se faz compreender a formação do Estado moderno e suas concepções a fim de que se entenda realmente a polícia enquanto ideia e instituição inerente ao Estado. Por outro lado, suas disfunções e distorções, são igualmente importantes na busca de uma instituição que colabore com a justiça e que promova as Garantias Constitucionais.

Dessa forma, o Garantismo Penal criado por Luige Ferrajoli se apresenta como uma possibilidade de guiar as ações policiais no momento em que seus parâmetros consideram a dignidade humana como ponto inegociável. Contudo, cabe frisar que tais abordagens levarão em conta a perspectiva policial a fim de que se possa garantir uma polícia verdadeiramente garantista.

## 2. A FORMAÇÃO DO ESTADO

A propensão do ser humano em viver em sociedade, em detrimento do isolacionismo, tem sido tema de diversas reflexões ao longo do tempo e das diversas sociedades. Na tradição africana, existe a ideia de conexão do indivíduo com a coletividade, *ubuntu* (HAILEY, 2008), o que os fazem mais fortes. No campo da filosofia, Aristóteles afirmou que a vida em sociedade é inerente ao homem (ARISTÓTELES, 2002). Para Émile Durkheim o homem necessita da vida em sociedade e afirma que ela é determinante sobre o indivíduo (DURKHEIM, 2007).

Em que pese tais reflexões, o fato é que viver em sociedade exigiu a existência de regras que regulamentasse normas de convivência entre os seus integrantes, contrato social, desaguando na existência do Estado. Alguns pensadores defenderam diferentes modelos de Contrato Social, os quais são imprescindíveis conhecer para compreender a concepção de polícia garantidora de garantias constitucionais.

O Contrato Social, segundo Tomas Hobbes, no século XVII, parte do pressuposto que o homem é naturalmente um ser repleto de desejos governado por suas próprias razões. Esse direito seria denominado de *Jus Naturale*, o qual lhe daria a liberdade de usar o seu próprio poder na preservação da própria natureza (HOBBES, 2003). Entretanto, esse estado de natureza propicia ao homem, por mais forte que seja, a condição de constante alerta para manter a sua própria sobrevivência. Hobbes então criou sua regra geral da razão, a qual diz que o homem deve se esforçar pela paz e caso não consiga deve olvidar todos os meios para ganhar a guerra.

Na verdade, Hobbes apresenta uma visão pessimista e individualista do homem, que luta constantemente pela sobrevivência. Em relação a esse ponto, Bobbio afirma que no estado de natureza, para Hobbes ,não

há como ter certeza do respeito às leis naturais, o que a faria perder a sua eficácia, constituindo um estado permanentemente anárquico (BOBBIO, 1995, p. 35).

Hobbes se volta para a constituição da força como amálgama do contrato social, pois para ele pactos sem espada não passam de palavras, o que não garantiria a segurança de ninguém. Seria necessário um forte poder instituído que inspirasse confiança e legitimidade. Assim, ele propõe que todos os homens autorizassem a transferência de poder, em concórdia, para a figura do soberano (HOBBS, 2003). Hobbes, assim, lança as bases do Estado Moderno absolutista.

Espíndola enfatiza que o Estado moderno foi caracterizado inicialmente pela presença do poder ilimitado, absoluto e perpétuo, centralizado nas mãos do soberano, justificado ideologicamente na teoria do direito divino dos soberanos (ESPÍNDOLA, 2017).

O Contrato Social, na perspectiva de Jonh Locke, possui visão diferenciada em comparação a Hobbes. Locke também parte da premissa que o homem vive inicialmente em estado de natureza gozando de liberdade e igualdade. Porém, não há anarquia nesse estado pelo fato de todos se sujeitarem a lei da natureza, a qual Locke denomina de razão. A razão permearia os homens ensinando o valor da vida, igualdade, liberdade e da propriedade (LOCKE, 2001). O pensador, assim como Hobbes, adiciona o caráter divino ao seu ideal de Contrato Social, mas ao invés de atribuí-lo ao soberano, ele atribui ao “Criador infinitamente sábio” a responsabilidade de harmonizar a razão entre os homens (LOCKE, 2001, p. 129).

Jonh Locke entende que havendo a transgressão da lei natural o homem teria o direito de punir o ofensor executando, ele mesmo, a lei da natureza. Essa transgressão seria encarada como uma renúncia a razão, a lei, e conseqüentemente a Deus. Assim, a busca pela restauração da harmonia justificaria a guerra e o retorno da vida em segurança. Locke conclui que esse estado de guerra poderia prevalecer, pois todos os homens teriam todo o poder natural em suas mãos: força, juiz, júri, executor, o que, devido à natureza humana, poderia leva-los a um estágio irreversível (LOCKE, 2001).

Nesse sentido, Jonh Locke propôs a constituição de um governo que concentrasse o poder e reafirmasse a força do homem através de um pacto, o qual seria limitado e com a duração que dependesse da vontade dos con-

tratantes (LOCKE, 2001, p. 96). Percebe-se que a visão de Jonh Locke é mais otimista em relação ao homem, além de enfatizar o valor da propriedade privada como valor natural ao homem. O pensamento de Locke, então, torna-se uma das bases do Estado moderno liberal.

No Contrato Social de Rousseau, o estado de natureza se apresentaria de forma acolhedora para o homem, de forma a proporcionar felicidade, pois a natureza lhe conferiria suas necessidades básicas. Para Rousseau, a família seria a mais antiga de todas as sociedades e mesmo assim os filhos a abandonaria ao alcançar a idade da razão a fim de seguirem suas próprias conveniências. Para o pensador, esse fato demonstrava que o homem não tinha necessidades de viver em bandos, mas em grupos de conveniência. A vivência em isolamento impediria o desejo de glória, reputação, riqueza e segurança, evitando a necessidade de guerra, tão presente na concepção de Hobbes (ROUSSEAU, 1999a).

A desestruturação do estado de natureza adviria do aumento populacional, do desenvolvimento intelectual do homem e da sua necessidade de conforto. As necessidades se tornariam cada vez maiores e os espaços cada vez menores, gerando uma sociedade complexa, exigindo a necessidade de um pacto social. A vida em comunidade despertaria o desejo e a cobiça, criando o sentimento de infelicidade e gerando a necessidade de guerra, levando a perda do estado de natureza. Rousseau também credita a propriedade privada a causa de inúmeros males (ROUSSEAU, 1999b).

Assim, o Contrato Social de Rousseau descarta a força como imperativo coercitivo da sociedade, mas sim a renúncia da liberdade e dos direitos individuais em favor de todos, criando desta forma o conceito de vontade geral (ROUSSEAU, 1999a).

O entendimento dos pensamentos que sustentaram o Estado moderno é de fundamental importância para entender a polícia como instituição, pois, ao contrário que se pensa, ela também surge com a sua criação. Além do mais, conforme Espíndola, o perfil do Estado se reflete no modelo de produção do direito e também no papel a ser desempenhado pelos seus protagonistas (ESPÍNDOLA, 2017), inclusive a polícia.

### 3. ENTENDENDO A POLÍCIA

As instituições policiais estão tão presentes nas sociedades modernas que é quase impossível desassociá-las do modo de vida atual. Praticamen-

te todos os governos formados possuem a uma organização que utilize a força para a manutenção da ordem. Para conhecê-la melhor, alguns pensadores europeus resolveram pesquisa-la a fundo, a exemplo de Jean-Claude Monet, através de sua obra “Polícias e Sociedades na Europa”.

Monet explica que a instituição policial é uma organização que nasce com o Estado moderno, pois até então os exércitos tinham a obrigação de manter a ordem em todas as situações, fossem em momentos de guerra ou de paz. Com a sua criação, as forças armadas se concentraram nas ameaças externas, deixando os problemas internos com as polícias (MONET, 2006).

Ainda segundo ele, as estruturas policiais de hoje se formaram e se consolidaram nos séculos XVIII e XIX com a formação dos Estados monárquicos, autoritários e inquisitoriais, as quais perduram até a atualidade. A polícia então se constitui em uma instituição singular devido a posição central que ocupa no funcionamento político de uma coletividade, que aliada à sua origem, segundo Monet, mantém sempre e em toda parte relações ambíguas com a democracia (MONET, 2006).

Esse sentimento pode ser percebido através do jornalista Paul-Luis Courier que em 1822 fez uma petição em favor dos aldeões que se sentiam impedidos de dançar nas festas campestres das aldeias francesas devido a presença da polícia (MONET, 2006). Pode-se citar, também, as ações da polícia que lidam com controle de distúrbio civil ou ações que exerçam auto grau de coercitividade na sociedade contemporânea.

Entretanto, Monet ressalva que: “... a existência de uma polícia pública é o sinal indiscutível da presença de um Estado soberano e de sua capacidade de fazer prevalecer sua Razão sobre as razões de seus súditos” (MONET, 2006, p. 16). Um bom indício dessa afirmação seria a origem da palavra polícia, que vem do grego *politeia*, que por sua vez vem da palavra *polis*, que significa cidade. Assim, política e polícia possuem a mesma origem etimológica.

No contexto democrático, cabe o entendimento de alguns conceitos de polícia, dessa forma, Monjardet entende polícia como uma instituição que detém o monopólio do uso da força e que tem como finalidade garantir ao poder político e o controle social nas relações sociais internas (MONJARDET, 2003).

Skolnick e Bayley compreendem as organizações policiais modernas como burocracias clássicas com chefes, comissários ou diretores, estruturadas de forma hierárquica, com escalas de serviços, sistemas de regras formais, organogramas e conjuntos de ordens gerais (SKOLNICK; BAYLEY, 2017).

Robert Reiner afirma que a polícia é entendida como um grupo de profissionais devidamente uniformizados que executam atividade de patrulhamento em espaços públicos, exercendo um mandato direcionado prioritariamente para o controle do crime e da manutenção da ordem, não deixando de realizar algumas funções negociáveis de caráter social (REINER, 2004). É notório que os conceitos descritos de polícias remetem a complexidade da própria sociedade.

Quanto a isso, Monet lembra que existe uma estreita ligação das polícias com o ambiente urbano. Esse caráter municipal se deu pelo pequeno número de cidades, o que fortaleceu o poder central local. Essa realidade se transformou durante os séculos XVIII e XIX, onde o poder político central se fortaleceu causando o declínio das autonomias locais. Esse fenômeno levou ao surgimento das polícias militarizadas, que possuem natureza centralizadora, além de reforçar o controle das policiais locais (MONET, 2006).

Monet chama atenção para o fato das polícias ao redor do mundo possuírem as mesmas missões, a partir de matrizes compostas de algumas grandes missões nas quais são inseridas inúmeras tarefas, porém ele ressalva que a má qualidade desses textos propicia imprecisão com termos genéricos relacionados a paz, ordem e segurança. Mesmo assim em geral esses textos apresentam quatro conjuntos de atividades distintas: polícia de segurança, polícia de ordem, a polícia criminal e a polícia de informações (MONET, 2006).

Os conceitos ora relacionados demonstram características como organização, estrutura hierarquizada, monopólio da força, poder e relações sociais, fazem dela um forte instrumento de prevalência de garantias constitucionais. É fato que uma instituição com esses atributos precisa ter um acompanhamento diferenciado sob pena de comprometer a própria democracia. Assim, polícias sem esse acompanhamento podem demonstrar uma face adversa aquela idealizada pelo Estado moderno.



## 4. A OUTRA FACE DA POLÍCIA

Foi visto que o conceito atual de polícia é um produto do nascimento do Estado moderno, o qual inaugura a concepção de contratualismo social. Entretanto, polícias desvirtuadas, ao invés de promoverem a paz e a ordem, contribuem para o estado de caos social. O próprio Monet concluiu que houve perda de legitimidade das polícias europeias e da América do Norte ao revelar pesquisas entre as décadas de 70 e 80 que demonstraram a perda de popularidade das instituições policiais (MONET, 2006).

No Brasil, uma pesquisa divulgada pelo Instituto Data Folha revelou que 51% dos entrevistados possuíam mais medo do que confiança na polícia (DATA FOLHA, 2019). Essa percepção pode ser resultante das inúmeras ações malfadas realizadas pelas instituições policiais e que foram amplamente divulgadas pelos meios de comunicação. Dentre as mais famosas, pode-se citar a invasão do Carandiru, o caso do ônibus 174, o caso Amarildo e as incursões em locais periféricos, a exemplo das favelas no Rio de Janeiro.

Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revelam que o modo de ação das polícias não se traduz em êxito, pois o Atlas da Violência de 2018 aponta que houve 62.517 homicídios no Brasil no ano de 2016, o equivalente a uma taxa de 30,3 mortes por 100 mil habitantes. Segundo a pesquisa, 1374 casos de pessoas mortas foram em consequência de intervenções policiais. Ainda segundo o estudo, 33.590 jovens foram assassinados em 2016, sendo 94,6% do sexo masculino. Os números por si só já são uma tragédia, mas tendem a piorar quando o fator racial é colocado na equação (CERQUEIRA *et al*, 2018).

Em 2016 o Atlas da Segurança Pública constatou que a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia superior à de não negros (16,0% contra 40,2%), em uma variação de 23,1% entre 2006 e 2016. O próprio Atlas conclui que há a necessidade de direcionar políticas públicas para reduzir o direcionamento racial no âmbito dos homicídios (CERQUEIRA *et al*, 2018).

Sobre essa realidade brasileira, Loïc Wacquant afirma que as polícias militares usam rotineiramente a violência letal enquanto que as polícias civis recorrem habitualmente à tortura para fazer os suspeitos confessarem, além das execuções sumárias e os desaparecimentos inexplicados que

geram um clima de terror entre as classes populares, banalizando a brutalidade no seio do Estado (WACQUANT, 1999).

Para Wacquant, há uma política neoliberal voltada para as pessoas que não são absorvidas pelo mercado de trabalho, que seriam colocadas à margem da sociedade, a qual propiciaria políticas que as conduzissem para as prisões. Assim, desempregados, negros, minorias étnicas e todos aqueles não são encaixados na ordem social seriam conduzidos para o encarceramento sistemático.

Para o sociólogo houve o dismantelamento sistemático do estado de bem-estar social alcançado pelos países Europeus e da América do Norte, o que fragilizaria as garantias constitucionais dos excluídos. A ideia de Estado mínimo foi retirando lentamente direitos conquistados na área da saúde, segurança e da seguridade social.

Nesse sentido, as instituições policiais tiveram um papel importante, pois segundo Loïc Wacquant, as metodologias de políticas de repressão ao crime foram direcionadas para a parte excluída da sociedade. Ele cita como exemplo a política de “tolerância zero”, gestada na cidade de Nova York, na década de 80.

Wacquant afirma que nesse caso há uma retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público, onde os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros – seriam assimilados.

Essa política de segurança se expandiu e foi utilizada em várias cidades no mundo, a exemplo de Londres, Milão, Nápoles, Toronto, dentre outras. O pesquisador revela que houve ações no sentido de implantar a “Tolerância Zero” no Distrito Federal brasileiro, onde o então Governador Joaquim Roriz contratou 800 policiais civis e militares a fim de reduzir criminalidade que explodira na década de 90 (WACQUANT, 1999, p. 20).

É interessante perceber que a filósofa Angela Davis chega a mesma conclusão de Loïc Wacquant. Davis faz um panorama da realidade prisional dos Estados Unidos, em que acredita no direcionamento da política de encarceramento para os pobres e negros. Davis demonstra que após a “guerra fria” houve a migração da indústria bélica para o setor de segurança e posteriormente para o setor prisional, formando um complexo prisional-industrial, onde grandes empresas obtém lucros

em detrimento de grupos excluído das políticas públicas da sociedade (DAVIS, 2018).

Angela Davis relata que essa política discriminatória remonta a escravidão e a toda cultura que a envolve. O encarceramento incorpora as premissas da cultura escravocrata do castigo, da humilhação, da degradação, da tortura, do preconceito e de outras práticas utilizadas como balizadores naturais ao encarceramento.

Não há como não associar essa condição a “Vida Nua” descrita por Giorgio Agambem. Segundo ele a “vida Nua” seria a vida “matável” e “insacrificável” do homo sacer, onde a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (AGAMBEM, 2007), tal qual os pobres e negros cativos relatados por Ângela Davis.

Davis afirma que a ação policial é uma das formas de manter essa estrutura, quando ela traça um perfil racial em suas ações e imputa o crime a cor, estendendo essa realidade aos latinos. As reflexões de Angela Davis e Loïc Wacquant demonstram que a realidade brasileira possui eco em outros países do mundo. Mais uma vez a outra face das instituições policiais interfere nos direitos fundamentais do cidadão.

Talvez a face mais obscura repouse nas ações que resultem em fatalidade exercidas pelas forças de segurança. Sejam as ações fruto da imperícia, da negligência ou até mesmo em formas equivocadas de conceber a realidade que se apresenta. A vida de inocentes se torna supérflua e a ideia de dano colateral se torna uma constante, direitos fundamentais são cerceados constantemente e a sobrevivência se torna um sofrimento. O fato é que a vida se torna um bem secundário, em uma verdadeira política da morte.

O filósofo camaronês Achille Mbembe denomina esse fenômeno de necropolítica. Nela, a violência constitui a forma autêntica do direito, onde a soberania se expressa na capacidade de ditar quem vive e quem morre e na manifestação do poder como forma de controle (MBEMBE, 2017).

Para tanto, Mbembe se utiliza do conceito de “biopoder” de Michael Foucault associado ao estado de exceção e estado de sítio. A ideia de biopoder se caracteriza pela intervenção intencional na existência humana, operando com base em uma divisão entre os vivos e os mortos em que há divisão de grupos e subgrupos humanos, além do esta-

belecimento de censura biológica, rotulada de racismo por Foucault (MBEMBE, 2017).

No estado de exceção a pessoa, a qual Mbembe chama de escravo, desenvolve compreensões alternativas sobre o tempo, sobre o trabalho e sobre si mesmo, no estado de quase morte. Já no estado de sítio há separação, proibição, a espacialização e o isolamento, tendo como ponto base as relações raciais. Mbembe relata que a escravidão pode ser considerada a primeira manifestação da biopolítica, que são as estratégias de implantação do biopoder. Para ele a condição de escravo resulta na perda do lar, dos direitos sobre o seu corpo e do estatuto político, tendo como consequência a dominação absoluta (MBEMBE, 2017).

As instituições policiais quando não cumprem com suas obrigações, dentre elas a aplicação da lei, causam danos a própria sustentação do Estado ao contribuir na promoção de “Vidas Nuas” e Necropolíticas, pois da mesma forma que o estabelecimento de uma polícia permita que o Estado prevaleça sua “Razão” sobre as razões de seus súditos, uma polícia desviada pode pôr a perder todo o Estado Democrático de Direito. Assim, para que haja apenas uma boa face das instituições policiais o Garantismo Penal se apresenta como uma solução possível para resolver esse problema.

## 5. O GARANTISMO Penal

A realidade descrita anteriormente revela a necessidade imperiosa de estabelecer meios que resguarde as Garantias Fundamentais de todos os cidadãos, independente de classe social, intelecto, poder econômico, raça, sexo, opção sexual ou qualquer situação que o individualize. É preciso fazer valer o direito. Nesse sentido, o professor André Nicolitt atenta para o fato de que o grande problema do ordenamento jurídico não se encontra em seu reconhecimento, mas em sua efetividade, pois precisa haver interação com realidade para que a retórica seja superada (NICOLITT, 2010, p. 350).

Assim, o Garantismo Penal surge como uma forma de efetivar o Direito frente aos desafios da contemporaneidade. Bobbio, no Prefácio de “Direito e Razão”, descreve o Garantismo como a construção das colunas mestras do Estado de direito, que têm como base o fim a tutela das

liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder (FERRAJOLI, 2002).

O próprio Ferrajoli compreende o Garantismo como três dimensões bem definidas e distintas: um modelo normativo de direito; o Garantismo como uma *teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência das normas*; e uma filosofia política que exige do Direito e do Estado justificação externa. Para ele, o Garantismo seria uma forma de direito que se preocupa com perspectivas formais e substanciais que devem sempre existir para garantir a validade do direito. (FERRAJOLI, 2002).

Morais da Rosa afirma que o modelo de direito preconizado pelo Garantismo Jurídico tem base no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos demais direitos fundamentais, com sujeição formal e material da produção e aplicação do direito aos conteúdos constitucionais (MORAIS DA ROSA, 2003).

Já o professor Cadermatori, entende que a proposta garantista implica em um “Estado minimizador das restrições das liberdades dos cidadãos dentro de um Estado Social maximizador das expectativas sociais, com correlatos deveres, do próprio Estado, de satisfazer tais necessidades” (CADERMATORI, 1999, p. 161).

Nesse ponto em particular, Ferrajoli afirma que no Direito Penal Mínimo, o poder punitivo é exercido dentro dos limites já estabelecidos e previsíveis para a população, dentro de uma racionalidade que gera certezas. Entretanto, no Direito Penal Máximo, o direito é caracterizado pelo exercício incondicionado e ilimitado do poder punitivo, o que leva a incerteza e imprevisibilidade (FERRAJOLI, 2002).

Nesse mesmo raciocínio, Amilton e Salo de Carvalho lembram que a Teoria do Garantismo Penal se dispõe a constituir critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloque a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. (CARVALHO; CARVALHO, 2002).

Não se pode negar que sem a devida vigilância os interesses econômicos podem vir a assolapar os Direitos Fundamentais, assim, Nicolitt chama atenção para o fato do Garantismo Penal se amparar na tradição iluminista, articulando mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, o qual sofre influência da história e principalmente do “le-

vante neoliberal”, situação que coloca em risco as garantias individuais (NICOLITT, 2010).

Percebe-se de forma inequívoca que o Garantismo de Ferrajoli pretende assegurar direitos e garantias individuais, de forma que haja uma limitação no direito de punir do Estado. Contudo, o grande questionamento a se fazer é como esse “sistema” pode ser inserido e absorvido pelas instituições policiais de forma que a população possa sentir verdadeiramente ações garantistas por parte das polícias do país.

## 6. POR UMA POLÍCIA GARANTISTA

É possível que a polícia atue dentro da lei sem estar necessariamente no espectro garantista, até porque existem inúmeras concepções do direito que não necessariamente enfatize a dignidade humana. Ferrajoli, por exemplo, ao explicar modelos punitivos irracionais, afirma que o Estado policial é marcado por leis em branco, que admitem intervenções punitivas livres de qualquer vínculo e juízo prévio, um verdadeiro Estado selvagem (FERRAJOLI, 2002, p. 82).

Apesar disso, a sociedade merece e clama por uma polícia que efetivamente faça da dignidade humana um dos seus pilares básicos. Para tanto, Jean-Claud Monet pode oferecer algumas pistas em relação a essa situação. Para ele a organização policial possui 4 dimensões: a) a profissionalização; b) a especialização; c) a politização; e a d) reflexão sobre as raízes econômicas e sociais da criminalidade (MONET, 2006).

A profissionalização das polícias é o primeiro passo para se ter uma polícia garantista. Um policial consciente de suas limitações legais e sociais saberia dos riscos que enfrenta com maior resignação, eficiência e tranquilidade mediante os desafios da segurança pública, os quais retratam a complexidade das sociedades modernas.

Nesse quesito, Walker, citado por Batitucci, afirma que o estabelecimento de qualificações mínimas para a contratação e o treinamento dos policiais de linha, além da adoção de princípios da administração científica nessas instituições contribuiriam para a qualificação policial (apud BATITUCCI, 2011, p. 67).

Outro fator importante seria a especialização, já que qualquer profissão possui uma parcela dos seus associados que se distinguem através do

aprofundamento de determinadas áreas da carreira. A medicina, o direito, e a engenharia são bons exemplos dessa realidade. A atividade policial também deve ter sua especialização.

A criação de unidades ou grupos especializados podem enfrentar situações e tipos de delitos particulares (MONET, 2006), além de aumentar a eficiência da polícia. Nessa mesma linha de pensamento, Reiss Jr., citado por Batitucci, afirma que o aumento progressivo na especialização de tarefas é consequência do aumento da complexidade da estrutura organizacional (BATITUCCI, 2011). As Rondas Maria da Penha que realizam trabalho preventivo junto as mulheres vítimas de violência doméstica, bem como Delegacias especializadas em crimes econômicos são exemplos dessa especialização que garantem a diversidade social.

A terceira dimensão repousa na politização da polícia. Monet entende que a politização nas democracias contemporâneas são pontos positivos na medida em que as polícias compreendem a responsabilidade na definição das prioridades dos recursos, além de discutir a sua posição na sociedade (MONET, 2006).

Entretanto, Walker, citado por Batitucci, vai um pouco mais além quando, exemplificando a realidade da polícia dos Estados Unidos na década de 30, afirma categoricamente que a eliminação da influência política na polícia desenvolveu um novo sentido de missão para a atividade policial – a de servir a comunidade assumindo uma postura politicamente neutra (BATITUCCI, 2011, p. 66).

A observação desse ponto em especial poderia amenizar a biopolítica, pelo menos no âmbito das instituições policiais, que não contribuem para a existência da “Vida Nua” e da “Necropolítica” (AGAMBEM, 2007; MBEMBE, 2017), tornando as ações policiais mais garantistas.

Por último, e não menos importante, figura na reflexão sobre as raízes econômicas e sociais da criminalidade, onde Monet, relatando a realidade europeia, conclui que em movimentos contestatórios, rebeliões urbanas, crise das periferias e aumento das violências raciais, a polícia não estaria nesses locais para ter o domínio dessas situações, mas sim para fazer respeitar a ordem e prevenir delinquência (MONET, 2006, p.213-241).

Esse quesito é de extrema importância, pois o Brasil é um país com imensas diferenças sociais e péssima distribuição de renda entre os seus cidadãos, o que gera tensões sociais e reiteradas situações de injustiças que

desaguam no Direito Penal e conseqüentemente na ação policial como uma forma de controle social.

Nesse sentido, Nicolitt e Neves entendem que o controle social não se limita a legislações penais e muito menos às penas privativas de liberdade (NICOLITT; NEVES, 2017, p. 50). Esse pensamento traduz perfeitamente a matriz garantista no momento em que preconiza outras formas de resolução de conflitos, atendendo a mínima intervenção do Estado (FERRAJOLI, 2002). Tal postura amenizaria ocorrências de violência e discriminação policial descrita por Ângela Davis e Loïc Wacquant.

Há outros fatores que devem ser levados em conta que interferem na predisposição do policial, a exemplo da garantia dos direitos dos policiais, afeto a qualquer trabalhador, como Equipamentos de Proteção Individual (EPI), que podem ser evidenciados na falta de coletes balísticos, armamento apropriado, capacetes e viaturas inapropriadas, bem como a falta de armamento de baixa letalidade, além da assistência psicológica e treinamento em resoluções de conflitos, dentre outros fatores que influenciam sim, na prestação do serviço à comunidade.

A existência de uma polícia garantista é de interesse de toda a sociedade, pois o braço armado do Estado precisa trabalhar dentro de parâmetros bem definidos para que possa garantir direitos individuais prescritos pela Constituição Federal e fortaleça o Estado Democrático de Direito.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As estatísticas voltadas para a redução da criminalidade demonstraram considerável ineficácia dos métodos policiais ora largamente utilizados pelas organizações de aplicação da lei. Afinal de contas, 62.517 homicídios a uma taxa de 30,3 mortes por 100 mil habitantes ocorridas ano de 2016 são provas inequívocas da falência da política de segurança pública nacional.

Foi visto que essa realidade é muito mais preocupante quando se discutiu os custos arcados pela sociedade em perdas de vida, principalmente para determinados grupos sociais, onde se constatou que a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia superior à de não negros e 1374 casos de pessoas mortas foram em consequência de intervenções policiais, que são consequências dos métodos policiais.



O Garantismo Penal, criado por Luige Ferrajoli, foi apresentado como uma possibilidade concreta em que as instituições policiais possam agir com base na dignidade humana com o intuito de preservar as Garantias Fundamentais do cidadão asseguradas na Constituição Federal. E para tanto, foram sugeridos alguns direcionamentos de mudança de postura que se traduzam em ações positivas para a sociedade, a exemplo da reflexão sobre as raízes econômicas e sociais da criminalidade, que propicia ao policial ter a consciência da realidade em atua.

Por outro lado, foi visto que a concepção de polícia contemporânea nasceu com o Estado moderno e que a sua existência demonstra a soberania do Estado e de sua capacidade de prevalência sobre os cidadãos, o que faz dela uma instituição indispensável para a manutenção do Estado Democrático de Direito

Assim, garantir uma polícia garantista é uma necessidade imperiosa da sociedade brasileira, pois sua indispensabilidade prescinde uma atuação dentro dos parâmetros da lei, com eficiência, de forma a garantir os Direitos Fundamentais sempre pautada na dignidade humana.

## REFERÊNCIA

AGAMBEM, G. **Homo Saber: O poder soberano e a sua vida**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BATITUCCI, E. C. A polícia em transição: O modelo profissional-burocrático de policiamento e hipóteses sobre os limites da profissionalização das polícias brasileiras. **Resvista Dilemas**, v. 4, n. 1, p. 65–96, 2011.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

CADERMATORI, S. **Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARVALHO, A. B. DE C.; CARVALHO, S. DE. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª Ed. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

- CERQUEIRA, D. et al. **Atlas da Violência**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2019.
- DATA FOLHA, I. **Pacote Anticrime Opinião Pública**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/04/11/3100581ecc8a17a619af6189cd-665777pac.pdf>>. Acesso em: 28 maio. 2019.
- DAVIS, A. **Estão as Prisões Obsoletas?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.
- DURKHEIM, E. **As Regras do Método Sociológico**. 3ª ed. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESPÍNDOLA, A. A. DA S. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social sobre o juiz. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 2, n. 2, p. 293, 2017.
- FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- HAILEY, J. **Ubuntu: A literature review**. London: Tutu Foundation, 2008.
- HOBBS, T. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOCKE, J. **Segundo Tratado do Governo Civil e Outros Escritos**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes (Clássicos do Pensamento Político), 2001.
- MBEMBE, A. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, v. 2, n. 32, p. 122–151, 2017.
- MONET, J.-C. **Polícias e Sociedades na Europa**. 2ª ed. São Paulo: Edusp (Série Polícia e Sociedade), 2006.
- MONJARDET, D. **O Que Faz a Polícia: Sociologia da Força Pública**. São Paulo: Edusp (Série Polícia e Sociedade), 2003.
- MORAIS DA ROSA, A. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

- NICOLITT, A. L. **Intervenções Corporais o Processo Penal e as Novas Tecnologias : Uma Análise Luso-brasileira.** (Tese de Doutorado em Direito) Universidade Católica Portuguesa, 2010.
- NICOLITT, A. L.; NEVES, F. H. C. Política criminal e direitos fundamentais: legalidade ou letalidade? O necessário relaxamento das prisões ilegais. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 2, p. 44–64, 2017.
- REINER, R. **A Política da Polícia.** São Paulo: Edusp (Série Polícia e Sociedade), 2004.
- ROUSSEAU, J.-J. **O Contrato Social.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.
- ROUSSEAU, J.-J. **Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens.** São Paulo: Martins Fontes, , 1999b.
- SKOLNICK, J. H. .; BAYLEY, D. H. **Policciamento Comunitário.** São Paulo: Edusp (Série Polícia e Sociedade), 2017.
- WACQUANT, L. **As Prisões da Miséria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

# A PROBLEMÁTICA INERENTE AOS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS E O PROJETO DE LEI ANTICRIME

*Stephanie da Costa Vidal de Figueiredo*

*Maicon Souza Menegatti*

## INTRODUÇÃO

As concepções de corpo adquiridas com o passar dos anos, assim como as ciências biomédicas e a engenharia genética, sofreram com a velocidade dos avanços e pesquisas tecnológicas e, acabaram assim, por adquirir novos significados frente ao direito. O estudo acerca da regulação dos recursos genéticos, bem como suas coletas e validades, nos é apresentado, no tempo das incertezas, dos questionamentos políticos e da crescente mediação do direito penal, como pesquisa, manutenção da justiça e de igual modo, como possível valor de pesquisa e igualmente, valor econômico.

Com o avanço científico e tecnológico experimentado nas últimas décadas, novos desafios jurídicos foram apresentados à sociedade. Um desses desafios, é a relação entre a proteção à privacidade do indivíduo, a presunção de inocência e a defesa da segurança pública.

O embate pode ser observado conforme nos debruçarmos na legislação atual frente à implementação dos Bancos de Dados de Perfis Genéticos no âmbito da lei 12.654/2012, bem como com o estudo acerca do Projeto de lei, chamado de Projeto de lei “anticrime”, apresentado e defendido pelo Ministro da Justiça do atual governo, Dr. Sergio Moro.

A evolução nas ciências médicas, principalmente na engenharia genética, suscita questionamentos que se agravam com a leitura do Projeto de Lei Anticrime, no qual, seria possível um estado permanente de exceção? Seria possível uma sociedade de controle respaldada na manipulação e manutenção dos dados genéticos coletados? Quais os reflexos da genética na perseguição criminal? Qual limite entre a atuação e interesse público frente às liberdades e garantias individuais? São questionamentos que permeiam todo o assunto aqui estudado.

Dessa forma, a pesquisa se volta para questões bioéticas, seus avanços, os direitos da personalidade e as Ciências Criminais, trabalhando esses paradigmas, a partir do estudo do uso das informações coletadas e codificadas nos bancos genéticos de dados e sua disponibilidade, em conflito com a privacidade e a unicidade do indivíduo e a possibilidade de livre comércio e os reflexos e incertezas que se apresentam na sociedade.

Adentra-se ainda, na reflexão acerca da necessidade de se balizar os avanços e descobertas no âmbito da genética, tendo em vista a possibilidade de seu uso de maneira exacerbada, principalmente em âmbito criminal, podendo destacar-se não como um aliado da sociedade na resolução de crimes, caso entenda-se este como um argumento plausível para a utilização de perfis genéticos, mas, por ter a possibilidade de acabar contribuindo com a realização de uma seletividade biológica e um controle da sociedade através do interesse estatal.

Sob tal jaez, questiona-se até qual ponto, tendo como pretexto uma maior acurácia da investigação criminal no Brasil, seria possível tolerar e auxiliar a invasão de inúmeras esferas de direitos fundamentais de um ser humano. Sendo assim, com base nesta questão que será desenvolvida a presente pesquisa, utilizando-se ainda a interdisciplinaridade e a análise do Projeto de Lei Anticrime, com o fundamento de entender qual o posicionamento atual do pensamento da sociedade, representado por seus governantes eleitos.

Para efetuar de forma mais eficaz a reunião de diversas problemáticas acerca do presente instituto, fez-se opção pelo método dedutivo, adotando o referencial teórico-bibliográfico, uma vez que a presente pesquisa teve como enfoque a revisão bibliográfica e ainda a comparação com o novo projeto de lei, embasando-se assim, em livros e artigos científicos sobre os assuntos que compõe o objeto do estudo aqui delimitado.

Neste desiderato, busca-se analisar, desde a coleta compulsória do material genético para a composição da Rede Integrada de Perfis Genéticos até os seus possíveis reflexos na sociedade, através de limitação de direitos e garantias fundamentais, bem como uma criação de pensamento ilusório e entendimento coletivo de possível maior segurança.

## 1. O ATUAL SISTEMA DE ARMAZENAMENTO DE DADOS GENÉTICOS

De uma forma propedêutica, os bancos de dados genéticos são obtidos através da coleta de material genético, cujo as informações são armazenadas com a finalidade de identificação mediante comparação com outras informações genéticas.

O Sistema de armazenamento de Dados de DNA nas palavras da pesquisadora Helena Moniz (2002), pode ser apresentado como um conjunto estruturado de informações e resultados de análises do DNA, tecidos e órgãos que são armazenados na Rede Integrada de Perfis Genéticos.

Ainda neste desiderato, a pesquisadora Adriana Espindola Correa (2010), amplifica seu conceito, acrescentando que os dados genéticos coletados, sequenciados e armazenados no sistema de armazenamento de dados genéticos, podem ser associados à diversas naturezas, sendo elas, natureza médica, genética, familiar e criminal.

Este avanço científico, apenas deu-se através do estudo que se iniciou em 1953, quando os pesquisadores James Watson e Francis Crick, analisaram e acabaram por desvendar o mecanismo pelo qual as informações hereditárias eram passadas de uma célula para outra. Determinando assim, a estrutura do Ácido Desoxirribonucleico (BONACCORSO, 2010).

Em âmbito pátrio, após a contextualização do descobrimento e utilização do DNA, principalmente nas ciências criminais, podemos elencar a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), que fora instituída através da iniciativa do Ministério da Justiça e das Secretarias de Segurança Pública Estaduais, com a finalidade de intercâmbio de perfis genéticos obtidos por intermédio dos laboratórios de perícia oficial.

Assim sendo, ao primeiro olhar, a utilização das informações coletadas e digitalizadas na Rede de Perfis Genéticos representam um instrumento eficaz na resolução e solução de crimes, sendo uma ferramenta concreta contra a impunidade.

Por outro lado, o sistema de armazenamento para fins de investigação criminal gera posicionamentos conflitantes e debates no meio jurídico, mesmo se tratando de um tema incipiente. Segundo Almeida Neto (2010): “Os principais debates envolvendo esta ferramenta de investigação criminal gira em torno do armazenamento dos perfis, e sobre o tempo que a amostra permanecerá no banco de dados para consulta”. Comentário este que o projeto de lei visa alterar de forma mais intensa do que atualmente instituído.

Tendo em vista que mesmo com o advento da Lei 12.654/2012, não se perfaz um consentimento quanto à quem deverá ter seus dados coletados, bem como, se apenas condenados ou suspeitos e se ainda, deverá permanecer nos bancos de armazenamento por tempo indeterminado, ou, se cessando a conduta e seu cumprimento de pena, deverá ser de igual modo, retirado do sistema, tendo em vista, a característica de sigilo pertencente ao Bando de Dados Genéticos. Com o Projeto de Lei, há o entendimento que todos poderão ter seus dados coletados, não apenas condenados com trânsito em julgado.

A Lei 12.654/2012 que introduz a capacidade de identificação criminal através da coleta de material biológico para a determinação de perfil genético. Alterando assim, a lei de Execuções Penais, através do artigo 9º-A, que prevê e institui a obrigatoriedade de coleta de perfil genético, quando o sujeito for condenado por crime doloso com violência ou contra pessoa e hediondos com finalidade de identificação criminal,

A respectiva lei, sancionada pela Presidente Dilma Rousseff, ainda estipula que as informações genéticas não poderão revelar traços somáticos, observado a possível utilização de maneira arbitrária e viciada desses dados para uma seletividade biológica e ainda, a definição de um perfil de criminoso, tal como estudado por Cesare Lombroso, na busca por um “perfil de criminoso” e transplantado para a atualidade, ferindo assim, direitos constitucionais assegurados.

A utilização dessa ferramenta na identificação criminal, desenvolveu-se a partir da necessidade de se identificar inicialmente a autoria de cri-

mes sexuais, adquirindo com o passar do tempo maior amplitude, alcançando assim os demais tipos penais.

É bem verdade que, sempre houve a preocupação com relação a identificação e reconhecimento de características únicas referentes a cada indivíduo. Com os avanços, a sociedade passou de impressões digitais à análise de DNA, este encontrado em todos fluídos corporais.

Acerca da identificação criminal, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, inciso LVIII, que o “civilmente identificado só será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Dessa forma, a utilização da genética na identificação criminal em sujeitos que já constam no sistema prisional ou num rol taxativo de delitos, conforme regulamentado pela referida lei em estudo, apresenta elemento discriminatório e não representa nexos causal necessário para compor o banco de dados.

Assim, respeitando o princípio da dissociação dos dados, consubstanciado na proteção da identidade, os materiais coletados dos criminosos são armazenados separadamente das suas descrições e num momento posterior, são confrontados com os materiais obtidos na cena do crime. Interessante notar que, mesmo com a preocupação referente à dissociação dos dados, a capacidade dos bancos genéticos supera a definição apenas do indivíduo em situação criminal, possuindo a capacidade de identificar suas características hereditárias.

Dessa forma, regulamentado através do Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013 que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Dados de Perfis Genéticos, houve a necessidade de criação do Comitê Gestor, dos Bancos Genéticos, composto por representantes do Ministério Público, Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Comissão Nacional de Ética e Pesquisa (COELHO, *et al.*, 2013).

Em suma, é evidente a capacidade e importância da utilização dos bancos genéticos na resolução de materialidade e prova de casos que antes poderiam não ser solucionáveis. Nos ensinamentos de Bonaccorso (2010, p 20), “o potencial dos bancos de dados é indiscutível para efetuar auxílio na investigação criminal, mas não se pode olvidar a problemática subjacente a eles”



## 2. PROJETO DE LEI ANTICRIME: BANCOS GENÉTICOS E O ROMPIMENTO DE DIREITOS

No Brasil, podemos identificar que sempre existiu uma forte tendência à introdução de medidas advindas de outros países, que são muitas vezes mais desenvolvidos, sem que haja, de forma intensa, reflexão sobre os problemas que poderão advir das peculiaridades e nuances da realidade brasileira nos determinados casos.

A importância do estudo perfaz devido a proteção adquirida e empregada sobre os dados pessoais. A extração compulsória de material genético com a finalidade de armazenamento e composição da rede integrada de perfil genético, acaba por divergir aos direitos e garantias fundamentais elencados em nossa Constituição Federal e, com o novo projeto de lei, intitulado “Lei Anticrime”, novas divergências irão acontecer.

Dessa forma, o presente tópico possui como objetivo uma análise acerca do Projeto de Lei Anticrime, na seara dos dados genéticos, para a criação de um mapeamento acerca de toda a problemática que permeia o instituto, sem que haja um esgotamento do tema, por se tratar de um tema incipiente.

Assim sendo, ao primeiro olhar, podemos verificar que a utilização das informações coletadas e digitalizadas na Rede de Perfis Genéticos podem representar um instrumento eficaz na resolução e solução de delitos, conforme disposto anteriormente.

Devemos destacar inclusive que o Estado vem disseminando o entendimento que esta é uma ferramenta capaz de romper com a impunidade existente em nosso país, e amplamente divulgada pela mídia, principalmente em âmbito criminal. Por outro lado, o sistema de armazenamento para fins de investigação criminal gera posicionamentos conflitantes e debates no meio jurídico, mesmo se tratando de um tema incipiente e com poucas obras bibliográficas efetivas.

Conforme explicitado, torna-se importante que haja a realização de uma análise acerca do novo projeto de lei, desenvolvido pelo atual Ministro da Justiça e ex-Juiz Federal, Dr. Sergio Moro, no tocante aos Bancos de Dados Genéticos, que nos apresentado no item de número XVIII, com o título: “Medidas para aprimorar a investigação de crimes”.

Inicialmente, podemos de forma instantânea e preliminar, questionar o título do tópico que versa sobre os Bancos de Dados de Perfis Genéticos,

tendo em vista que não é concreto e comprovado que os bancos de dados possuem o condão de auxiliar ou até mesmo aprimorar a investigação de crimes. De uma forma ilusória, pode-se pensar que a genética seria uma solução incrível para identificação de culpados em delitos, entretanto, na prática, pode-se afirmar que isto não ocorre.

Há que se ter claro que o crime para ser auxiliado pela rede integrada de perfis genéticos e conseqüentemente pela genética, precisa deixar vestígios. E os vestígios precisam estar hábeis para que sua identificação ocorra. Destaca-se ainda que, os crimes que mais deixam vestígios, são os crimes sexuais.

Nos crimes sexuais, que são crimes onde o contato do corpo da vítima encontra-se diretamente com o corpo do autor, há um fator determinante e fundamental que é o tempo. Dessa forma, é necessário que as perícias ocorram no menor intervalo de tempo entre o delito cometido e a ajuda à vítima. Ainda, precisamos ressaltar e acrescentar que nem todo crime sexual deixa vestígios, haja vista que, o simples uso de preservativo masculino convencional consegue inibir os rastros genéticos (fluídos corporais, sêmen, etc.) e até mesmo, porque algumas pessoas com disfunções hormonais não liberam vestígios, e que poderiam ficar no corpo da vítima para que haja efetiva identificação.

Tecnicamente, podemos assim ressaltar que a utilização da genética não possui o condão de ser eficaz no auxílio à investigação de delitos, ou até mesmo, solucioná-los. Entretanto, a propaganda existente por intermédio do governo, para que a sociedade acredite ser necessário abrir mão da sua intimidade e privacidade, disponibilizando seus dados genéticos, por uma falsa sensação de segurança, nos fazendo assim, advertir para intenções diferentes das já anunciadas por este ente.

Há que se ter claro ainda, que os dados genéticos coletados e armazenados, dizem respeito a muito mais do que vestígios de materiais genéticos encontrados na cena do crime. Eles dizem respeito de maneira individualizada e pormenorizada à determinada pessoa, sua hereditariedade e consecutivamente, à genética de sua família. Devendo assim, seu uso ser limitado e balizado pelo Estado, com a finalidade de atribuir garantias e assegurar que serão usados para o avanço e benefício do homem e não em seu desfavor de forma indevida.

Acrescenta-se ainda que, a manutenção dos dados genéticos, sem que haja anonimização correta, pode acarretar inúmeros problemas ao longo tempo. Tendo em vista que estes dados podem ser utilizados para auxiliar uma possível seletividade biológica ou até mesmo um controle por meio do Estado.

Assim, com o objetivo de entender melhor o conteúdo do projeto de lei, denominado “anticrime” que consegue exacerbar as medidas aplicadas atualmente referente à persecução criminal e os dados genéticos. Diante disso, o projeto propõe a alteração do art. 9º-A, que fora mencionado e explicado no tópico anterior. Assim, a nova legislação, assevera que os condenados por crimes dolosos, mesmo sem trânsito em julgado, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no sistema prisional.

Dessa forma, claramente podemos destacar inúmeros problemas no projeto de lei que visa a alteração, principalmente na questão referente à obrigatoriedade de coleta de perfil genético mesmo que inexistir trânsito em julgado, ou seja, o investigado ainda não é culpado definitivamente pelo delito em tela e mesmo assim, precisará ter seus dados genéticos coletados e mantidos na rede.

Neste desiderato, a Constituição Federal assevera em seu art. 5º inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, dessa forma, o entendimento pode ser estendido para a colheita de material genético, pois, de igual forma, o Estado não poderia manter desejo e posse acerca dos dados genéticos do cidadão em questão, tendo em vista que este ainda é considerado inocente perante o ordenamento jurídico pátrio.

Inclusive, dentro do sistema prisional, não seria necessário manter os dados genéticos armazenados do condenado ou até mesmo do suspeito, tendo em vista que este está sob responsabilidade do Estado.

Acrescenta-se ainda que não importa que a técnica de extração do material genético seja indolor, tendo em vista que mesmo que não fira a integridade física do acusado e ou suspeito, isso acabaria por ferir à autodeterminação do indivíduo. Referida autodeterminação, consiste no direito do homem sobre o seu próprio corpo, de decidir, de dispor, em vida ou para após sua morte, em relação às pesquisas científicas ou atos

de humanidade, relacionado ao direito da personalidade e amplamente característico da validade do consentimento informado quanto às coletas e informações advindas pela análise de material genético.

A recusa do condenado para submeter-se ao procedimento de identificação de perfil genético, será considerado falta grave, conforme o §4º do projeto de lei em estudo. Tudo isso, para evitar a autodeterminação do indivíduo e o consentimento livre e esclarecido.

O projeto de Lei, inclusive, apresenta alterações na Lei nº 12.037/2009 (Banco Nacional de Perfil Genético), asseverando em seu Art. 7º - A que a exclusão do perfil genético do condenado, apenas ocorrerá no caso de absolvição do acusado ou, mediante requerimento, quando decorridos vinte anos após o cumprimento da pena.

Na legislação vigente, temos que a exclusão dos perfis genéticos, ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Assim, podemos observar que o Estado quer possuir por mais tempo, com o novo projeto de lei, a manutenção dos perfis genéticos dos acusados.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é cristalino que a ampliação do escopo de coleta de perfis genéticos, proposta pelo Governo Federal, tem condão de causar severas alterações na forma como funciona atualmente o banco de perfis genéticos, além de ter potencial de causar grandes danos às liberdades pessoais constitucionalmente garantidas.

Com isso, é temerária a urgência conferida ao mencionado projeto, onde se busca a aprovação legislativa de forma acelerada, suprimindo espaços de discussão essencial para um projeto com a capacidade de alterar a vida do cidadão desta forma, além de impossibilitar que o público em geral conheça as minúcias e consequências que esta lei poderá causar.

Causa espanto ainda a desinformação disseminada a respeito da efetividade do uso dos perfis genéticos na persecução criminal, pois, como exposto no referencial, existem muitos óbices à aplicação da identificação de autores de crime desta forma, e também o reduzido número de crimes que poderão ser resolvidos com a aplicação do método.

Outra preocupação relevante se dá na ótica da possibilidade de extração independentemente de condenação transitada em julgado, porque, mesmo

se houver posterior absolvição do réu, não há qualquer previsão de retirada dos dados do banco, além da óbvia discussão sobre a presunção de inocência consagrada pela Carta da República, que se mostra totalmente violada.

A compulsoriedade da extração também abre possibilidade para diversas implicações. Apesar de já ser prevista na legislação atual, a imposição de uma falta grave ao apenado, em caso de recusa, adiciona graves consequências. A utilização de métodos que reduzam a intromissão e sejam indolores não afastam a gravidade da imposição, pois há clara violação da integridade física da pessoa, além de uma manifesta contrariedade ao direito de não produção de provas contra si, também amparados pela Constituição Federal de 1988.

Há problemas também quantos às implicações de manter dados desta natureza por um período de tempo tão longo quanto o previsto pelo “Projeto de Lei Anticrime”, pois estes dados dizem respeito ao mais íntimo de um ser humano, e podem permitir diversas aplicações, muitas delas inconstitucionais. Assim, a gestão e a segurança destes dados, dentro do banco de dados, é de fundamental importância e deve ser debatida.

Por fim, cabe ressaltar que existem inúmeras faces do referido projeto, que o presente trabalho não tem pretensão de abordar. Porém, na seara da extração de dados genéticos, fica muito clara a necessidade de um debate mais profundo sobre as implicações da proposta, em âmbito legislativo e popular, pois existe uma forte possibilidade de ocorrerem retrocessos de difícil reversão caso a proposição do Governo Federal se torne lei.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, João Beccon de. Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações de um debate hodierno. **Boletim IBC-CRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 16-17, ago. 2010. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/250-213-Agosto-2010](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/250-213-Agosto-2010)> Acesso em: 03 jul. 2019.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. 280 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 882/2019**. Altera o Decreto-Lei nº 848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2192353>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2016.

BRASIL. Decreto 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 mar. 2012.

BRASIL. Lei 12.654 de 28 de maio de 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 providencias. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 maio 2012, Seção 1, p. 1.

COELHO, Renata de Araújo; *et. al.* Uma perspectiva Bioética sobre a criação de Bancos de Perfis Genéticos para Investigação Criminais no Brasil. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, v. 2, n. 3, p. 317-325, 2013.

CORREA, Adriana Espindola. **O Corpo Digitalizado**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MONIZ, Helena. Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, v. 12, n. 2, abr./jun. 2002, p. 237-264.

# CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

*Lorena Braga Raposo*

*Flávio Mirza Maduro*

## Introdução

Os fatores da imigração e dos refugiados vêm tornando a sociedade cada vez mais culturalmente heterogênea. Desse modo, tais fluxos transformam o tecido social e incrementam a complexidade cultural, bem como religiosa, das sociedades de destino, somando ao pluralismo originário dessas sociedades novas manifestações de diversidade que permitem qualificá-las como sociedades multiculturais. O pluralismo cultural traz o desafio para as sociedades globais de respostas as exigências da diversidade, principalmente pelo aspecto normativo.

Hanna Arendt (2012, p. 16) descreve, em *A Condição Humana*, que “no homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidades, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade dos seres singulares.”<sup>32</sup>

Sob a égide da alteridade e respeito aos direitos humanos cumpre o Estado de acolhida propiciar garantias efetivas que permitam ao outro o livre exercício de direitos sem distinção de sua etnia, religião ou cultura.

---

32 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

Esta tarefa árdua se coloca ainda mais ímproba, quando um comportamento aprovado pela cultura de um determinado do grupo determinado pela suas tradições, rituais, etnia, crenças culturais e/ou religiosas representa, pelo ordenamento do Estado receptor, um comportamento penalmente relevante.

Uma tendência intolerante ao multiculturalismo vem se tornando cada vez mais presente em nome do universalismo cultural, eventos como a implantação do “encerramento de fronteiras”, na Europa, que consiste em políticas de imigração muito restritivas e a intenção discursão sobre a construção de um muro entre o México e os Estados Unidos corroboram a ideia das políticas de confronto e rejeição crescente.

Quando o conflito normativo é dirimido através de violação de normas jurídicos-penais do país de destino em cumprimento de regras do próprio código etnocultural cujo sentido diverge do daquelas, surge os chamados crimes culturalmente motivados ou, na terminologia anglo-saxónica *cultural offenses*.

Do ponto de vista metodológico, o trabalho examina casos práticos para analisar como a cultura constitui um dos fatores de maior influência nas decisões e opções de agir dos indivíduos, a intensidade da relação do estrangeiro é influenciada pela cultura do país anfitrião como igualmente sugere a modificação dos nacionais desta pátria, resultando na amplificação de seus costumes e tradição.

O trabalho que segue dividido em quatro partes. Na primeira seção serão apresentados como as ciências criminais se relacionam com os ilícitos frutos dos comportamentos condicionados. A questão anunciada decorre do acervo de casos progressivos mundialmente emanentes dos conflitos culturais com relevância penal que serão citados neste artigo. Na sequência, a segunda parte do trabalho transcorre pela identificação do que deve ser considerado cultura, passando a terceira parte pelo papel da religião neste contexto, e por fim, na quarta e última seção, pela configuração do sujeito ativo como pertencente ao grupo culturalmente minoritário e a busca pela definição e caracterização dos crimes culturalmente motivados.

## 1. Multiculturalismo e direito penal: um diálogo possível?

Atualmente, o direito penal vem enfrentando uma série de novos dilemas e questionamentos que surgem, principalmente, da evolução apre-



sentada pela sociedade como um todo. Nas últimas décadas, com a intensificação da globalização, que afeta todas as esferas da vida: social, política, jurídica e econômica, e o constante fluxo migratório da população entre áreas culturais diversas, vivemos em um intercâmbio cultural cada vez mais abundante.

Como consequência, se torna cada vez mais evidente a preocupação dos Estados em lidar com os desafios que as diferenças entre majorias e minorias – culturais, religiosas e econômicas – trazem às sociedades contemporâneas. Cabe aos Estados diminuir os impactos sociais dessas diferenças, as quais refletem diretamente nas ciências criminais.

Conforme salientado por Cristina De Maglie (2017, p.43), “é a cultura da globalização que dá origem – quase como uma antítese dialética – a uma cultura de diversidade e variação e uma maior consciência das raízes étnicas e culturais.”<sup>33</sup>

O multiculturalismo emerge, portanto, como um desafio para as sociedades globais fortemente apoiadas na ideia de equidade, apoiada no axioma da unidade de sujeito de direitos, qual seja, que todos os sujeitos no ordenamento jurídico possuem os mesmos direitos, as mesmas obrigações, as mesmas liberdades, as mesmas prerrogativas, e consequentemente, as mesmas posições em relação à lei penal. Uma sociedade que não é una pode corresponder um único Direito?

O presente estudo não pretende restringir a questão do multiculturalismo aos imigrantes e estrangeiros, mas sim, as diferenças culturais enraizadas em nossas sociedades que possuem diferenças gritantes de comportamento entre as próprias regiões em nosso país, como o machismo, por exemplo.

A região sul leva influências e características alemãs, italianas e portuguesas fortemente enraizadas. O sudeste brasileiro é um mosaico cultural. A região norte é ainda essencialmente indígena. A região nordeste é que possui características mais conservadoras do ponto de vista comportamental entre relações sociais. Por isso a necessidade de diversificação de olhares das ciências criminais para uma justiça mais equânime.

A multiculturalidade não implica, necessariamente, a multietnicidade, tendo em vista que as diferenças culturais não têm origem somente na

---

33 DE MAGLIE, Cristina. Crimes culturalmente motivados: Ideologia e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

etnicidade, mas podem derivar também da diversidade religiosa, ideológica, social ou econômica.

É imprescindível a separação desses conceitos, visto que, não são e não podem ser utilizados como sinônimos.

Maglie (2017, p. 45) elucida sobre a multietnicidade:

“a multiculturalidade não implica necessariamente a multietnicidade, porque as diferenças culturais não se resumem apenas à etnia, derivando também das diversidades religiosas, ideológicas, sociais e econômicas. A mesma crença religiosa podem aderir, por exemplo, indivíduos pertencentes a grupos étnicos diversos ou reconduzíveis à mesma etnia.”<sup>34</sup>

Estes desafios trazidos para as sociedades modernas merecem, portanto, uma análise mais aprofundada, tendo em vista que os problemas da punibilidade de algumas práticas culturais oscilam – de um lado – entre a afirmação dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos a eles associados. De outro, entre as válvulas de descompressão da pressão exercida pelas tradições e pelos costumes étnicos sobre o indivíduo – abertas pela culpa, nomeadamente pela sua exclusão ou atenuação<sup>35</sup>.

Conforme ensina Silva Sánchez:

*El problema político, pero también filosófico, se suscita, desde luego, cuando se trata de aludir a la posibilidad o no de un Derecho Penal supracultural o intercultural; donde, en realidad, debe leerse, de un modo más exacto, una teoría de la política criminal supracultural o intercultural. En este punto, el objeto de discusión es, de nuevo, doble: por un lado, si es efectivamente posible ese mínimo común de la política criminal indisponible, frente a las pretensiones relativistas de los enfoques culturalistas; y, por otro lado, cuál habría de ser su alcance. Si éste habría de comprender, por ejemplo, la supresión de las penas corporales, la despenalización de conductas expresivas de libertades*

---

34 *Ibidem*, p. 45.

35 DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC. 2006. p. 02.

*básicas o la imposibilidad de eximir de pena a las conductas de gravemente lesivas de bienes jurídicos fundamentales.*<sup>36</sup>

A “cultura brasileira” é, desde sempre, uma sociedade multicultural, visto que a população indígena possui um capítulo exclusivo na Carta Magna de 1988<sup>37</sup>, diante da existência de milhares de índios, além da significativa dívida histórica do País com tais povos. E dentro desse capítulo constitucional dedicado aos índios assume destaque o caput do art. 231, segundo o qual:

“São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Diante de seu status jurídico-constitucional singular, há diversas discussões sobre os limites da autotutela dessas comunidades, logo, é fato que possuímos um sistema jurídico plural, ou seja, reconhecendo o multiculturalismo e uma jurisdição penal própria neste caso.

O direito penal, então, como qualquer outra dimensão profunda do nosso agir coletivo, anda a procura de novos rumos e de novas categorias, a fim de buscar resposta a diminuição das desigualdades.

## 2. Da noção de cultura.

Com a globalização a necessidade de universalidade, ou melhor dizendo, de redução das diferenças e homogeneização das culturas vem crescente em todo o mundo, a razão se deriva da economia de mercado, pois desta forma os produtos oferecidos ao consumo e até mesmo as propagandas de marketing são igualitárias.

---

<sup>36</sup> DIAS, Augusto Silva. *Ibidem*, p. 46.

<sup>37</sup> Título VIII - Da Ordem Social no Capítulo VIII - Dos Índios. O Censo 2010 revelou que, das 896 mil pessoas que se declaravam ou se consideravam indígenas, 572 mil ou 63,8 %, viviam na área rural e 517 mil, ou 57,5 %, moravam em Terras Indígenas oficialmente reconhecidas. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/o-brasil-indigena-ibge>. Acessado em: 17 jul. 2019.

A premissa acima é comprovada quando os economistas usaram o preço do hambúrguer do McDonald's como indicador de mercado de forma comparativa para avaliação da paridade do poder de compra entre as culturas, oficialmente conhecido através do conceito econômico “Big Mac Index” criado em 1986.

Iniciamos este capítulo com esses dados para demonstrar como o conceito de cultura serve para designar tudo que é expressão entre a literatura, as religiões, a economia, a linguística, entre outros segmentos. Por isso é usual ouvirmos sobre cultura popular, cultura do ódio, cultura de empresa e tantas outras, talvez por isso a dificuldade de entendimento entre o conceito de cultura presente nestas conjunturas e o significado da palavra na expressão dos “crimes culturalmente motivados”, sendo esta uma determinação fulcral para o âmbito deste estudo.

É preciso compreender que quanto mais indeterminado e amplo for o conceito de cultura adotado a imputação se tornará mais ampla para a caracterização dos crimes culturalmente motivados, conseqüentemente, levando a defesa baseada na pertença da cultural, contudo, este cenário alargado introduz insegurança jurídica o que acarreta um descrédito por parte do legislador e do aplicador da lei penal.

Se buscarmos na Constituição Federal, principalmente nos artigos 215 e 216 que trata especificamente do tema, veremos que o termo cultura é restrito a questão artística e patrimonial.

A doutrina penal expressa que o conceito de cultura adequado para o estudo do tema é o conceito de natureza antropológica.

Neste sentido Augusto Silva Dias (2018, p. 101) cita Clifford Geertz para o entendimento de cultura:

“(...) um fundo acumulado de símbolos significantes composto por crenças, tradições, usos e língua, herdado por um conjunto mais ou menos vasto de indivíduos, mediante o qual este se auto-compreende e identifica coletivamente, comunica e interpreta o mundo, controla o comportamento dos seus membros, tempo<sup>38</sup>.”

Deste entendimento podemos sintetizar que seria então um sistema de valores reproduzidos por membros de grupos sociais particulares, du-

---

38 DIAS, Augusto Silva. op. cit. 2018, p. 99.

rante a maior parte de sua vida, dos quais transmite orientação para os seus comportamentos na sociedade.

Augusto Silva Dias (2018, p. 102) busca e determina os aspectos essenciais para a conceituação de cultura no sentido de motivação cultural perante um crime culturalmente motivado, uma vez afirma que nem mesmo a antropologia superou de forma unânime a sua definição, sendo elas:

“i. um universo de símbolos refletidos em crenças, tradições, usos e língua; ii. herdado e transmitido geracionalmente; iii. por um conjunto mais ou menos amplo de pessoas; iv. cujas frações são a compreensão do mundo, a autocompreensão e identificação coletivas, a comunicação interna, o controle de comportamento, a preservação da coesão do grupo e a sua perpetuação no futuro<sup>39</sup>.”

Estendo que o último elemento citado, qual seja, sobre o controle de comportamento merece destaque para a compreensão da influência ao agente praticante do delito.

A normatização de leis são fruto da aprovação ou reprovação de comportamentos que surgem ou são alterados através dos tempos entre os indivíduos que refletem a prescrição de sanções, como por exemplo na seara penal, a tipificação do feminicídio introduzido no Código Penal (art. 121, §2º, VI) e as mudanças no âmbito dos crimes sexuais pela Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018.

### 3. A religião como motivador dos delitos.

Poderíamos relacionar a religião aos crimes culturalmente motivados?

Este questionamento me inquietou durante algum tempo. No momento que definimos o tema da dissertação, passei a discuti-lo com operadores do direito e apresentá-lo em eventos jurídicos e interdisciplinares para presenciar como o tema pouco explorado no campo do saber nacional seria recebido.

Por mais de uma vez fui questionada sobre a questão da transfusão de sangue pelos membros da crença das Testemunhas de Jeová, eis que estes

---

39 *Ibidem*, p. 102.

proíbem tal procedimento com base em três trechos da interpretação da Bíblia: Gênesis 9.4<sup>40</sup>, Levítico 17:14<sup>41</sup> e Atos 15:20<sup>42</sup> desde que a doutrina foi iniciada em 1945.

A religião, seja qual for o seu segmento, se assenta na interpretação de uma escritura ou texto sagrado, logo, a sua fé é um dogma do qual esta interligada a uma escolha do agente, não sendo raro à pertença em religiões diversas ao longo da vida.

Parekh (2000) afirma que:

“cultura e religião influenciam-se mutuamente em vários níveis. A religião condiciona um sistema cultural de crenças e práticas e é por isso que quando indivíduos ou comunidades se convertem a outra religião os seus modos de pensar e de viver sofrem importantes transformações. Pelo seu lado, a cultura influencia o modo como uma religião é interpretada, os seus rituais são efetuados, o lugar que lhe é atribuído na vida social, etc., e é por isso que os convertidos levam a sua cultura para dentro da nova religião, como comprovam , por exemplo, as grandes diferenças entre as formas indonésia, indiana, iraniana e argelina de vivência do Islão ou as formas chinesas, egípcia e americana de vivência do cristianismo. Nenhuma religião pode dispensar a cultura e a vontade divina não pode adquirir um significado humano determinado sem a mediação da cultura.”<sup>43</sup>

Apesar da influência da cultura sobre a religião as mesmas devem ser analisadas separadamente pelas alegações que passaremos a apresentar.

---

40 Deus disse a Noé: “Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer.” Desde então, isso se aplica a todos os humanos, porque todos são descendentes de Noé.

41 Deus disse que “Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida.” Embora essa lei tenha sido dada apenas à nação de Israel, para Deus, dentro da crença dos Testemunhas de Jeová, a alma, ou vida, está no sangue e pertence a Deus.

42 Deus disse: "*Abstenham-se do sangue.*"

43 PAREKH, B. C.. Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory. Great Britain: Macmillan Press, 2000.

A religião como dogma não se trata de um instituto que possa ser comprovável, ratificado para fins de comprovação condicionadora da prática de um ilícito, ou seja, como podemos comprovar verdadeiramente a fé e a crença absoluta desta pessoa?

Imaginemos a seguinte situação o indivíduo que sabendo da relação extraconjugal da esposa se integra a uma religião, eis que em sua maioria condenam a prática do adultério, para posteriormente realização o homicídio desta sob refutação de motivação por convicções religiosas.

Não é raro decisões em Júris Populares onde é explorada a questão da religião como resultância da ocorrência criminosa baseado que os jurados possuem decidem pelo princípio de sua íntima convicção que significa decidir sem a apresentação de fundamentação ou amparo legal<sup>44</sup>.

A religiosidade não se comprova, digo, não se faz apta a apresentação de provas concretas para aferir a sua materialidade, a juntada de fotos ou participação de eventos em uma determinada ordem sagrada não mede a sua influência interiorizada em seu membro, não se trata de um direito zetético.

Podemos analisar a celebração do Natal, por exemplo, com um significado religioso ou por razões de cunho social, sem entender ou crer na sua conotação religiosa.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário, em seu art. 27<sup>o</sup> prevê:

“Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

---

44 Processo 0004989-33,2006,8,19,0067. VEP 0430445-21,2006,8,19,001. Depois de 12 horas de julgamento, o Tribunal do Júri da Comarca de Queimados/RJ absolveu Solange Reinaldo Viana pelo homicídio consumado por arma de fogo em desfavor da nora, Lia Gomes da Silva, por quatro votos a três com a tese defensiva baseada em argumentos religiosos. O crime foi praticado pela não aprovação da sogra no reatamento do romance do filho com a vítima.

O caso *Lovelace vs. Canadá* ilustra esta situação do qual Sandra Lovelace, uma indiana Maliseet, viveu na Reserva Tobique com seus pais até se casar com um homem não-indiano. O casamento acabou, e Lovelace voltou à reserva para morar com os pais, mas não conseguiu comprar uma casa na reserva porque o conselho priorizava a moradia para os membros do grupo. A Lei Indígena Canadense afirma que uma mulher indiana que se casou com um homem não indiano perde sua condição de indígena, o que também significa as perdas culturais que vêm com a família.

Lovelace apresentou um pedido ao Comitê de Direitos Humanos, contudo, perdeu seu status antes de o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos entrar em vigor para o Canadá.

O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas concluiu, no entanto, que os efeitos da perda de benefícios culturais por viverem na reserva continuaram depois que o tratado entrou em vigor. Por força do artigo 27, retro mencionado, o Comitê determinou que as pessoas que nasceram e cresceram em uma reserva, mantiveram laços e querem continuar a manter laços com essa comunidade, são consideradas parte desse grupo minoritário, retornando a Lovelace o direito a retorno a sua reserva<sup>45</sup>.

A minoria religiosa é baseada na livre decisão da pessoa e comprovável através de aspectos igualmente objetivos mais involuntários como o nome, origem, ligações familiares, usos e práticas de uma dada pessoa.

#### 4. Dos crimes culturalmente motivados em busca de um conceito e condições para sua afirmação.

Para a busca de um conceito de crimes culturalmente motivados (ou crimes culturalmente condicionados) é imprescindível o entendimento acerca do multiculturalismo.

O termo multicultural, em sentido amplo, nas palavras de Augusto Silva Dias (2018, p. 16) pode ser entendido como: “basicamente uma realidade social constituída por um grupo cultural dominante, diferenciado

---

45 Disponível em: <https://www.escri-net.org/caselaw/2010/sandra-lovelace-v-canada-communication-no-241977-canada-300781-un-doc-ccprc13d241977>. Acesso em 31 jul. 2019.



em subculturas com ele mais ou menos relacionadas por grupos culturais estranhos, forasteiros, diversos tanto na sua origem geográfica quanto no seu sistema de tradições, regras e práticas”.<sup>46</sup>

De acordo com Nunes e Santos (2003, p. 03), o conceito de multiculturalismo designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas<sup>47</sup>. No entanto, este conceito é de difícil definição; o termo pode apontar simultaneamente ou alternativamente para uma descrição e para um projeto, podendo referir-se a: (i) a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo; (ii) a coexistência de culturas diversas no espaço de um mesmo Estado-nação; (iii) a existência de culturas que se interinfluenciam tanto dentro como para além do Estado-nação <sup>48</sup>.

Destas premissas, a multiculturalidade apoia-se na ideia das interações de convivência entre múltiplos sujeitos em uma determinada sociedade moderna, dos quais, estão inseridos em redes de valores, sentidos e significados distintos um dos outros. No entanto, pode-se dizer que o multiculturalismo assume uma postura crítica, que considera a natureza, os fundamentos políticos e jurídicos, o conjunto de matrizes e aspectos essenciais da formação cultural, étnica, racial e de gênero em uma sociedade buscando equacionar as tensões entre a diferença e a igualdade, entre a exigência de reconhecimento da diferença e de redistribuição que permita a realização da igualdade.

Superada a significância do termo, é inegável que a sociedade globalizada vem se tornando cada vez mais plural.

Sob essa ótica da diferença cultural, Charles Taylor (1993, p. 107) parte na defesa do contexto multicultural, contextualizada à obrigação de uma política legítima de reconhecimento público das diferenças, a iniciar pelas instituições públicas, corroborando com a defesa da sobrevivência das comunidades culturais minoritárias, presentes nas sociedades multiculturais, no sentido de estarem atreladas à formação das identidades hu-

---

46 *Ibidem*, p. 16 e ss.

47 SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Ariscado. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

48 *Ibidem*. 2003, p.5.

manas, bem como à concessão de direitos especiais aos grupos culturais específicos<sup>49</sup>.

O conceito dos crimes culturalmente motivados (ou crimes culturalmente condicionados) emergem do conflito de valores entre uma cultura minoritária e uma cultura dominante a fim de propor a inclusão, simultaneamente, com o respeito às diferentes concepções de justiça e de direito que envolve questões complexas como tradições, costumes e valores passados por gerações.

Como podemos afirmar que o delito foi praticado por um fato culturalmente motivado?

Esta não se faz através de uma conceituação simplista, pois não traduz em o agente esteja consciente do conflito ou prática cultural, mas que o fato ilícito esteja em confronto com o *background* cultural do agente.

Para elucidar o disposto no presente estudo, podemos exemplificar com casos ocorridos no Brasil e no mundo para que possam servir como base para iniciarmos nossas reflexões relativa à sua punibilidade como no caso Kargar ocorrido em 193 nos EUA quando o estrangeiro de origem afegão beija as partes genitais do filho de tenra idade seguindo as tradições e práticas ancestrais da sua comunidade de origem, o infanticídio ocorrido no Brasil nas aldeias indígenas em razão do nascimento com deficiência física ou mental e a circulação de moto sem capacete de proteção em razão do uso de turbante que a cultura e religião da comunidade Sikh, do Paquistão e da Índia impõe e impede que retire.

Neste sentido, Maglie<sup>50</sup> narra com clareza sobre os requisitos do qual deverão ser provados na instrução criminal:

“a) O *motivo cultural*: será necessário, aqui, estabelecer se a causa psíquica que determinou o sujeito a cometer o crime encontra explicação na bagagem cultural da qual é portador o agente.

---

49 TAYLOR, Charles. La política del reconocimiento. In: TAYLOR, C. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 107.

50 DE MAGLIE, Cristina. Crimes culturalmente motivados: Ideologia e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 70 e 71.

b) *A coincidência de reação*: será, depois, o necessário demonstrar que a motivação cultural do indivíduo possui uma “dimensão objetiva”, ou, individual do agente, mas é, também, expressão da bagagem cultural bem consolidada do grupo étnico de pertença. Será necessário, assim, determinar se os componentes do grupo étnico, do qual faz parte o sujeito, valoram a situação concreta, na qual o crime se realizou, *do mesmo modo* em que valorou o imputado.

c) *A divergência entre culturas*: a cultura do grupo étnico ao qual pertence o agente deverá ser, finalmente, comparada com a do país hospedeiro, de modo a identificar as diferenças de consideração e tratamento entre os dois sistemas. Se a divergência for consistente, também esta verificação será tida como superada e poder-se-á concluir pela existência de um fato culturalmente motivado”.

A prova de existência de um delito culturalmente condicionado necessita de constatação para seu assentimento. A diversidade cultural veio acentuar as ciências criminais não podendo esta ser insensível, e porque não dizer invisível, para as respostas nos tribunais penais.

## 5. Considerações Finais

Propomos um repensar sobre a política criminal nos delitos culturais, a fim de superarmos os limites encontrados no direito penal – caminhando ao lado e com este – para obtermos estratégias mais eficazes e legítimas, com uma abordagem diferenciada no que se refere ao crime e visando solucionar os conflitos de forma mais construtiva e humanitária.

O trabalho expôs quais os requisitos mínimos que devem ser superados na comprovação da ação penal para a caracterização dos crimes culturalmente motivados, a partir de uma interpretação dos crimes culturalmente motivados. Para este entendimento imprescindível se fez a definição de cultura e como a religião deve ser analisada neste interím.

Os resultados da pesquisa apontam a importância de se estabelecer até que ponto as ponderações culturais podem e devem justificar a limitação de variação cultural em relação a uma justiça igualitária.

As possibilidades de reconhecimento da eficácia jurídica justificante aos crimes culturalmente motivados possuem uma longa trajetória na es-

fera criminal face aos seus limites normativos, mas inaugura uma nova era de hermenêutica sensível e humana nas ciências penais.

## 6. Referências Bibliográficas

ALVES, Fernando de Brito. VILAS BOAS, Márcia Cristina Alvater. Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, jun. 2010, v. XIX. P. 4962-4973. p. 04. Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3822.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3822.pdf). Acesso em: 22 jun. 2019.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CARNEVALI, Raúl. *El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno*. *Política Criminal*. Santiago, Chile, n. 3, 2007.

COSTA, José de Faria. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: *Stvdia Ivridica – 73, Colloquia – 12, Globalização e Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DE MAGLIE, Cristina. Crimes culturalmente motivados: Ideologia e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Augusto Silva. Crimes culturalmente motivados: o direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas. Coimbra: Editora Almedina, 2018.

DIAS, Augusto Silva. Crimes culturalmente motovados: o direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades comntemporâneas. Editora Almedina. Coimbra: 2018.

DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC. 2006.

HERRERA FLORES, Joaquín. A reinvenção dos direitos humanos. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Gra-

ciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

Ministério da Justiça e Segurança Pública. Refugiado em números. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/news/de-10-1-mil-refugiados- apenas-5-1-mil-continuam-no-brasil/refugio-em-numeros\\_1104.pdf/view](https://www.justica.gov.br/news/de-10-1-mil-refugiados- apenas-5-1-mil-continuam-no-brasil/refugio-em-numeros_1104.pdf/view). Acessado em: 24.05.2019.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. Crimes culturalmente motivados e violência sexual contra a mulher. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

PAREKH, B. C.. Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory. Great Britain: Macmillan Press, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Ariscado. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; PAIVA, Livia de Meira Lima. Direitos Humanos e Processo Penal: história crítica da positivação dos direitos humanos: ensaios para uma crítica decolonial. Vol. 1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

TAYLOR, Charles. La política del reconocimiento. In: TAYLOR, C. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O USO EXCESSIVO DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO BRASIL

*Robson César Durão*

*Laíne Tavares Miranda*

## Introdução

O princípio da presunção de inocência, idealizado no período Iluminista, baliza a postura do Estado diante do indivíduo, por denotar a opção estatal pela escolha de se utilizar o processo penal como instrumento repressivo do Estado ou protetivo do indivíduo face às arbitrariedades estatais. O texto que segue realiza uma análise de aspectos gerais do princípio da presunção de inocência e visa apreciar tal princípio no contexto da codificação atual, mormente no que se refere ao uso excessivo de prisões preventivas, a fim de que o mencionado princípio seja utilizado como fundamento constitucional para a redução de aplicação das prisões preventivas.

Para tanto, faz-se um estudo dos Relatórios elaborados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca do uso excessivo de prisões preventivas nas Américas, mais detidamente o segundo Relatório, para se constatar eventuais elogios e críticas ao Estado Brasileiro, com ênfase para a regulamentação das audiências de custódia, que representam avanço que promove maior respeito ao princípio da presunção de inocência, na medida em que busca reduzir as prisões cautelares.

A primeira parte do artigo apresenta aspectos gerais do princípio da presunção de inocência, desde questões históricas a posicionamentos le-

gais e doutrinários atuais acerca do tema. A segunda parte faz um recorte na legislação brasileira vigente e na atuação do Judiciário para analisar o uso excessivo das prisões preventivas e as medidas adotadas pelo Brasil para reduzir o encarceramento massivo. Na terceira parte, o artigo procura destacar pontos importantes do Segundo Relatório elaborado pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, que traz recomendações aos Estados das Américas no que tange ao uso excessivo das prisões preventivas, com ênfase para o Brasil, que foi elogiado em decorrência da implementação das audiências de custódia.

Conclui-se que o Brasil vem tomando providências na tentativa de reduzir a aplicação excessiva das prisões cautelares, mas indica que há muito a ser feito no sentido de avanços legislativos, administrativos e judiciais.

## 1. Princípio da presunção de inocência: aspectos gerais

O Princípio da Presunção de Inocência foi fixado originalmente na Declaração do Homem e do Cidadão, em 1789, ao final da Revolução Francesa. Em 1988, a Constituição Federal elencou expressamente o referido Princípio, no artigo 5º, inciso LVII e que dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, 1999, p. 10). Ademais, prevê no inciso LXVI a excepcionalidade das prisões provisórias, na medida em que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Aury Lopes Junior (2015, p. 587) conceitua o princípio da presunção de inocência como o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

É importante destacar que o princípio da presunção de inocência repercute no campo probatório, na medida em que promove a distribuição do ônus da prova do fato criminoso exclusivamente para a acusação. Repercute, ainda, no plano processual, já que se exige a necessidade e

adequação como razões da custódia anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme estabelece o art. 282, do Código de Processo Penal.

A característica essencial do princípio é a vedação de juízo de antecipação de culpabilidade, ou seja, a proibição de imposição de tratamento próprio do regime condenatório, privando a liberdade do indivíduo antes da sentença condenatória transitada em julgado. A afirmação de que “ninguém será considerado culpado” tem em vista a fixação de limites bem esclarecidos da atividade persecutória, sem prejuízo da tutela do interesse público na apuração do crime e correspondente imposição das sanções legais. Por outro lado, a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, sejam utilizadas como castigos, ou seja, que mais além de sua finalidade de assegurar o escopo processual, seja utilizada para antecipar a pena.

Somente se justifica a prisão provisória, pois, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Não preenchendo os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, não havendo necessidade para o processo, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e isto sim, violaria o princípio da presunção de inocência.

Numa perspectiva histórica, a prisão preventiva no Código de Processo Penal Brasileiro em sua versão inicial, influenciada pelo fascismo italiano, era obrigatória em decorrência da gravidade do crime cometido, ou seja, se o crime possuísse pena máxima igual ou superior a dez anos, a prisão decorreria de forma automática já no início da persecução penal. Em 1967 esse dispositivo passou a ter a redação atual, excluindo a possibilidade de prisão automática, mas ainda hoje se vê empregar o mesmo raciocínio da gravidade da infração, apenas investigada ou imputada, para se determinar a prisão provisória ou se negar a liberdade do preso (investigado/acusado).

A expressão “ordem pública”, também inserida dentre os requisitos da prisão provisória, não possui qualquer limitação sistêmica para evitar que seja utilizado de modo arbitrário, subjetivo e desproporcional, sem qualquer amparo constitucional.



Assim, com base nessa expressão, a jurisprudência indica a decretação da prisão preventiva ao argumento de “gravidade da infração”, periculosidade do agente, forma do cometimento do crime, clamor público, entre outras. Todas as expressões, contudo, são incompatíveis com o direito fundamental à presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência, portanto, atuará como importante limite às medidas cautelares, inclusive no que se refere às prisões preventivas, não no sentido de vedá-las, uma vez que a atuação cautelar do magistrado não parte de uma presunção de culpa, mas para dar o caráter de excepcionalidade que deve marcar o processo penal cautelar.

## 2. O sistema prisional brasileiro e o excesso de prisões provisórias

Segundo o levantamento do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, feito em agosto de 2018 (dados parciais do Banco Nacional de Monitoramento de Presos – BNMP), o total de presos no Brasil é 602.217, dos quais 95% são homens e 5% são mulheres. Desse total de presos, 389.562 são presos provisórios, destacando que 40,14% da população carcerária ainda não foi condenada. No mesmo levantamento, o CNJ chegou à conclusão de que o tempo de duração dessa prisão provisória de pessoas não condenadas ultrapassou 180 dias em 28,71% dos casos.

No ano de 2015, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (criada por Ato da Presidência da Câmara dos Deputados, em 04/03/2015, presidida por Eduardo Cunha, cujo requerimento – RCP n° 6/2015 – foi de autoria do Deputado Carlos Zarattini e outros) para apurar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro.

Nesta Comissão concluiu-se que é indiscutível a precariedade qualitativa e quantitativa do sistema prisional brasileiro, resultante de inúmeros fatores, sendo flagrante o descompasso entre aquilo que é preconizado pelas inúmeras leis e a realidade que é encontrada no dia-a-dia, alheia a tudo que se proclama em termos de boas práticas para o cumprimento da pena e ressocialização do apenado.

Entre os fatores negativos, estão as prisões superlotadas que se espalham por todo o Brasil, completamente desprovidas de tudo o quanto seria absolutamente necessário para que funcionasse a contento (CPI – Siste-

ma Carcerário Brasileiro, p. 250). Rebeliões vêm acontecendo em todo o País e os presos reivindicam melhores condições prisionais. As 133 (cento e trinta e três) mortes ocorridas dentro dos presídios no ano de 2017 já superam as ocorridas no massacre do Carandiru, no dia 02 de outubro de 1992, que ocasionou 111 (cento e onze) mortes.

Diante deste cenário, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 213/2015, com o objetivo de garantir à pessoa presa em flagrante o direito de ser conduzida, no prazo de 24 horas, à presença do juiz competente, para que este analise a legalidade da prisão, avaliando se há a necessidade de decretar a prisão preventiva.

A finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o Código de Processo Penal vigente a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, também conhecida como Pacto San José da Costa Rica, e que toda pessoa tenha sua integridade física preservada.

A audiência de custódia não é uma modalidade nova de audiência; ela está prevista em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, por exemplo, o Pacto San José da Costa Rica, que foi ratificado pelo Brasil no ano de 1992, em seu artigo 7º, item 5. Para Lopes Junior e Caio Paiva (2014, p. 03), esse tipo de audiência tem “a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso”. Ou seja, a audiência de custódia visa garantir ao preso em flagrante todos os seus direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal.

Lopes Junior e Caio Paiva (2014, p. 01) dizem ainda que o contexto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12403/2011, dita responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a *ultima ratio* das medidas cautelares. Ou seja, no Brasil, mesmo com a nova lei, a prisão continua como regra, fazendo com que os presídios fiquem superlotados, e muitos desses presos são provisórios.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2017b), além de trazer impacto positivo para o sistema carcerário, as audiências de custódia protagonizam verdadeira mudança de paradigma no sistema da justiça criminal. As audiências de custódia são uma providência concreta

para fazer frente à ideia de que com a prisão tudo se resolve. Essa cultura se instalou entre todos nós e está arraigada na forma como agem os atores da justiça criminal. Ela contamina o pensamento de todos os setores da sociedade, que têm dificuldade de perceber que a prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade. Mais presos, mais presídios e mais prisões não estão trazendo a segurança que todos desejam.

Conforme análise do CNJ (2017b), os estados que adotaram a audiência de custódia chegaram à conclusão de que metade das prisões preventivas são desnecessárias e que, com isso, economizam-se 4,3 bilhões de reais para os cofres públicos. Para o ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADPF 347, em 09 de setembro de 2015, a adoção da audiência de custódia em todos os tribunais contribuirá para que deixemos de prender anualmente cerca de 120 mil pessoas, representando uma enorme economia para o erário, da ordem de R\$4,3 bilhões por ano, que poderão ser destinados à saúde pública, à educação ou a outras ações em prol da sociedade.

Conforme apurado também no julgamento da ADPF 347, as audiências de apresentação têm revelado que quase 50% das pessoas presas em flagrante são colocadas em liberdade em no máximo 24 horas. A implementação dessa medida representa um gesto de respeito ao estado de liberdade das pessoas e sobretudo um gesto de reverência à lei fundamental da República.

Resta, pois, evidente que há um uso excessivo das prisões cautelares no Brasil e a implementação da audiência de custódia representa uma das primeiras providências adotadas para que haja de fato a redução de presos provisórios, também no intuito de que a prisão cautelar seja efetivamente aplicada como medida excepcional, em atendimento ao princípio da presunção de inocência.

Nesse contexto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos elaborou dois relatórios com o objetivo de expor medidas destinadas a redução do uso da prisão preventiva nas Américas, o primeiro em 2013 e o segundo em 2017, cuja análise se faz no próximo capítulo, em específico no que tange às orientações voltadas para o Brasil, que foi elogiado justamente pela implementação das audiências de custódia.

### 3. As orientações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Estado Brasileiro para a redução das prisões preventivas

Há duas décadas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a CIDH” ou “a Comissão”) estabeleceu que a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico na região. Para que este regime seja compatível com os padrões internacionais, a CIDH recorda que a prisão preventiva deve partir do pressuposto de respeito ao direito à presunção de inocência, e considerar a natureza excepcional desta medida; e, além disso, deve ser aplicada conforme os critérios de legalidade, necessidade e proporcionalidade.

Para a Comissão, o uso excessivo da prisão preventiva é um dos sinais mais evidentes do fracasso do sistema de administração de justiça, e constitui um problema estrutural inaceitável em uma sociedade democrática que pretende respeitar o direito de toda pessoa à presunção de inocência. Nesse relatório, a Comissão incluiu uma série de recomendações aos Estados – tanto de natureza legislativa, administrativa como judicial – com o objetivo de garantir que o uso da prisão preventiva como medida cautelar penal seja compatível com suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.

A CIDH (2017, p. 17) destaca que o presente estudo enfatizou a aplicação das medidas alternativas, as quais constituem medidas ou opções de tipo processual que permitem que a pessoa acusada permaneça em liberdade durante a tramitação da ação penal.

Vale enfatizar que, segundo a CIDH (2017, p. 24), mais de três anos após a publicação do Relatório sobre o Uso da Prisão Preventiva nas Américas, é possível reconhecer que os Estados Membros realizaram grandes esforços relacionados com o cumprimento das recomendações, porém, apesar desses avanços, a CIDH observa com preocupação que persistem sérios desafios que resultam na utilização da prisão preventiva sem considerar o seu caráter excepcional, e fazem com que esta continue sendo uma das principais preocupações sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade na região.

Neste sentido, para a CIDH (2017, p. 25) dentre os principais desafios enfrentados pelos Estados para reduzir o uso da prisão preventiva, e

aplicar medidas alternativas à mesma, estão os seguintes. Adicionalmente, a CIDH reitera que as pessoas em prisão preventiva estão em situação de desvantagem processual em relação àquelas que respondem o processo em liberdade. Assim sendo, a Comissão (CIDH, 2017, p. 79) destaca a adoção pelo Brasil, em maio de 2016, da Política Nacional de Alternativas Penais, que é executada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), e tem por finalidade reduzir o encarceramento massivo através da aplicação de alternativas penais à privação de liberdade.

De acordo com esta política, a CIDH (2017, p. 79) esclarece que foi criado um grupo de especialistas para elaborar modelos de gestão enfocados em cinco áreas principais. Da mesma forma, nesse mesmo ano, a CIDH (2017, p. 79) destaca que o Ministério da Justiça brasileiro emitiu os “Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais”, que consagram as bases de aplicação e administração deste tipo de medidas.

Especificamente, a CIDH (2017, p. 79-80) destaca a diretriz 18, que prevê a realização de esforços conjuntos pelo sistema de justiça e sociedade civil para criar amplas redes de cuidado e assistência visando a inclusão das pessoas beneficiárias das medidas na comunidade. Essas redes de assistência incluem várias linhas de atuação, por exemplo: saúde mental, trabalho, formação profissional, assistência jurídica e social, formação e difusão cultural, redes de segurança para mulheres, e redes de proteção para pessoas pertencentes a grupos em situação especial de risco.

Por meio do comunicado de imprensa de março de 2016, a CIDH (2017, p. 118) celebrou o aniversário da implementação das audiências de custódia, as quais constituem um mecanismo adotado pelo Estado brasileiro para evitar privações de liberdade desnecessárias, através da promoção da utilização de medidas alternativas à prisão preventiva, e que diminuiu o uso da prisão preventiva.

Com efeito, conforme a Resolução No. 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça do Brasil, já mencionada, estas audiências requerem que as pessoas detidas em flagrante, independente da motivação ou natureza do delito, devem ser apresentadas perante a autoridade judicial em um prazo de até 24 horas do momento de sua apreensão, para ser ouvidas com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública. As audiências de custódia têm a finalidade de garantir os direi-

tos das pessoas detidas e comprovar o caráter indispensável de manter a privação de liberdade, a fim de que a autoridade judicial decida sobre a improcedência de qualquer medida punitiva, a decretação da prisão preventiva, a aplicação de medidas alternativas ou a adoção de outras medidas necessárias para preservar os direitos das pessoas acusadas de um crime.

Esse mecanismo começou como um projeto piloto no estado de São Paulo em 24 de fevereiro de 2015. As audiências de custódia, consoante mencionado pela CIDH (2017, p. 119), atualmente funcionam nas capitais dos 26 estados do país e no Distrito Federal. De acordo com dados do Poder Judiciário, desde o início de sua implementação até janeiro de 2017, foram realizadas 186.455 audiências de custódia em todo o país; destas, em 54.11% – ou seja, em 100.887 casos – a prisão preventiva foi decretada. Este índice de confirmação da prisão preventiva é de aproximadamente 50% em 22 estados e no Distrito Federal. No estado do Rio Grande do Sul, ascende a 84.56%, e por sua vez, os estados de Rondônia, Mato Grosso do Sul, Tocantins, Pernambuco e Sergipe apresentam cifras de aproximadamente 60%. Os estados que apresentam cifras abaixo dos 50% são: Bahia, com 38.31%; Amapá, com 41.53%; e Mato Grosso, com 44.71%.

As estatísticas mencionadas constituem um avanço, principalmente considerando que, segundo informações em mãos da Comissão (2017, p. 119), após 2011 – com a entrada em vigor da Lei das Cautelares – o percentual de decretação da prisão preventiva em casos de crimes em flagrante era superior. Por exemplo, nos casos de Rio de Janeiro e São Paulo, as taxas de confirmação da prisão preventiva eram, respectivamente, 72.3% e 61.3%; 399 e após a implementação das audiências de custódia, a porcentagem diminuiu para 57% no Rio de Janeiro e 53% em São Paulo. Apesar da criação das audiências de custódia representar um avanço, a CIDH (2017, p. 120) observa que a imposição da prisão preventiva em aproximadamente 54% dos casos significa que esta medida continua sendo aplicada de maneira contrária à excepcionalidade que caracteriza a sua natureza.

Com efeito, a CIDH (2017, p. 120) possui informações que indicam que, durante as audiências de custódia, as autoridades judiciais determinam a procedência da prisão preventiva motivados “pela gravidade do crime, a ordem pública ou os antecedentes criminais das pessoas acusada”,

ao invés de justificá-la em razão dos objetivos processuais previstos nos padrões internacionais aplicáveis. Com base na documentação apresentada pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Stanford – focada na análise sobre o funcionamento das audiências de custódia na cidade de São Paulo – os casos examinados são distribuídos aleatoriamente entre as juízas e juízes existentes, os quais, por sua vez, decidem sobre a ordem de realização das mesmas. Considerando que as pessoas acusadas de crimes de menor potencial ofensivo têm maiores possibilidades de ser colocadas em liberdade, e nesse caso, haveria mais tempo para finalizar os trâmites administrativos requeridos para liberá-las, a autoridade judicial geralmente programa as audiências relacionadas com esses delitos no início da jornada. (CIDH, 2017, p. 120)

As audiências de custódia ocorrem em salas especificamente equipadas para esse propósito. Durante elas, conta-se com a presença de um juiz, um promotor, e um defensor público ou particular, assim como da pessoa acusada. Antes do início da audiência, a pessoa detida tem o direito de consultar o seu defensor em um local privado. A audiência de custódia começa com uma breve explicação da autoridade judicial sobre o objetivo da mesma. Dentre outras funções, essa autoridade deve entrevistar a pessoa acusada para garantir que foi assistido por defensor adequado, e teve comunicação com familiares e atenção médica; além disso, as juízas e juízes devem indagar sobre possíveis atos de tortura ou maus tratos cometidos durante a detenção.

Após a oitiva da pessoa detida, a autoridade judicial passa ao Ministério Público e à defesa para as perguntas relativas à natureza do ato ilícito, a fim de determinar os fatos que poderiam constituir a eventual denúncia penal. A audiência de custódia conclui com a deliberação fundamentada da autoridade judicial sobre a legalidade e a determinação da situação jurídica da pessoa acusada; e também deixa constância das providências adotadas em casos de indícios de tortura ou maus tratos.

Por último, a autoridade judicial deve preencher uma planilha com as características do caso, e o pessoal da vara judicial toma as providências administrativas correspondentes para executar a decisão judicial. A defesa normalmente explica os efeitos da decisão judicial à pessoa imputada. Cada audiência tem uma duração de aproximadamente 40 minutos. A CIDH (2017, p. 121) foi informada que as audiências de custódia po-

dem apresentar certas deficiências em sua implementação, tais como as seguintes: tempo reduzido e falta de privacidade; falta de explicação pela autoridade judicial sobre o procedimento; coordenação inadequada entre instituições judiciais; e falta de tradução e intérprete.

Adicionalmente, há várias preocupações sobre o papel passivo que teria, com frequência, a autoridade judicial participando destas audiências. Nesse sentido, por exemplo, conforme mencionado pela CIDH (2017, p. 122) o Centro de Direitos Humanos da Universidade de Stanford indica que, apesar do pedido de informações sobre a situação econômica da pessoa detida ser uma obrigação da autoridade judicial para a eventual determinação sobre a quantia da fiança, as juízas e juízes nem sempre fazem estas perguntas de forma suficientemente exaustiva.

Da mesma forma, essa autoridade não tem uma participação ativa ao indagar sobre as denúncias de tortura ou maus tratos, destacando que a Comissão já se pronunciou no sentido de que as audiências de custódia permitiram a pessoas detidas denunciar perante uma autoridade judicial eventuais atos de tortura ou maus tratos. Nesse ponto, segundo dados do Poder Judiciário, até janeiro de 2017 – quase dois anos depois da implementação deste mecanismo em São Paulo – das 186.455 audiências realizadas em todo o país, foram apresentadas 8.279 denúncias de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o que equivaleria aproximadamente 4,68% dos casos. (CIDH, 2017, p. 122)

No entanto, a Comissão (2017, p. 122) observa os claros indícios de inconsistências entre as cifras oficiais de denúncias de tortura e maus tratos relatadas nessas audiências, em comparação com as denúncias registradas por outras fontes. Nesse sentido, por exemplo, sobre o estado do Rio de Janeiro, a CIDH (2017, p. 122) destaca que os dados oficiais indicam que, de setembro de 2017 a fevereiro de 2017, foram denunciados 110 casos de violência durante a detenção, o que corresponderia a apenas 1% do total dos 7.846 casos analisados nas audiências de custódia.

Em contraste com estes números, a CIDH (2017, p. 123) observa com preocupação as notáveis diferenças apresentadas por outras entidades, que registram percentuais mais altos de alegações sobre a prática de tortura e maus tratos. Com efeito, a CIDH (2017, p. 123) observa que a Defensoria Pública do Rio de Janeiro registrou que, das 5.302 audiências monitoradas durante 5 meses, um total de 1.573



pessoas detidas – isto é, 29.67% – afirmaram ter sofrido algum tipo de violência policial.

O Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, por sua vez, indica que das 238 audiências observadas em 3 meses, e nas quais a autoridade judicial indagou sobre a possível prática de tortura ou maus tratos, em 93 casos houve denúncias sobre a prática de tortura, o que equivale a 39%. (CIDH, 2017, p. 123)

Além disso, A CIDH (2017, p. 123) expressa sua preocupação com as estatísticas que indicariam a falta de investigação e acompanhamento das denúncias de maus tratos e tortura durante a detenção, apresentadas durante as audiências de custódia. Nesse sentido, a Comissão adverte que, apesar do número elevado de denúncias de maus tratos e tortura, e da abertura de inquéritos para investigar 74% das 1.152 denúncias apresentadas perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, até fevereiro de 2016 não havia sido determinada a responsabilidade de agentes de segurança em nenhum dos casos.

Em especial, a CIDH (2017, p. 123) destaca os dados proporcionados pela organização Conectas, que indicam que dos 358 casos documentados onde foram apresentadas alegações sobre maus tratos ou tortura durante a detenção, em 24.5% dos mesmos – isto é, em 88 casos – a autoridade judicial perguntou sobre os fatos da violência sofrida; 420 e apenas em 12.01% dos mesmos – equivalente a 43 casos – os promotores entrevistaram de forma ativa para indagar sobre os mesmos. E somente em dois casos – nos quais os agressores não eram agentes do Estado – o Ministério Público requereu a abertura de inquérito.

Considerando o anteriormente expressado, a CIDH (2017, p. 124) reitera aos Estados que a investigação dos casos de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes deve ser realizada de ofício, e de acordo com os princípios de independência, imparcialidade, competência, devida diligência e dinamismo. Essa investigação deve ser realizada por todos os meios legais possíveis, ser regida pela determinação da verdade e conduzida dentro de um prazo razoável pelos órgãos judiciais intervenientes.

Além disso, os Estados devem garantir a independência do pessoal médico e de saúde encarregado de examinar e prestar assistência às pessoas privadas de liberdade, de forma que possam praticar livremente as avaliações médicas necessárias, em respeito às normas estabelecidas para a

prática de sua profissão. Por último, a CIDH (2017, p. 124) recorda que, em casos de pessoas privadas de liberdade, o dever de investigar do Estado reveste-se de um padrão mais alto, pois nestes casos as vítimas estavam em um local de reclusão.

## Conclusão

No decorrer deste artigo foram apresentados aspectos gerais do princípio da presunção de inocência, no intuito de se analisar as características destacadas pela doutrina e a sua efetiva aplicação judicial, além de aspectos históricos, inclusive com destaque para previsões legais do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 que se evidenciaram incompatíveis com o princípio da presunção de inocência, consagrado constitucionalmente.

Em seguida, a questão levantada perpassou pela análise do uso excessivo de prisões preventivas pelo Judiciário Brasileiro, decorrente de fundamentos genéricos pautados no clamor social, na periculosidade do agente e outros, inseridos no conceito aberto “ordem pública”, previsto legalmente como um dos requisitos autorizadores do decreto cautelar. Ademais, destacou-se a medida adotada pelo Brasil, de implementação de audiências de custódia, na tentativa de reduzir o encarceramento e de atender orientação internacional.

Diante disso, no terceiro momento fez-se um estudo do Segundo Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas, com destaque para questões pontuadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos que dizem respeito diretamente ao Estado Brasileiro. Também foi abordada a implantação das audiências de custódia no Brasil do ponto de vista da Comissão, que teceu não só elogios a tal atitude, mas principalmente abordou críticas e indicou melhorias, sempre com o objetivo de reduzir o uso excessivo das prisões preventivas.

Assim, a conclusão é de que, em que pese o Brasil ter realizado significativos avanços no sentido de, de fato, reduzir o uso da prisão preventiva, que é medida legalmente excepcional, há ainda diversas melhorias a serem implementadas, no intuito de se aproximar, cada vez mais, da plena aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência, como balizador de atuação judicial quando da análise do cabimento de prisões preventivas.

## Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/Distrito Federal (DF). Relator: Marco Aurélio. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 2018e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 14 de novembro de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 5240. São Paulo (SP). Relator: Luiz Fux. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 2018e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4711319>. Acesso em 14 de novembro de 2018.
- DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS – DMF. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Agosto 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em 13 de novembro 2018.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed., Ed. Saraiva. São Paulo, 2015.
- \_\_\_\_\_; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apreensão do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Revista Liberdades. n. 17. p. 11-23. São Paulo: IBCCrim, set.-dez. 2014.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório temático: Medidas para reduzir a prisão preventiva. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

# A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A DÚVIDA RAZOÁVEL DO JULGADOR NO EXERCÍCIO DE SEU PODER INSTRUTÓRIO

*Robson César Durão*

*Laíne Tavares Miranda*

## Introdução

O princípio da presunção de inocência, idealizado no período Iluminista, baliza a postura do Estado diante do indivíduo, por denotar a opção estatal pela escolha de se utilizar o processo penal como instrumento repressivo do Estado ou protetivo do indivíduo face às arbitrariedades estatais. O presente artigo traz uma abordagem histórica do princípio da presunção de inocência, demonstrando o contexto político e social em que surgiu e por quais razões foi excluído posteriormente das legislações processuais penais francesa e italiana, esta última influenciadora da codificação processual penal brasileira de 1941.

Realizada a digressão histórica a respeito dos contextos político e social que respaldaram a legislação processual penal brasileira, o que se objetiva é analisar alguns artigos do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, em sua configuração original, sob o aspecto da compatibilidade com o princípio da presunção de inocência, amparado constitucionalmente, para demonstrar que a legislação processual penal brasileira, mesmo após reformas operadas com o advento da Constituição Federal, ainda traz dispositivos violadores do princípio da presunção de inocên-

cia, inclusive por conta da força ideológica que sustentou o Código de Processo Penal de 1941.

Em seguida, a segunda parte do artigo faz um recorte em um ponto específico da legislação processual penal, que se refere ao art. 156, II, do Código de Processo Penal, para elucidar os poderes instrutórios do julgador nos casos de dúvidas advindas da apreciação do material probatório até então produzido e a compatibilidade dessa atuação ativa do juiz com o princípio da presunção de inocência.

## 1. Princípio da presunção de inocência: perspectiva histórica

A presunção de inocência, segundo Aury Lopes Júnior (2015, p. 587), pode ser definida como “o princípio reitor do processo penal e, em última análise, se verifica a qualidade de um sistema processual através de seu nível de observância (eficácia). É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha que se pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos”.

O referido princípio está previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). Além disso, o art. 5º, LXVI prevê a excepcionalidade das prisões provisórias ao estabelecer que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

O período Iluminista trouxe avanço no que diz respeito ao tratamento dispensado ao indivíduo no curso de um processo penal em que figura como acusado. Inclusive o princípio da presunção de inocência adquiriu força de lei com a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trazia a previsão, em seu art. 9º, de que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Assim, a inscrição legal no sentido de que em toda persecução penal o imputado deve ser tratado como inocente, até que se tenham provas

suficientes para demonstrar a sua culpa representou, nesse contexto, uma atitude transformadora, por romper com o modelo inquisitivo que primava pela presunção de culpa.

Consoante esclarece Moraes (2010, p. 99)

No período revolucionário, tinha duas implicações a afirmação de que um processo penal humanitário somente seria possível se, no curso da persecução penal, ninguém fosse tratado como culpado: a primeira, mais imediata, o poder arbitrário dos juízes sofreria um freio em sua sanha punitiva ante à valorização e ao necessário respeito a ser dispensado aos direitos do imputado; a segunda, não tão imediata, mais afeita à técnica processual, era a imprescindibilidade da construção de um sistema processual mais técnico, com a reestruturação dos órgãos persecutórios e o abandono de qualquer resquício dos sistemas anteriores, notadamente o inquisitivo.

Contudo, o princípio da presunção de inocência não vingou da forma desejada, inclusive foi excluído da Constituição Francesa de 1795, limitadora de vários direitos fundamentais conquistados pela Revolução, em decorrência de vários conflitos políticos e militares.

Isso porque, no período pós-revolução, a França precisava de um novo estado centralizador, ocupado por uma figura central que detivesse as funções de governar, legislar e julgar, já que os franceses, ao fim da Revolução, se depararam com um vazio de poder que poderia enfraquecer o Estado. Surge então a figura de Napoleão Bonaparte para preencher esse espaço de poder, “jovem e obscuro general de pequenas forças francesas” (MORAES, 2010, p. 100)

Nesse contexto, a codificação criminal francesa, em específico o processo penal, sofreu considerável retrocesso e serviu como instrumento para a instalação do novo absolutismo francês, mas não podia romper por completo com o espírito liberal (humanitário) da Revolução Francesa.

Era necessário um Estado centralizador e absolutista, em decorrência da guerra com os vizinhos e dos conflitos internos. O instrumento de repressão rápido com a punição severa de conflitos penais internos era um dos objetivos estatais franceses para “dar uma resposta” política aos cidadãos diante da criminalidade e, principalmente, um meio de fortaleci-

mento do Estado diante do “inimigo (interno ou externo)” (MORAES, 2010, p. 101-102)

Desse modo, a concepção de presunção de inocência se tornou incompatível com um procedimento penal concebido e orientado para finalidades político-persecutórias marginalizantes e subservientes a um Estado que vê o indivíduo (criminoso ou não) como inimigo público. Isto porque todo modelo penal assim desenhado vai se projetar na esfera processual penal por meio da presunção de culpa (modelo semelhante ao adotado no período inquisitorial, apesar do afastamento da cultura religiosa como critério determinante do julgamento).

Neste período pós-iluminista, a Revolução Industrial também contribuiu para o estabelecimento de fluxos populacionais nos grandes centros urbanos, em busca de melhores condições sociais e econômicas. Vale enfatizar também que os avanços científicos garantiram uma maior expectativa de vida, havendo a ascensão e estabilização de uma nova classe social fortalecida (burguesia), além de um crescente proletariado que vivia em subcondições na zona rural ou nas urbes, também em condições precárias, acarretando o crescimento da desigualdade social e, em consequência, da violência nas regiões urbanas.

Conforme esclarece Moraes (2010, p. 108), a filosofia racional do iluminismo não servia mais à constatação prática da realidade da violência urbana. Ganhou notoriedade o desenvolvimento de métodos e equipamentos de análise empírica, a pesquisa das ciências naturais começa a contaminar todas as áreas do conhecimento devido a sua (pretensa) maior precisão e aparente incontestabilidade auferida da observação de casos e do levantamento de dados objetivos para conclusão estatística.

Adquire espaço, nesse contexto, a Escola Positiva, que afirmava que a marca da delinquência não vem mais revestida de um pensamento religioso, representando heresia, mas recebe influência das ciências emergentes. A delinquência, pois, deriva de uma observação estatística das ocorrências criminais, do perfil biopsicológico ou do meio social de quem as praticava. “O estigma do crime, para essa nascente escola criminológica, não residiria mais na alma, mas no gene (biopsicológico ou social) do indivíduo”. (MORAES, 2010, p. 109)

O processo penal, portanto, deixa de ser utilizado como meio de proteção do indivíduo em face das arbitrariedades estatais, voltando a

servir de instrumento para a implementação de política estatal, adquirindo um sentido de busca do bem para a comunidade, de defesa social frente ao crime.

A presunção de inocência, nesse contexto, se limitava à fase investigativa e desde que não houvesse confissão ou prisão em flagrante. Mas, mesmo sem confissão ou flagrância, cessava a presunção de inocência na fase investigativa por força lógica e jurídica, se o sujeito fosse reincidente ou se o crime do qual era investigado, por sua própria natureza, em seus motivos ou circunstâncias, revelasse um delinquente habitual, louco ou nato. A presunção que deveria haver após a formalização da acusação era a presunção de culpa.

Segundo Moraes (2010, p. 115), Ferri e Garofalo entendiam como uma impropriedade lógica aceitar-se a presunção de inocência após a sentença condenatória do juiz. Para eles, se já se declarou que ocorreria um crime, a liberdade do criminoso (a causa do crime) continuaria a colocar em perigo o convívio social.

No período subsequente, também como reação à Escola Positiva, ganha força na Itália a Escola Técnico-Jurídica, encampada por Vincenzo Manzini, Alfredo Rocco e Arturo Rocco. Com o término da Primeira Guerra Mundial, apoiado em pseudociências etnocentristas e em desejos incontidos de expansões econômicas, a Itália se transforma, irremediavelmente, num país ultranacionalista. Mussolini promove a instauração de um regime autoritário, sob o argumento de restabelecimento da ordem.

Há, assim, a supressão da liberdade de imprensa, de manifestação e de reunião, a criação do Tribunal Especial de Defesa do Estado para crimes políticos e a introdução da pena de morte, permitindo, ainda, que órgãos administrativos prendessem qualquer cidadão sem processo. O fascismo estende, portanto, o seu controle sobre todos os setores da vida.

A Escola Técnico-Jurídica, denominada corrente “neoclássica” ou “positivista jurídica”, se diferenciava das Escolas Clássica e Positiva, na medida em que o crime ou o delinquente não representavam mais o centro das preocupações e estudos do direito criminal. Em seus lugares, colocava as normas jurídicas lógicas e sistêmicas, qualidades que as tornavam “neutras”.

A Escola Positiva influenciou, de certa maneira, o Tecnicismo jurídico de Manzini e isso afetou o tema da presunção de inocência. Os positi-



vistas jurídicos afirmavam que a presunção de inocência era inaceitável no processo penal pois, por sua visão técnica, não seria nem presunção, nem se trataria de inocência.

Moraes (2010, p. 133-134) afirma que para Manzini não se podia falar em inocência porque o processo penal não declara se alguém é ou não inocente, mas se ele é ou não culpado pelo crime do qual é acusado. Sobre a presunção, Manzini afirmava que, tecnicamente, ela é meio de prova indireta pelo qual se extrai um dado absoluto ou relativo de uma base da experiência comum. E, se há alguma presunção a se extrair da experiência do processo penal, concluía Manzini, é a presunção de culpa, não de inocência, pois a maior parte dos acusados são, ao final, condenados.

No Brasil, o atual Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 foi promulgado em plena vigência do Estado Novo getulista e no curso da Segunda Guerra Mundial. Havia, naquele momento, considerável afinidade política e ideológica entre o Estado Novo brasileiro e o Estado Fascista Italiano, de modo que toda a produção doutrinária pautada na Escola Positiva e desenvolvida pela doutrina técnico-positivista de Manzini e Rocco foi introduzida no contexto legal brasileiro sem qualquer censo crítico e adequação à realidade local.

Não há, portanto, nas legislações mencionadas, qualquer menção ao princípio da presunção de inocência, aceitando-se tão somente, de forma muito restrita, o *in dubio pro reo*, limitando a sua incidência às situações em que o juiz permanecesse na dúvida sobre a culpa do acusado, mesmo após exaurir o exercício de seu amplíssimo poder instrutório e exercer seu ilimitado livre convencimento.

Vale citar, pois, que a fase investigativa preliminar se estruturou na forma inquisitiva pura, não sendo conferido qualquer direito ao investigado. Os artigos 20 e 21 do Código de Processo Penal indicam a intenção de restringir todas as garantias nessa fase persecutória.

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

A ideologia fascista que alimenta a redação do Código de Processo Penal somente começou a ser enfraquecida com a entrada em vigor da atual Constituição da República. A marca expressa e clara da visão autoritária do início do século passado repercutiu no nosso Código, mormente na fase investigativa preliminar, construída com base na presunção de culpa e no direito penal do inimigo.

No que se refere à prisão provisória, nos moldes positivistas da Itália, a prisão preventiva no Código de Processo Penal Brasileiro era obrigatória em decorrência da gravidade do crime cometido, ou seja, se o crime possuísse pena máxima igual ou superior a dez anos, a prisão decorreria de forma automática já no início da persecução penal.

Consoante Basileu Garcia (1945, p. 159),

[...] os crimes graves abalam o meio social. O pensamento colhido no texto é também o de que, em tais casos, a prisão preventiva do delinquente satisfaz a opinião pública, antecipando, em benefício do prestígio da lei violada, a ulterior restauração da ordem jurídica, de que se incumbe a pena.

Em 1967 esse dispositivo passou a ter a redação atual, excluindo a possibilidade de prisão automática, mas ainda hoje se vê empregar o mesmo raciocínio da gravidade da infração, apenas investigada ou imputada, para se determinar a prisão provisória ou se negar a liberdade do preso (investigado/acusado).

A expressão “ordem pública”, também inserida dentre os requisitos da prisão provisória, não possui qualquer limitação sistêmica para evitar que seja utilizado de modo arbitrário, subjetivo e desproporcional, sem qualquer amparo constitucional.

Assim, com base nessa expressão, a jurisprudência indica a decretação da prisão preventiva ao argumento de “gravidade da infração”, periculosidade do agente, forma do cometimento do crime, clamor público, entre outras. Todas as expressões, contudo, são incompatíveis com o direito fundamental à presunção de inocência.

Em relação ao interrogatório, até dezembro de 2003 era ato privativo entre inquiridor e inquirido; a presença do defensor não era obrigatória, não havendo qualquer nulidade quando o acusado era interrogado sem

qualquer comunicação prévia com o seu defensor ou mesmo na ausência deste; quando era constituído o defensor e ele estava presente no ato, era-lhe proibido intervir ou influir na colheita feita pelo inquiridor.

Percebia-se que era ato encaminhado na direção de se obter a confissão, fosse ela voluntária ou presumida pelo silêncio do acusado. Além disso, poderia o interrogatório ser repetido quantas vezes a autoridade policial ou judiciária entendesse necessárias.

Conforme destaca Moraes (2010, p. 168), o legislador de 1941 deu ao julgador amplos poderes instrutórios. Assim, o juiz poderá instruir o processo o quanto entender conveniente e suficiente para formar seu convencimento, devendo ser ativo para a busca da melhor reconstrução dos fatos.

Ocorre que ao se examinar esse extenso poder instrutório, em paralelo com a possibilidade de o juiz decidir a causa em favor do acusado se estivesse na dúvida quanto à sua culpabilidade, aplicando o *in dubio pro reo*, verifica-se que o julgador só tem razões para exercer o seu poder instrutório para demonstrar uma culpa que entende ainda improvada.

Conclui Moraes (2010, p. 169)

Se o julgador deve, por força de lei, absolver diante da dúvida, todas as vezes que estiver em dúvida não precisa usar qualquer poder instrutório, basta usar o critério do “*in dubio pro reo*” para decidir. Se ele, na dúvida, busca novas provas ou meios de provar determinada tese é porque está, em regra, insatisfeito com o trabalho instrutório do órgão acusador. Voltaria a ser o juiz que busca a prova para condenar, o juiz nos papéis de investigador e de acusador.

É exatamente a respeito dessa atuação judicial que trataremos a seguir, no intuito de tecer considerações favoráveis à compatibilização da atuação do juiz em nome de seu poder instrutório com o princípio constitucional da presunção de inocência.

## 2. O poder instrutório do julgador e a dúvida razoável

Primeiramente, é importante destacar que a Constituição Federal de 1988 fez clara opção pelo sistema acusatório, prestigiando não somente o

princípio da presunção de inocência, mas também os princípios do devido processo legal, da publicidade dos atos processuais, da ampla defesa e do contraditório, dentre outros.

O processo penal, pois, deve se adequar ao sistema escolhido pelo legislador constituinte, sob pena de estar eivado de inconstitucionalidade material qualquer dispositivo que contrarie tal orientação.

Conforme elucidada Silva (2010, p. 75)

O princípio acusatório, adotado constitucionalmente como aspecto material do devido processo legal na persecução penal, antes sinalizado, contempla a separação de funções próprias do órgão da acusação e do órgão julgador de tal modo que nenhum deles pode, sob qualquer pretexto, imiscuir-se nas funções do outro.

Esse modelo indica que deve haver clara separação entre as funções de acusar e julgar, devendo o julgador, a princípio, estar no papel de expectador diante da prova colhida. Entretanto, tal compreensão se apresenta divergente com o art. 156, do Código de Processo Penal, que estabelece

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Nota-se em ambos os incisos a opção legislativa foi a de possibilitar ao julgador uma atuação ativa na instrução, seja para ordenar a produção de provas na fase pré-processual, seja para determinar diligências, já no

curso da persecução penal, sempre que necessário para esclarecer dúvida sobre ponto relevante.

A questão que se coloca, portanto, em específico no que se refere ao art. 156, II, do Código de Processo Penal, é como interpretar tal dispositivo legal com os princípios constitucionais, mormente o princípio da presunção de inocência e a vertente do “*in dubio pro reo*”, conforme crítica levantada no capítulo anterior.

Para Pacelli (2012, p. 432), apesar de se reconhecer a amplitude da iniciativa probatória deferida ao juiz no Código de Processo Penal, reforçada ainda mais pela Lei 11.690/08, não se pode esquecer que esta atividade probatória deve se desenvolver a partir da existência de dúvida razoável sobre o ponto relevante do processo, não sendo aceitável, porém, em nenhuma hipótese, a adoção de posição supletiva ou subsidiária da atuação do órgão de acusação.

Ainda segundo o autor (PACELLI, 2012, p. 432), a iniciativa probatória do juiz, quando utilizada para esclarecimento da prova produzida pela defesa, deve perfeitamente ser aceita, sem maiores restrições, por todas as razões principiológicas sustentadas pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, compreende que tal iniciativa não pode ocorrer em relação à atividade supletiva da atuação da acusação, não só por violação ao sistema acusatório, mas ao princípio da igualdade de armas (*par conditio*), na medida em que o Estado estaria atuando em posição de evidente e desigual vantagem.

Nesse sentir, é conveniente identificar o que seria a expressão “dúvida razoável” para a doutrina brasileira, dúvida esta que efetivamente autoriza o julgador a buscar saná-la sem que isso configure violação ao princípio da presunção de inocência e ao *in dubio pro reo*.

Certo é que o que se pretende com a produção de provas no processo penal é a busca de uma verdade denominada pela doutrina mais moderna como “verdade processual”, uma vez ser inviável o alcance da verdade real, com a plena reconstituição do fato histórico ocorrido no passado, até porque a reconstituição do fato criminoso perpassa por resgate de memórias, que não dizem necessariamente respeito a um dado da realidade presente.

Gilbert Duran (apud LOPES JR., 2015, p. 572-573), ao tratar da busca da verdade no processo penal, faz uma análise interessante a respeito do que denomina “falsas memórias”, esclarecendo que

O crime é história, passado e, como tal, depende da memória de quem narra. A fantasia/criação faz com que o narrador preencha os espaços em branco deixados na memória com as experiências verdadeiras, mas decorrentes de outros acontecimentos. A imaginação colore a memória com outros resíduos. É o clássico exemplo do cubo: podemos ver duas no máximo três faces. O cubo só é real no imaginário, pois somente assim se conhecem as seis faces. Não há dúvidas de que a imaginação não forma imagens, mas deforma as cópias pragmáticas fornecidas pela percepção. Isso, sem considerar a intenção de deturpar, pois parte da premissa da “boa testemunha”, o que é uma ilusão.

A utilização dos poderes instrutórios do julgador, em que pese a impossibilidade de reconstrução exata dos fatos nos moldes ocorridos, deve ser para trazer benefícios ao processo, propiciando ao julgador, sempre que se depare com uma prova defeituosa ou incompleta, o dever de esclarecer a situação obscura, para que profira decisão mais justa e acertada.

Assevera, nesse ponto, Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 71-79)

O processo acusatório e o processo de partes nada têm a ver com a iniciativa probatória do juiz no processo penal (...) na medida em que não se pode admitir um juiz passivo e refém das partes, como um mero espectador de um duelo judicial de interesses dos litigantes.

Assim, o legislador, por mera escolha política, optou por outorgar ao julgador poderes instrutórios, sob o respaldo da ideia de função social do processo, que deve buscar a manutenção da paz social.

Acrescenta a consagrada Grinover (1999, p. 71-72)

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais

elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre a preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos.

Portanto, numa visão publicista do processo penal, a orientação doutrinária ora esposada é no sentido de que o processo não deve ser visto como um jogo em que vence o mais esperto e astucioso, mas sim como instrumento de justiça que visa o alcance da paz social, de maneira que o julgador, nessa concepção, pode exercer um papel ativo.

Vislumbra-se, no inciso II, do artigo 156, do Código de Processo Penal, que há limites ao poder instrutório do julgador na fase processual, uma vez que não pode tal poder ultrapassar as barreiras dos pontos omissos ou confusos. É importante distinguir a determinação de diligências *ex officio* pelo julgador, no intuito de sustentar juízo previamente estabelecido acerca de sua orientação decisória, o que deve ser, de fato, repudiado; com a ordem de esclarecimentos sobre pontos com dificuldade de entendimento, para que, a respeito disso, seja produzida determinada e específica prova.

Frise-se, que há, ainda, entendimentos de que o juiz deve pedir diligências apenas no sentido de esclarecer conteúdo de prova já produzida. A dúvida somente se insere dentro do espírito julgador do magistrado quando há a aliança de proposições em sentido diverso sobre determinado fato ou ideia. No campo das provas e na busca pela verdade, a dúvida surge a partir de possíveis deduções oriundas do material probatório produzido, e não sobre aquele que não foi produzido.

Assim, admite-se a dúvida apenas sobre a prova que já foi produzida, e não sobre a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória. Portanto, conclui-se que a atividade instrutória se limita, na fase processual, a esclarecer e sintetizar o conjunto probatório. Não poderá, em hipótese

alguma, o juiz, buscar, perseguir, caçar ou determinar qualquer tipo produção probatória.

## Conclusão

No decorrer deste artigo foi apresentada a perspectiva histórica do princípio da presunção de inocência, no intuito de se analisar o contexto em que surgiu e as subsequentes alterações ideológicas que culminaram na sua exclusão/inclusão do campo do direito, aliada à repercussão da ideologia fascista italiana na legislação processual penal brasileira. Apreciou-se, dessa forma, previsões legais do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 que se evidenciaram incompatíveis com o princípio da presunção de inocência, consagrado constitucionalmente.

Em seguida, a questão levantada perpassou pela eventual compatibilidade do art. 156, do Código de Processo Penal, com o princípio da presunção de inocência, justamente em decorrência dos poderes instrutórios legalmente outorgados ao julgador na fase processual, na hipótese em que persistir dúvida sobre ponto relevante a respeito da prova colhida no curso da demanda.

Assim, a conclusão é de que é possível o julgador atuar, ativamente, na colheita de provas na fase processual, desde que sua atuação esteja pautada em dúvida razoável a respeito de material trazido pelas partes. Essa é a interpretação que mais coaduna com o princípio da presunção de inocência e com o *in dubio pro reo*, associada à ideia de processo como instrumento de justiça que visa a paz social.

## Referências Bibliográficas

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. III, p. 156/159.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed., Ed. Saraiva. São Paulo, 2015.



MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 12<sup>a</sup> ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

# A REVISÃO CRIMINAL NO TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Amanda D'Andrea Löwenhaupt

## 1 Introdução

Ao longo deste trabalho, discutiremos o tratamento jurisprudencial dado à revisão criminal nos processos oriundos do Tribunal do Júri nos tribunais superiores.

Antes que se possa passar à análise jurisprudencial, cumpre realizar breve exposição a fim de esclarecimentos metodológicos.

Foram elencadas para discussão decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sendo buscadas decisões proferidas nos últimos trinta anos, referentes ao período após a promulgação da Carta da República de 1988, entre outubro de 1988 e fevereiro de 2018.

O recorte temporal se deve pela intenção de tratar do debate referente à recepção ou não recepção da previsão da revisão criminal por parte da Carta da República ao elevar a soberania dos veredictos ao grau de direito fundamental.

Ainda, as decisões não foram diferenciadas quanto à sua natureza ou origem, de modo que não somente foram buscadas revisões criminais, mas também *Habeas Corpus*, agravos regimentais, entre outras, que de alguma forma se relacionassem com a questão da possibilidade ou não de utilização da revisão criminal para casos que provenham do Tribunal do Júri.

Finalmente, para melhor utilização de espaço, optou-se pelo destaque a algumas decisões, bem como pela apresentação de trechos selecionados das ementas elencadas, de modo que não serão apresentadas na íntegra.

## 2 Tratamento jurisprudencial da revisão criminal em processos do Tribunal do Júri pelo Supremo Tribunal Federal

Tendo sido superados esclarecimentos a respeito da metodologia empregada, passaremos agora à discussão de decisões específicas.

O precedente mais antigo localizado a respeito da revisão criminal a ter ocorrido sob a égide da Carta da República de 1988 foi a decisão no *Habeas Corpus* 67737/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

PROTESTO POR NOVO JÚRI [...] REVISÃO CRIMINAL E SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI - HABEAS CORPUS DENEGADO. [...] O EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS NÃO ENCONTRA SEDE JURIDICAMENTE ADEQUADA NO PROCESSO DE HABEAS CORPUS. A POSTULAÇÃO DO IMPETRANTE, QUE OBJETIVA INGRESSAR NA ANÁLISE, DISCUSSÃO E VALORAÇÃO DA PROVA, SERÁ PLENAMENTE ADMISSÍVEL [...] **NA VIA REVISIONAL, EIS QUE A CONDENAÇÃO PENAL DEFINITIVA IMPOSTA PELO JÚRI É POSSÍVEL DE DESCONSTITUIÇÃO, MEDIANTE REVISÃO CRIMINAL (RTJ-115/1114), NÃO LHE SENDO OPOSTIVEL A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA (RT 475/352 - 479/321 - 488/330 - 548/331).** (STF – HC: 67737/RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 12/12/1989, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/02/1990 PP-00930 EMENT VOL-01569-03 PP-00486)

Ainda que a decisão acima trate de um *Habeas Corpus* referente a um protesto por novo júri, merece destaque por destacar a possibilidade de relativização do princípio da soberania dos veredictos, apesar de seu *status* constitucional.

Uma decisão paradigmática, frequentemente citada como precedente, foi a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 70193/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

“HABEAS CORPUS” - JÚRI – [...] A soberania dos veredictos do Júri - não obstante a sua extração constitucional - ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. **A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere, a esse órgão especial da Justiça comum, o exercício de um poder incontrastável e ilimitado.** As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. [...] **A condenação penal definitiva imposta pelo Júri é passível, também ela, de desconstituição mediante revisão criminal, não lhe sendo oponível a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença.** [...] (STF – HC 70193, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 21/09/1993, DJ 06-11-2006 PP-00037 EMENT VOL-02254-02 PP-00292 RTJ VOL-00201-02 PP-00557, grifo nosso)

Novamente, não se trata de uma decisão em sede de revisão criminal, mas de um *Habeas Corpus* referente a uma Apelação Criminal, contudo, merece destaque pela fundamentação a respeito dos poderes do Tribunal do Júri.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o respeito ao princípio constitucional da soberania dos vereditos não equivale a dizer que devam estes ser inatacáveis e incontestáveis. A soberania dos vereditos não serve a conceder ao Tribunal do Júri poder ilimitado.

Contudo, não basta simplesmente saber ser cabível a revisão criminal nos casos do Tribunal do Júri, para os fins propostos pela análise do presente trabalho.

É preciso que seja determinado de que forma a revisão criminal pode ser aplicada nos casos provenientes do Tribunal do Júri. O que equivale a

dizer, é preciso saber se ao Tribunal de segunda instância cabe também o juízo rescisório ou tão somente o juízo rescindente da condenação.

Por isto, passaremos agora à análise do Agravo em Recurso Extraordinário 674151/MT, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PENAL PELO JÚRI. ERRO JUDICIÁRIO. INOPONIBILIDADE DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA À PRETENSÃO REVISIONAL. JULGAMENTO DESSA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO PELO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. CUMULAÇÃO DO “JUDICIUM RESCINDENS” COM O “JUDICIUM RESCISSORIUM”. POSSIBILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. - O Tribunal de segunda instância, ao julgar a ação de revisão criminal, dispõe de competência plena para formular tanto o juízo rescindente (“judicium rescindens”), que viabiliza a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal mediante invalidação da condenação criminal, quanto o juízo rescisório (“judicium rescissorium”), que legitima o reexame do mérito da causa e autoriza, até mesmo, quando for o caso, a prolação de provimento absolutório, ainda que se trate de decisão emanada do júri, pois a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, que representa garantia fundamental do acusado, não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração da liberdade jurídica do condenado. Doutrina. Precedentes. [...] (STF – ARE: 674151 MT, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/10/2013, Data de Publicação: DJe-207 DIVULG 17/10/2013 PUBLIC 18/10/2013)

A decisão apresenta diversos argumentos relevantes para esta discussão, que passaremos a tratar a seguir.

No caso em tela, o réu foi condenado pelo Tribunal do Júri como mandante de uma tentativa de homicídio. Em sede de revisão criminal, alegou o réu que a condenação encontrava-se contrária à evidência dos autos, entendimento que seguiu o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Assim, o Tribunal julgou procedente a revisão criminal.

Contudo, enquanto poderia ter simplesmente anulado a decisão atacada e encaminhado o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, entendeu o Tribunal ser possível a absolvição direta do réu, sem que este precisasse ser novamente julgado pelo Tribunal do Júri.

REVISÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO – ART. 621, INCISO I, DO CPP – ERRO JUDICIÁRIO POR CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – ART. 626 DO CPP – PEDIDO REVISIONAL PROCEDENTE. O Tribunal, julgando procedente a ação revisional por contrariedade à evidência dos autos, está autorizado a rescindir a condenação para absolver o réu. (RvC 72366/2010, DES. RUI RAMOS RIBEIRO, TURMA DE CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Julgado em 04/08/2011, Publicado no DJE 20/09/2011)

A singela ementa da revisão criminal demonstra que o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso entende ser aplicável a previsão da revisão criminal em sua integralidade para os casos provenientes do Tribunal do Júri.

Ocorre que o Ministério Público local entendeu por ter ultrapassado o Tribunal de Justiça a sua competência, em violação do princípio constitucional da soberania dos veredictos<sup>51</sup>.

---

51 Nas palavras do Subprocurador-Geral da República Dr. Edson Oliveira de Almeida, em parecer do Ministério Público Federal, destacado no relatório da decisão discutida: “Por isso o presente agravo, no qual se alega, em suma, que ‘tratou-se no tema do extraordinário de típica ofensa frontal e direta, posto que o acórdão recorrido afirma pertencer ao âmbito da Corte revisional competência expressamente atribuída ao Tribunal do Júri a quem a Constituição Federal não apenas entregou a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, mas também a protegeu, por meio da cláusula da soberania dos veredictos, da tendência de viés corporativista ou ideológica que recusa toda forma de participação direta no exercício do poder’. Acrescenta que ‘no caso, o extraordinário busca solução para uma única questão de direito: saber se o tribunal local pode ou não julgar, após rescindir a condenação, um crime da competência constitucional do júri.’” (STF – ARE: 674151 MT, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/10/2013, Data de Publicação: DJE-207 DIVULG 17/10/2013 PUBLIC 18/10/2013)

Destacando-se outro trecho da decisão, resta perfeitamente esclarecido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

[...] Não assiste razão ao recorrente, uma vez que a soberania dos veredictos do tribunal do júri não é absoluta (RHC 93.248/SP, rel. Min. Ellen Gracie). No caso específico da revisão criminal, e como decorrência da soberania do Tribunal do Júri, restaurada pela Constituição de 1946, alguns processualistas passaram a defender a tese de que a revisão contra as condenações do Júri está limitada ao juízo rescindente, sendo o juízo rescisório incompatível com a soberania. Assim, de acordo com essa posição, o Tribunal de Justiça, ao acolher a revisão criminal, limitar-se-ia a devolver o caso ao Tribunal do Júri, para novo julgamento. **Mas não foi essa a orientação que prevaleceu na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal.** [...] Em suma: o Tribunal de segunda instância, ao julgar a ação de revisão criminal, dispõe de competência plena para formular tanto o juízo rescindente (“judicium rescindens”), que viabiliza a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal mediante invalidação da condenação criminal, quanto o juízo rescisório (“judicium rescissorium”), que legitima o reexame do mérito da causa e autoriza, até mesmo, quando for o caso, a prolação de provimento absolutório, ainda que se trate de decisão emanada do júri, pois a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, que representa garantia fundamental do acusado, não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração da liberdade jurídica do condenado. (STF – ARE: 674151 MT, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/10/2013, Data de Publicação: DJe-207 DIVULG 17/10/2013 PUBLIC 18/10/2013)

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal entendeu por não limitar os poderes do Tribunal de segunda instância na revisão criminal de decisão proveniente do Tribunal do Júri.

Assim, a revisão criminal é aplicável em todos os seus efeitos, ainda que se trate de caso da competência do Tribunal do Júri. Nada mais razoável, não havendo justificativa para qualquer tipo de diferenciação destas decisões, uma vez que, conforme já estabelecido, não tem o Tribunal do Júri poderes ilimitados.

Ainda que seja necessário maior cuidado e proteção das decisões do Tribunal do Júri devido ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, não é possível com este cuidado as elevar a um patamar que não é oferecido a qualquer decisão no ordenamento jurídico pátrio.

Toda e qualquer condenação criminal, independentemente de sua origem, pode ser atacada pela via da revisão criminal, contanto que esteja presente alguma de suas hipóteses de cabimento.

A revisão criminal se apresenta como remédio último contra injustiças e arbitrariedades do sistema judiciário, visando privilegiar a verdade real e corrigir erros do judiciário, sendo seu objeto tão relevante para a administração da justiça que nem mesmo o decurso do tempo ou a morte do réu são capazes de afastar sua aplicabilidade.

Da mesma forma que qualquer órgão julgador, o Tribunal do Júri também é passível de erros, e não é razoável permitir que o réu sofra com estes em decorrência do princípio da soberania dos veredictos, que é também garantia defensiva.

Assim, acompanhamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser possível o juízo rescindente bem como o juízo rescisório quando da revisão criminal de processos provenientes do Tribunal do Júri, desde que se encontre o Tribunal de segunda instância desde já apto a julgar o mérito da questão, em sede de revisão criminal.

Contudo, não há nenhum óbice de que o Tribunal de segunda instância entenda, no caso concreto, por devolver a competência ao Tribunal do Júri para novo julgamento, caso não se encontre apto para julgar o mérito da questão.

Finalmente, cumpre lembrar que é possível a ampla produção de prova no curso da revisão criminal ou de forma preparatória, em processo prévio.

Assim, esclarecido o pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, passaremos à próxima etapa de nossa análise, qual seja, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.



### 3 Tratamento jurisprudencial da revisão criminal em processos do Tribunal do Júri pelo Superior Tribunal de Justiça

Passaremos agora à análise do posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Destaca-se desde já a existência de maior divergência entre as decisões localizadas, bem como de contrariedade com relação ao posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal.

Iniciaremos nossa análise com o *Habeas Corpus* 19419/DF, de relatoria do Ministro Jorge Scartezzini.

PROCESSO PENAL - REVISÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - TRIBUNAL DO JÚRI - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - MÉRITO DA ACUSAÇÃO - RÉU QUE DEVE SER SUBMETIDO A NOVO JÚRI [...] Como se sabe, as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri não podem ser alteradas, relativamente ao mérito, pela instância ad quem, podendo, tão-somente, dentro das hipóteses previstas no art. 593, do Código de Processo Penal, ser cassadas para que novo julgamento seja efetuado pelo Conselho de Sentença, sob pena de usurpar a soberania do Júri. Na verdade, o veredicto não pode ser retificado ou reparado, mas sim, anulado. - O cerne da questão, no presente pedido, situa-se no fato de que a decisão do Júri foi reformada, em seu mérito, em sede revisional que, diferentemente da apelação, cuja natureza é recursal, trata-se de verdadeira ação que é ajuizada sob o manto do trânsito em julgado. - A meu sentir, seguindo a exegese da melhor doutrina, o reconhecimento pelo Tribunal a quo, de que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, ainda que em sede revisional, não tem o condão de transferir àquela Corte, a competência meritória constitucionalmente prevista como sendo do Tribunal do Júri. Portanto, entendo que cabe ao Tribunal, mesmo em sede de revisão criminal, somente a determinação de que o paciente seja submetido a novo julgamento. [...] (STJ - HC: 19419 DF 2001/0172238-4, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZI-

NI, Data de Julgamento: 25/06/2002, T5 - QUINTA TURMA,  
Data de Publicação: --> DJ 18/11/2002 p. 251RT vol. 811 p. 557)

Desde já ganha destaque o posicionamento majoritário no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, de ser de competência exclusiva do Tribunal do Júri as decisões quanto ao mérito em crimes dolosos contra a vida.

Não resta dúvida de que a revisão criminal é cabível. Contudo, na decisão em tela, tem ela sua amplitude extremamente limitada.

Segundo o entendimento firmado no julgado, a revisão criminal julgada procedente somente poderia dar ensejo ao estabelecimento de novo Conselho de Sentença para deliberar a respeito do mérito.

Assim, a decisão do Tribunal do Júri pode ser afastada por força da revisão criminal, porém, não pode seu julgamento ser substituído no mérito pelo julgamento do Tribunal de Justiça, só podendo ser reformada a decisão pelo próprio Tribunal do Júri.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça está fundada na origem constitucional da competência do Tribunal do Júri, de modo que esta estaria acima da competência ofertada pela revisão criminal para a segunda instância.

Este posicionamento certamente privilegia o princípio da soberania dos veredictos, tendo em vista que o Tribunal não está autorizado a substituir a decisão do Conselho de Sentença pela sua, podendo tão somente retornar o caso ao Tribunal do Júri para novo julgamento.

Com a mesma justificativa foi decidido o Recurso Especial 1172278/GO, de relatoria do Ministro Jorge Mussi.

RECURSO ESPECIAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. RETIFICAÇÃO DE DEPOIMENTO TESTEMUNHAL. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Ao Tribunal do Júri, conforme expressa previsão constitucional, cabe o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo-lhe assegurada a soberania dos seus veredictos. 2. Por outro lado, o or-

denamento jurídico assegura ao condenado, por qualquer espécie de delito, a possibilidade de ajuizar revisão criminal, nas hipóteses previstas no art. 621, do Código de Processo Penal. [...] 4. **Considerando-se que o Tribunal de Justiça julgou procedente a revisão criminal para determinar a realização de novo julgamento popular, com fundamento na soberania dos veredictos, não merece reparo o aresto objurgado por estar em consonância com julgado desta Corte Superior.** [...] (STJ – REsp: 1172278 GO 2009/0246886-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 26/08/2010, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 13/09/2010)

Assim, a revisão criminal foi permitida tão somente por ter o Tribunal de Justiça determinado a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Segundo posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça, a determinação de novo julgamento pelo Tribunal do Júri é o único resultado possível quando da procedência de uma revisão criminal, tendo em vista que, no entendimento deste Tribunal, o juízo rescisório não é permitido ao Tribunal de segunda instância em se tratando de crimes contra a vida, sendo este exclusivo do Tribunal do Júri nos casos de sua competência. Assim, sendo somente o juízo rescindente permitido, não há que se falar na possibilidade de qualquer outra decisão no caso de procedência da revisão criminal de casos advindos do Tribunal do Júri.

Contudo, ainda que seja este o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, não se pode dizer que se trata de um posicionamento plenamente pacificado.

Assim, não é possível ignorar a existência de decisões do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, entendendo pela possibilidade de substituição do julgamento do Tribunal do Júri no mérito através da via revisional sem que haja a necessidade de novo julgamento popular.

É possível perceber este posicionamento no *Habeas Corpus* 63290/RJ, de relatoria do Ministro Harold Rodrigues.

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. TRIBUNAL DO  
JÚRI. REVISÃO CRIMINAL. INDEFERIDA. TRIBUNAL

ESTADUAL. MANIFESTO ERRO JUDICIÁRIO COMETIDO PELO JÚRI. REVISÃO QUE PODERIA E DEVERIA RESCINDIR A SENTENÇA CONDENATÓRIA E ABSOLVER O PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA PARA ABSOLVER O PACIENTE, POR FALTA DE JUSTA CAUSA. 1. A soberania do Júri é garantia em favor do *jus libertatis*. 2. A revisão criminal também objetiva proteger o *jus libertatis*, pois só pode ser utilizada pela defesa. 3. Institutos que convergem para proteção do direito de liberdade de ir, vir e permanecer. 4. **Indeferida a revisão**, só resta o habeas corpus a impedir a perpetuidade do erro judiciário. **O remédio heroico, por sua natureza, pode, diante de claro erro judiciário, desconstituir a injusta condenação e absolver o ora paciente [...]** (STJ – HC: 63290 RJ 2006/0160385-9, Relator: Ministro HAROLD RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Data de Julgamento: 03/09/2009, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 19/04/2010, grifo nosso)

Inicialmente, cumpre destacar que a absolvição não se deu através da revisão criminal, e sim através do *Habeas Corpus*. Contudo, a absolvição somente se deu em sede de *Habeas Corpus* por ser devida e não concedida na revisão criminal. No caso em tela, deveria o Tribunal de Justiça ter deferido a revisão criminal e absolvido diretamente o réu, sem que fosse necessária para tal absolvição a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Esta decisão encontra-se em sentido contrário do posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, de modo que merece destaque.

Entretanto, são raras as decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, de modo que não está descaracterizado o posicionamento majoritário apresentado anteriormente.

Finalmente, com a intenção de encerrar este capítulo, analisaremos como última decisão um julgado em Agravo Regimental no Recurso Especial 1021468/SP, de relatoria do Ministro Jorge Mussi.

PROCESSO PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE PARA ABSOLVER

O RÉU. FUNDAMENTO LEGAL. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR. [...] 2. *In casu*, com fundamento na fragilidade do conjunto probatório, foi a revisão criminal julgada procedente para absolver o réu do crime de homicídio. 3. No entanto, tal fundamento não autoriza o Tribunal revisor a proferir juízo absolutório, pois, de um lado, esta situação não está contemplada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, de outro lado, a valoração das provas de forma distinta daquela realizada pelo Tribunal do Júri, não autoriza a ação rescisória pela manifesta contrariedade às provas dos autos, principalmente, levando-se em consideração a soberania dos veredictos na apreciação e valoração dos referidos elementos processuais, pois conforme expressa previsão constitucional, cabe ao Conselho de Sentença, o exame do conjunto fático/probatório. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no REsp: 1021468 SP 2008/0001899-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 02/08/2011, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 10/08/2011)

No caso analisado, o Tribunal de Justiça deu provimento à revisão criminal para desde logo absolver o réu, sem a necessidade de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, de modo contrário ao entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça. Deste modo, entendeu a Corte por reformar a decisão para determinar que o caso retornasse para novo julgamento popular.

A decisão se fundou na necessidade de análise de prova, que o Superior Tribunal de Justiça entende só poder ser realizada pelo Conselho de Sentença, de modo que não poderia o Tribunal de segunda instância passar à absolvição de pronto. Ainda, o argumento defendido demonstra-se mais forte na medida em que trata de valoração diversa de prova, o que não é uma hipótese de cabimento da revisão criminal.

## 5 Considerações finais

Ao longo deste trabalho, analisamos decisões de ambas as cortes proferidas nos trinta anos desde a promulgação da Constituição Cidadã.

Com isto, podemos perceber que o Supremo Tribunal Federal está firmemente posicionado para a possibilidade de juízo rescisório no Tribunal togado, sem que haja necessidade de retornar ao Tribunal do Júri.

Também podemos perceber que o Superior Tribunal de Justiça não apresenta a mesma uniformidade em suas decisões, mas apresenta forte tendência majoritária a não permitir que a decisão do Conselho de Sentença seja reformada no mérito que não por tornar o caso a ser julgado pelo Tribunal popular.

Neste sentido, nos posicionamos junto ao Supremo Tribunal Federal, por também entender que é possível a aplicação do poder revisional em toda sua forma ainda que se trate de competência constitucionalmente reservada para o Tribunal popular.

## 6 Referências

BRASIL. CF/1988. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Decreto Nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 20 fev. 2018

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 20 fev. 2018.

CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão Criminal**: características, consequência e abrangência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

OLIVEIRA JUNIOR, Antônio Sydnei de. **Revisão Criminal**: Novas reflexões. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

STF. Agravo em Recurso Extraordinário: ARE 674151 MT. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 18/10/2013.

STF. Habeas Corpus: HC 67737 RJ. Relator: Ministro Celso de Mello.  
DJ: 16/02/1990.

STF. Habeas Corpus: HC 70193. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ:  
06/11/2006

STJ. Habeas Corpus: HC 13118 MS. Relator: Ministro Halmiton Carva-  
lhido. DJ: 19/02/2001.

STJ. Habeas Corpus: HC 19419 DF. Relator: Ministro Jorge Scartezzini.  
DJ: 18/11/2002.

STJ. Habeas Corpus: HC 63290 RJ. Relator: Ministro Harold Rodri-  
gues. DJe: 19/04/2010.

STJ. Recurso Especial: REsp 1172278 GO. Relator: Ministro Jorge Mus-  
si. DJe: 13/09/2010.

TJ/MT. Revisão Criminal: RvC 72366/2010. Relator: Desembargador  
Rui Ramos Ribeiro. DJe: 20/09/2011.

# CRIME PRETERDOLOSO: A DUALIDADE DO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA

*Renata Muniz Moraes*

*Stephany Samantha Nascimento da Silva*

## 1 INTRODUÇÃO

Dentro do ordenamento jurídico, é sabido que as constantes problemáticas que entram em rotatividade e se perfazem em meio as mais variadas perguntas são fato gerador de pesquisas e reflexões. O crime preterdoloso vem sendo alvo de debate no que tange ao reconhecimento de sua tentativa, e é sobre esta possibilidade que este trabalho se sustenta, com fulcro nesta problemática que divide doutrinadores que entendem sua existência e outros que não. O presente trabalho tem como perspectiva fazer uma prévia abordagem acerca do tema proposto, pontuando o que os autores pressupõe sobre a dogmática, de forma a avaliar melhor a tentativa de preterdoloso.

Essa pesquisa foi composta através do método dedutivo, onde aplicam-se as leis e regras gerais a fatos particulares. A abordagem trata-se de pesquisa bibliográfica, através de estudos em livros, artigos científicos e jurisprudências. O artigo foi produzido sobre o pressuposto de instigar uma maior discussão sobre um assunto tido como concluído, por isso não mais debatidos, como é o caso da análise, e conseqüente descoberta de possibilidade, de tentativa em crimes preterdolosos. É objetivo desse trabalho esclarecer, abordar, explicar e problematizar dogmas e questões



relacionadas ao direito penal e suas atribuições iniciais de modo que o leitor tome conhecimento a respeito de tal tema e o possa pensá-lo na vida em sociedade.

## 2 A TIPICIDADE NO DIREITO PENAL: O CRIME PRETERDOLOSO

Se pode conceituar o direito penal como o conjunto de normas jurídicas que tem por finalidade combater o crime. Logo, não há como se falar em Direito Penal sem que venha à nossa mente a ideia de crime, e consequentemente de violência.

Nos dias atuais, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social normal. Afirmar *Durkheim* que o delito não ocorre somente na maioria esmagadora das sociedades de uma ou outra espécie, todavia ocorre em todas as sociedades constituídas pelo ser Homem. Assim, para ele, o crime não é apenas um fenômeno social normal, mas, não obstante, lhe cumpre uma função relevada importância, que é a de manter vivo o canal de informações do qual a sociedade necessita.

Ao pensamento de Raffaele Garofalo que foi um dos pioneiros a tratar de criminologia, Émile Durkheim foi certamente renovador ao tratar do crime não como um caráter patológico, mas sim como fato social, trazendo um caráter de generalidade e de normalidade ao crime. Para ele, como fato social que é, os crimes não diminuem quando há evolução social, mas tendem a crescer.

Porém, o legislador adotou a teoria finalista da ação, segundo a qual crime é o fato típico e antijurídico, delegando à doutrina a função de proferir conceitos didáticos. Com supedâneo na teoria finalista da ação, os doutrinadores modernos optaram por considerar o crime como fato típico e antijurídico, devendo ser analisando também a culpa e dolo. Primeiramente, podemos considerar o dolo, como uma conduta voluntária e intencional do agente que agindo ou deixando de agir, tem por objetivo causar dano ou cometer um ato que seja ilícito. Dessa maneira, podemos perceber que no dolo o agente comete algo ilícito por vontade própria.

Por outro lado, a culpa pode ser caracterizada quando o agente comete o mesmo ato ilícito, após ter uma ação voluntária, porém, descuidada que por meio dessa veio a causar dano a terceiro ou simplesmente ensejou

ato ilegal. Adotou-se, ainda, a concepção bipartida, onde as condutas puníveis são divididas em crimes ou delitos e contravenções, não existindo, para tanto, diferença ontológica entre ambas. O direito penal segundo a definição de Rogério Greco (2013):

É o conjunto de normas, condensadas num único diploma legal, que visam tanto a definir os crimes, proibindo ou impondo condutas, sob a ameaça da sanção para os imputáveis e medida de segurança para os inimputáveis, como também a criar normas de aplicação geral, dirigidas não só aos tipos incriminadores nele previstos, como a toda legislação penal extravagante, desde que esta não disponha expressamente de modo contrário.

Além disso o direito penal tem como finalidade proteger os bens jurídicos mais importantes, essenciais e necessários para a sobrevivência e dignidade social, estes bens jurídicos seriam, portanto, selecionados pelo legislador, levando em consideração os bens eleitos pela constituição, não podendo desatender os tratados superiores abrangidos pela mesma, alguns exemplos de bens jurídicos constituídos são: vida, integridade física, patrimônio, dignidade sexual, administração pública entre outros.

Para que haja uma efetivação dessa proteção à sociedade, é necessário se valer da cominação, aplicação e execução da chamada pena. Nilo Batista (1996, p. 116) aduz que “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução de pena”. Por pena, podemos entender como um instrumento trivial de coibição para proteger e assegurar os bens jurídicos, ou seja, uma punição imposta pelo Estado ao delinquente ou contraventor, em virtude do crime ou contravenção que tenham cometido, tendo como finalidade exemplificá-los e evitar a prática de novas infrações.

Versando sobre o tema proposto do presente trabalho, podemos conceituar o crime preterdoloso, como aquele cujo resultado total é mais grave do que a pretensão do agente. Há uma conjugação de dolo (no antecedente) e culpa (no subsequente): o agente quer um *minus* e produz um *majus*.

Para tal conexão entre as condutas dolosa e culposa, respectivamente, será necessária a *imputatio juris*, o nexa normativo, para que o agente res-

ponda de fato pelo exagero em sua consulta. É preciso que haja um liame entre o agente que pratica o *primum delictum* e o resultado qualificador, caso não seja possível identificar o nexo, nada poderá lhe ser imputado.

Outro ponto que merece ser abordado acerca dos crimes preterdolosos é que a tentativa não é punível, já que está se demonstra praticamente impossível. Isso acontece porque se o resultado que agravaria não era o pretendido pelo agente, não será possível tentar produzi-lo. São, portanto, afastadas toda e qualquer possibilidades de ocorrência de tipicidade. Os crimes preterdolosos, são portanto, crimes dolosos com resultados culposos não previstos pelo agente.

### 3 JULGADOS DOS CRIMES PRETERDOLOSOS

Com base no que já foi supracitado no tópico acima, as cortes superiores da justiça brasileira, veem se posicionado acerca do crime preterdoloso, nesse cenário se faz necessário observar com detalhes a cerca de alguns julgados de crimes preterdolosos no ordenamento jurídico brasileiro.

No caso abaixo há um julgado do Superior Tribunal de Justiça, onde no acórdão proferido pela referida corte, se pode perceber que foi julgamento procedente o contexto de que em casos de crimes preterdolosos é possível a incidência de agravante genérica prevista no artigo 61 do Código Penal Brasileiro. Neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVANTE GENÉRICA. COMPATIBILIDADE COM CRIME PRETERDOLOSO. PRECEDENTES. OMISSÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

INOCORRÊNCIA. AGRAVOS REGIMENTAIS IMPROVIDOS.

1. No crime preterdoloso, espécie de delito qualificado pelo resultado, é possível a incidência de agravante genérica prevista no art. 61 do Código Penal. Precedente. (AgRg no AREsp 499.488/SC, Rel.Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017.)

2. Não há violação dos arts. 619 e 620 do CPP, quando o Tribunal de origem enfrenta as questões relevantes ao deslinde da controvérsia, adotando, contudo, solução jurídica contrária aos interesses da parte.

3. Agravos regimentais improvidos.

(AgInt no AREsp 1074503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018)

Após a abordagem do julgador anterior, a referida corte em outra decisão, agora no caso em tela, podemos observar a incidência do crime de homicídio em que envolveu o preterdoloso, no presente julgado o crime foi cometido contra uma criança de tenra idade em que o acusado a fazia de empregada doméstica e lhe causava diversos castigos físicos que acabou culminando com a sua morte, tendo o Superior Tribunal de Justiça tendo reconhecido que houve a incidência de um crime preterdoloso. Nessa senda:

PENAL. HOMICIDIO PRETERDOLOSO. GRAVES CASTIGOS IMPOSTOS A MENOR, EMPREGADA DOMESTICA. MORTE CONSEQUENTE. PENA. INDIVIDUALIZAÇÃO.

FIXAÇÃO NO MINIMO LEGAL: CIRCUNSTANCIAS LEGAIS. NÃO CONSIDERAÇÃO.

- NO PROCESSO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, DEVE O JUIZ FIXA-LA DENTRO DAS BALIZAS ESTABELECIDAS PELA NORMA DEFINIDORA DO TIPO, ATENTANDO, NESTA OPERAÇÃO, PARA A FINALIDADE DA SANÇÃO PENAL, QUE DEVE SER NECESSARIA E SUFICIENTE PARA A REPROVAÇÃO E A PREVENÇÃO DO DELITO, SEM DESPREZAR, OUTROSSIM, AS DEMAIS CIRCUNSTANCIAS PERTINENTES A PERSONALIDADE DO AGENTE, AOS MOTIVOS, CIRCUNSTANCIAS E CONSEQUENCIAS DO CRIME, BEM COMO DO COMPORTAMENTO DA VITIMA (CP, ART. 59).

- A FIXAÇÃO DO “QUANTUM” DA PENA NÃO PODE SER EFETUADA DE MODO DISCRICIONARIO E LIVRE, MAS PRECEDIDA DE UM PROCESSO DE VALORAÇÃO DE CADA CIRCUNSTANCIA, DE MODO A JUSTIFICAR A OPÇÃO PELO GRAU DETERMINADO, ENTRE O MÁXIMO E O MÍNIMO COMINADO.

- REVELANDO O QUADRO FATICO QUE A AUTORA DO CRIME DE HOMICIDIO PRETERDOLOSO AGIU COM SUPREMA CRUELDADE, IMPONDO A UMA CRIANÇA DE 10 ANOS, SUA EMPREGADA DOMESTICA, SUCESSIVOS CASTIGOS CORPORAIS QUE CULMINARAM COM SUA MORTE, EMBORA PRESENTE A PRIMARIEDADE E OS BONS ANTECEDENTES, NÃO PODE A PENA-BASE SER FIXADA NO MÍNIMO LEGAL SE AS DEMAIS CIRCUNSTANCIAS DO ART. 59 LHE SÃO CLARAMENTE DESFAVORAVEIS.

- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 93.827/PR, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/1997, DJ 30/06/1997, p. 31092)

Por fim no ultimo julgado também do Superior Tribunal de Justiça, onde o delito em tela é tentativa de roubo e lesões corporais, se traz a possibilidade da admissibilidade da tentativa no caso de crimes preterdolosos, que é o que trata a problemática no presente artigo, onde podemos concluir que a forma como o Superior Tribunal de Justiça veem julgando crimes com a subsistência do preterdoloso ainda não há um entendimento pacificado sendo necessário a análise do caso concreto, para que se chegue ao melhor resultado possível.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO E LESÕES CORPORAIS. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO.

I ? Por força do disposto no parágrafo único do art. 18 e no art.

19, ambos do C.P., a responsabilidade penal, mesmo nos crimes qualificados pelo resultado, não pode ser objetiva (princípio da culpabilidade).

II ? Se, em relação ao resultado mais grave, não ocorreu dolo ou culpa, ele não pode ser atribuído ao acusado. O reexame do suporte fático sobre o asseverado caso fortuito, implicaria, no feito, em vedado reexame de *quaestio facti* (Súmula nº 07-STJ).

III ? Admitindo-se a possibilidade, em certos casos, na linha da dicção de parte da doutrina, da *conatus* em crimes preterdolosos (v.g., quando a ação realiza culposamente o resultado mais grave e não perfaz totalmente a forma básica do delito), tal não alcançaria a hipótese em que o evento mais grave, a par de incompleto, se realiza acidentalmente (sem afirmação, sequer, de culpa).

IV ? O dissídio pretoriano calcado em hipóteses diversas não preenche o exigido nos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC *c/c* o art. 3º do CPP.

Recurso não conhecido.

(REsp 285.560/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 05/08/2002, p. 374)

## 4 TENTATIVA DE CRIME PRETERDOLOSO

Diante do exposto no tópico anterior, a tentativa de crime preterdoloso é um tema ainda debatido de forma acanhada por estudiosos por se tratar de um assunto tido como resolvido, tem sido motivo de atenção de uma minoria, que apoiada nos escritos de grades teóricos, contesta a regra geral. Afinal, é possível haver tentativa em crimes preterdolosos? Para muitos a resposta é singela, não. Pois, se este é composto por uma ação dolosa e o seu resultado agravador é culposos, não será possível tentativa em atos culposos, e, assim também, a tipificação em crime preterintencional. O doutrinador Rogério Greco (2015) na sua obra *Curso de Direito Penal* - Parte geral assim se posiciona:

Crimes preterdolosos – Fala-se em preterdolo quando o agente atua com dolo na sua conduta e o resultado agravador advém de culpa. Ou seja, há dolo na conduta e culpa no resultado; dolo no antecedente, culpa no consequente. Os crimes culposos são de-

litos que, obrigatoriamente, para sua consumação, necessitam de um resultado naturalístico. Se não houver esse resultado, não há falar em crime culposo. Exemplificando, não se fala em tentativa de lesão corporal seguida de morte, ou de tentativa de lesão corporal qualificada pelo resultado aborto, uma vez que o resultado não pode ter sido querido ou assumido pelo agente, pois, caso contrário, responderá por outras infrações penais (tentativa de homicídio e tentativa de aborto). (GRECO, 2015, p 79)

É importante ressaltar que a pretensão desse artigo é simplesmente ratificar a meta de provocar debates acerca do problema, fugindo de uma opinião pré-estabelecida, e não cometer o equívoco de conceber soluções concretas sobre uma temática complexa de extrema importância, por isso é necessário exercer o estranhamento capaz de nos levar a encontrar exceções à regra, e nesse caso não foi diferente, o que nos levou a perceber o tamanho nível de complexidade daquela pergunta antes tida como singela.

Na doutrina existem dois posicionamentos sobre o tema: o primeiro, defendido por brilhantes teóricos como Damásio de Jesus, Rogério Greco e Cezar Roberto Bitencourt (2015), considera a impossibilidade de tentativa em crimes preterdolosos, pois sendo o resultado agravador a título de culpa, não se admite tentativa em crime culposo. Do outro lado, encontramos teóricos modernos que, motivados por análises subjetivas sobre o juízo de tipicidade, defendem a possibilidade de haver tentativa em crime preterintencionais, teoria defendida por Nélson Hungria (1958), João Carlos Carollo, Fernando Capez e Marco Aurélio Bellizze de Oliveira.

Pois bem, usando de um método expositivo para demonstrar a opinião dos teóricos usaremos citações das respectivas obras desses. Começaremos com Cezar Roberto Bitencourt (2015) que, em sua obra Tratado de Direito Penal – Parte 1, escreve primeiramente a título de definição “*Crime preterdoloso ou preterintencional tem recebido o significado de crime cujo resultado vai além da intenção do agente, isto é, a ação voluntária inicia dolosamente e termina culposamente*”, e em sua outra obra Curso de Direito Penal define o seu posicionamento de que não se deve falar em tentativa de lesão corporal seguida de morte ou com resultado aborto, vez que o resultado pode não ter sido querido ou assumido pelo agente, visto que caso contrário responderia por outras infrações penais (tentativa de homicídio e tentativa de aborto).

Já, o considerado por muitos como capitão dessa corrente teórica, Damásio de Jesus (2015, pg.350) expõe de forma clara e concisa na sua obra *Direito Penal – Parte Geral – Volume 1*: “*Não admitem a figura da tentativa nos crimes preterdolosos ou preterintencionais, pois o evento de maior gravidade objetiva, não querido pelo agente, é punido a título de culpa.*”.

Contudo, a atitude moderna de fazer uma nova análise se a conduta apresenta os requisitos que a lei qualifica como infração, ou seja, o juízo de tipicidade, cuja atividade essencial se dá por processo interpretativo, já que a aplicação da lei está associada à sua interpretação para fazê-la, nasce uma releitura do ordenamento penal que comporta linhas interpretativas compatíveis com a orientação do novo sistema de aplicação da lei, abrangendo desde a adequação típica das condutas até a execução da pena.

Nesse sentido, surge uma nova corrente teórica abordando uma nova interpretação acerca dos conhecimentos, além da tipicidade e das execuções, já existentes no meio jurídico sobre crimes preterdolosos. O tema de alta complexidade foi primeiramente abordado por Néelson Hungria, que em 1940 foi um dos maiores criadores do código penal, dá exemplos práticos para dinamizar a discussão.

Exemplo prático: Maria se dirige a uma clínica de aborto, chegando lá se dispõe, portanto com consentimento, para a prática médica. O procedimento é iniciado causando lesões na paciente, porém, no meio da intervenção, a polícia adentra o local impedindo sua consumação. O médico cessa os métodos abortivos, a criança sobrevive, mas por conta das lesões provocadas, a mãe vem a falecer acometida por infecções oriundas do processo.

Para o exemplo dado temos duas abordagens. Para a maioria dos autores, como Damásio de Jesus, o médico deverá responder por dois crimes, tentativa de aborto e homicídio culposo, sendo entendida a impossibilidade de crime preterdoloso. Para Néelson Hungria, no seu livro *Comentários ao Código Penal – volume V*:

Trata-se de uma hipótese de crime preterintencional ou qualificado pelo resultado: um crime-base doloso ligado a um resultado mais grave excedente da intenção criminosa, mas também imputável ao agente a título de culpa... No caso de lesões ocasionadas, a gestante, mas sem efetiva interrupção da gravidez, haverá tentativa



qualificada de aborto aplicando-se as penas do art. 127 diminuídas de um a dois terços. (HUNGRIA, 1979, pg 251).

Assim, podemos observar que, ao ver de Damásio estaríamos violando uma regra naturalística, pois a tentativa de aborto (conduta dolosa) combinada ao homicídio culposo não se adapta ao exemplo acima, já que o resultado, a morte, advêm de uma conduta dolosa, de praticar o aborto, e não de uma outra culposa como propôs Damásio. Então é coerente afirmar que o caso é tipificado em legitimar tentativa de crime preterdoloso.

O segundo exemplo prático, que também é de Néelson Hungria e está presente no livro *Comentários ao Código Penal*, Volume IX.

Suponha-se agora que o morador de um sobrado surpreende o agente no momento em que está deitando fogo ao andar térreo e, tomado de pavor, atira-se pela janela, vindo a quebrar as pernas, mas acontecendo que pessoas outras acudindo, conseguem extinguir facilmente o fogo, antes que este se transforme em incêndio: **tem-se de reconhecer tentativa de incêndio qualificado pelo resultado (HUNGRIA, 1979, pg. 230)**

Nesse exemplo muito didático por parte do autor a tentativa de incêndio com qualificação, por conta da lesão, configura um exemplo prático em que podemos observar tentativa em crimes preterintencionais. Em suma, quando a tentativa figura apenas na ação, dolosa, anterior, cuja consumação não foi efetivada por circunstâncias alheias as do agente e, havendo uma consequência, culposa, configurando crime preterdoloso, é possível, sim, falar-se em tentativa.

## 5 CONCLUSÃO

Sabe-se que, devido sua importância no âmbito do direito, a ciência penal vem desenvolvendo seu papel de forma satisfatória com debates muito proveitosos no tocante ao seu aprimoramento, o que, de fato, é engrandecedor para o direito penal de um país como o Brasil aonde o sistema judiciário é muito solicitado.

Solicitações que tornam o judiciário moroso além de falho. Nesse contexto a melhor descoberta do direito penal com certeza resultará em

melhores penas, seja elas mais brandas ou mais severas, respeitando sempre princípios como o do “*In dubio pro reo*” e a correta tipificação.

Dessa forma, se faz primordial a necessidade de propostas que incentivem a livre iniciativa de analisar como está sendo feito do juízo de tipo, por meio da constante atualização da jurisprudência. Finalizamos frisando que direito é fato, valor e norma, portanto, a busca por novos fatos e valores inevitavelmente condicionam novas normas.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015 .

CONJUR. **Marco Aurélio Bellizze Oliveira: Direito Penal preserva dogmas anteriores à CF**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/direito-penal-preserva-dogmas-antigos-constituicao-1988>. Acesso em : 12 jan. 2019.

DEBATE COM PROFESSORES. **João Carlos Carollo: O latrocínio e o princípio da legalidade**. Disponível em: <http://www.debate-comprofessores.com/p/o-latrocinio-e-o-principio-da.html>. Acesso em : 09 jan. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17 ed. São Paulo: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, volume 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. V, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979

HUNGRIA, Néelson. **Comentário ao Código Penal**, vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral: Volume 1**. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

JUSBRASIL. **É possível cogitar-se de tentativa nos crimes preterdolosos?** - **Áurea Maria Ferraz de Sousa**. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2069327/e-possivel-cogitar-se-de-tentativa-nos-crimes-preterdolosos-aurea-maria-ferraz-de-sousa>. Acesso em: 10 jan. 2019.

JURISWAY. **Rafaella Andrade Villela De Oliveira: Crimes Preterdolosos**. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=2342](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2342). Acesso em : 10 jan. 2019.

JUS. **Philippe Cardoso: Você sabe a diferença de dolo e culpa ?**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58998/voce-sabe-a-diferenca-de-dolo-e-culpa>. Acesso em: 01 ago. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL REGIONAL. **AgRg no AREsp 499488 (2014/0080476-0 - 17/04/2017) (inteiro teor)**. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201400804760&dt\\_publicacao=17/04/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400804760&dt_publicacao=17/04/2017). Acesso em: 01 ago. 2019.

# O DISCURSO CONTRA A CORRUPÇÃO COMO POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA: REFLEXÕES SOBRE A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO

*Rhayssam Poubel de Alencar Arraes*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar como o atual discurso de combate a corrupção é utilizado como pretexto para a expansão do direito penal em nosso país e para a violação de direitos e garantias, em nome de uma pretensa “luta” contra o crime criando-se um paradigma de que apenas pelo aumento do poder punitivo encontraríamos a solução para os conflitos sociais brasileiros. Tal discurso assume o proscênio do debate acerca das políticas de segurança pública, muitas vezes relegando ao segundo plano diversos aspectos primordiais que deveriam ser considerados ao analisar se o panorama da criminalidade em nosso país.

Também pretende se entender a falsa lógica estabelecida que correlaciona o aumento de penas e a criação de leis penais mais rígidas com a redução da criminalidade. Bem como analisar como a pretensa luta contra a corrupção se torna pretexto para a retroalimentação de um sistema criminal que aumenta o abismo social entre os ricos e pobres, sendo estes os mais afetados pelo sistema de segurança pública.

Afinal, propositalmente o sistema dominado pelas elites investe pesadamente em segurança pública, esquecendo se de investir em saúde, educação e saneamento básico. Caso ocorresse uma mudança para onde é destinado o investimento público o abismo entre ricos e pobres diminuiria, e por consequente a criminalidade. Opta se por soluções que enriquecem apenas a elite que lucra com a indústria do medo.

Em tal sistema o juiz se coloca como mais um integrante da segurança pública, construindo-se todo um sistema jurídico que favorece a prisão e a punição em vez da ressocialização. Tudo isso sob a ótica de combater a corrupção.

Assim surge entendimentos que permitem condenar uma pessoa apenas com prova policial, que autorizam a invasão de domicílio, e que permitem a prisão antes do trânsito em julgado da condenação. O direito penal torna se meramente policial, e não em prol da Justiça e do desenvolvimento da sociedade.

## 1 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O MODELO PUNITIVISTA

Na sociedade contemporânea observa-se a indignação quanto a violência crescente e, por vezes, banalizada. Em contrapartida, movimentos sociopolíticos e criminais buscam combater essa violência através de políticas criminais mais rígidas

É nesse contexto que a expansão do direito penal ganha traços de legitimidades, pois diante de uma sociedade formada por diferentes culturas e diferentes graus de complexidade, busca-se uma forma de repressão da criminalidade e da violência para preencher o vazio das divergências culturais cada vez mais comum face a globalização.

Com isso a expansão do direito penal traduz-se pela concepção de novos conceitos jurídicos para a ampliação de riscos relevantes, com a consequente flexibilização de regras imputação de penas e relativizando os princípios políticos criminais que são garantidores (SÁNCHEZ, 2011).

Os novos conceitos jurídicos são inclinados a flexibilizar as condições de punibilidades e aplicações de penas, de forma a passar uma falsa sensação de segurança, mediante o desrespeito às garantias fundamentais e princípios garantidores da liberdade e justiça.

Uma das razões da expansão do direito penal é o surgimento de novos bens jurídicos, aos quais atribui-se importância especial, como por exemplo bens anteriormente abundantes e que estão em escassez atualmente, bem como a evolução sociocultural que valoram de sobre maneira itens existentes. Também atribuindo-se importância especial a bem jurídico que teve seu berço oriundo de novos interesses ou valorações de interesses pré-existentes (SÁNCHEZ, 2011).

Uma segunda influência à expansão do direito penal é o surgimento de novos riscos, consequência da dinâmica global da economia e das relações econômicas, que faz com que grande parte da população torne-se paupérrima e marginalizada, e por consequência natural origina riscos de ordem pessoal e patrimonial.

Outro fator proliferador da expansão do direito penal é a insegurança. Melhor elucidando: a institucionalização da segurança. Consiste em condição de condutas que acarretam riscos à segurança, acarretando incertezas à sociedade.

Nesse viés a expansão do direito penal atua como uma tendência para a política criminal, diretamente influenciado por uma cultura altamente globalizada e de risco (BECK, 2010).

A sociedade é atacada com a manifestação de diferentes fontes de risco motivado por um avanço tecnológico nunca antes visto. Assim a sociedade de risco passa a ser uma fase da modernidade moldada através das ameaças produzidas em seu desenvolvimento.

Diante da complexidade da sociedade, a correlação das esferas de organização individual, assevera a possibilidade de que tais contatos redundem na produção de consequências lesivas (SÁNCHEZ, 2011).

A convergência destes fatores se tem que criminalidade de massas faz com que o outro seja visto como um perigo eminente. Transfigurando-se a sociedade moderna como uma sociedade de insegurança, decorrente do aumento da criminalidade urbana e de massa, que são reflexo da crise estatal e que refletem o mal estar da sociedade.

É vendida uma ideia de insegurança além do normal, com vertente de ferir direitos e garantias fundamentais em nome de um justicamento revestido de traços legais, processos e procedimentos, para uma falsa sensação de justiça. Num segundo momento é o fomento ao investimento em segurança privada, itens tecnológicos de segurança e afins.

Com isso, a transferência a terceiros da função de segurança, que tem respaldo na esfera jurídica, mostra-se como a sensação de insegurança se manifesta em sua essência na sociedade.

Salienta-se que a influência dos meios de comunicação de massa, aliados a instituições públicas de repressão à criminalidade tem sua grande parcela no estado de insegurança generalizado. Isso se traduz na distorção da realidade, que acarreta uma percepção equivocada de insegurança e sentimento de impotência (SÁNCHEZ, 2011).

Através dos avanços tecnológicos o medo da sociedade foi intensificado, aglutinado a uma forma delituosa, difundido, principalmente, através da internet.

Os meios de comunicação têm sua grande parcela na influência negativa, alimentando os medos e a incerteza da sociedade, bem como os riscos aos indivíduos através da divulgação de notícias absurdamente sensacionalistas e tendenciosas. Com isso a sociedade fica amplamente influenciada por um grau de perigo muito superior aos realmente existente, gerando além de um temor coletivo exacerbado, uma dúvida que sobre a veracidade das informações.

Uma mídia sensacionalista tem grande parcela no viés penal, através de alarde social, sendo taxativa com os criminosos, enfatizando a criminalização e a violência ante a sociedade, gerando uma completa insegurança social. A amplitude mítica de uma notícia, de maneira a legitimar uma ação Estatal e instigar um sentimento de ódio ante aos criminosos, transfigurando-se a crença que o sistema penal é o único meio eficaz de inibir e combater à violência e a criminalidade.

As consequências dessa forma distorcida de combate ao crime é o enfraquecimento dos valores dos direitos humanos e suas garantias fundamentais, e o rompimento da sociedade sob a égide do bem contra o mal (CARVALHO, 2007).

Os representantes governamentais adotam uma política de exagero e expansão das formas e meios do combate à criminalidade. Tratando como a solução dos problemas sociais, políticos e econômicos que trazem mazelà à sociedade.

Desta forma os governos utilizam o Direito Penal como uma forma de combater os males da sociedade, através de transgressões de direitos fundamentais e coagindo bens jurídicos protegidos pela constituição, in-

cutem o medo, revoltas e causam fascínio a massa carente, desinformada e sedenta por justiça. Com isso se tem o direito penal usado de maneira abusiva e alegórica para satisfazer os anseios da sociedade, apresentando soluções miraculosas e eficientes para solucionar os problemas de segurança e criminalidade (BITENCOURT, 2008).

Os males da sociedade se combate com investimentos a longo prazo em educação, saúde e segurança, não a golpe de frase feita. Os males da sociedade não são eficazmente combatidos maculando princípios constitucionalmente amparados, ferindo de morte garantias constitucionais, bens e direitos juridicamente tutelados por força de paranoia social de influência midiática. O direito penal não deve se prestar a esse papel. Tornando-se instrumento de uso político para, através de condições que beira as “simpatias miraculosas” para solucionar os problemas de criminalidades e segurança pública.

A expansão do direito penal assevera o entendimento que a impunidade deve ser combatida com prisões, gerando na sociedade uma paranoia, tornando o sistema punitivo pátrio desumano no Brasil, onde o clamor popular para gerar uma sensação de segurança coletiva traduz-se não entendimento que quanto mais tempo no cárcere o criminoso passar, melhor. E com isso, a sociedade ficará mais segura, independentemente de qualquer discussão, debate ou estudo em torna da violência do cárcere, seus efeitos criminógenos e desmoralizantes que afetam ao criminoso e todos os seus familiares (EL TASSE, 2018).

Limitar o entendimento que a criminalidade deve ser combatida com prisões, redução de menor idade penal, teorias que bandido bom é bandido morto e afins é olhar sem enxergar. É ver o mundo através de um canudo plástico. A sensação de insegurança da sociedade torna-se um clamor social, em especial pela força da mídia, influenciada principalmente por redes sociais, que buscam uma justiça através de distorção do direito, tolhendo garantias, princípios constitucionais e acarretando um justicamento sob o verniz de justiça, com amparo legal, processual e ampla defesa.

O reflexo da expansão do direito penal é um sistema jurídico doente, visto que de um lado se tem o modelo de penas e medidas alternativas, que teve uma boa resposta no sistema penal, sendo posto de lado em face a prisões revestidas de glamour como uma forma de combater a corrupção, a impunidade e a insegura da sociedade, através de penas desmedidas,



descontroladas, por crimes que, inicialmente, não justificariam tamanha pena, onde se tem de forma comum uma pena sem emprego de violência ou grave ameaça ser superior a 10 anos, enquanto o sistema fica a pena base de homicídio, o mais grave dos delitos, em 6 anos (EL TASSE, 2018).

A distorção causada pela expansão do direito penal traz à tona um lado sombrio e tenebroso da justiça, o justicamento. Atender o clamor social através de aberrações jurídicas, completo desrespeito às leis, princípios e a própria constituição. Não é razoável nem admissível que um delito menos danoso que o homicídio tenha uma pena maior que este. Como pode, por exemplo, uma pessoa mata um pássaro silvestre, enquanto outra comete um homicídio, aquele tem uma prisão inafiançável, enquanto este pode, em muitos casos responder em liberdade. As minorias devem ser atendidas em seus direitos e anseios, mas não podemos inverter os valores, atribuir dois pesos e duas medidas.

A ética e a justiça não devem atender ao interesse da conveniência. Devem ser imparciais, justas, céleres e eficazes.

Se tem uma absurda negligência aos marcos normativos norteadores do bem jurídicos e seus níveis de gravidade, sem uma justificativa plausível para assim fazê-lo. O Poder Judiciário passando a exercer a atividade legislativa, deixando de lado os limites legais aos quais o julgador deve se ater, atribuindo penas teatrológicas, pela vaidade, pormenorizando os bens jurídicos, em detrimento aos demais, como à vida, adotando um subjetivismo do magistrado através de suas convicções pessoais (MARRQUES NETO, 2017).

Diante dessa realidade, verifica-se que o sistema jurídico brasileiro torna-se revestido de plena e completa insegurança jurídica. Não há segurança quando o juiz passa a exercer a função de legislador-julgador em sua resposta punitiva. Desta forma passando a ignorar a forma sistêmica o que realmente deveria fazer, baseando nas normas, leis, princípios e norte constitucional.

A pena e seus limites não mais são orientados através da conjectura concreta do caso, não mais analisadas em através de suas características em conformidade com o delito, consoante o sistema normativo penal para equalizar as diretrizes em relação ao bem jurídico, passando a ser, pura e simplesmente, decidida através da concepção subjetiva do magistrado, baseado eminentemente por suas convicções pessoais e ideológicas.

Desta forma o poder punitivo ficou descontrolado, a expansão do direito penal faz este tornar-se um sistema eminentemente prisional em contrapartida a impunidade e a criminalidade.

A opinião pública, a mídia, o clamor social, as redes sociais através do discurso de ódio passam a dar diretrizes prisionais, passando a atender o clamor social e tornando as prisões, por vezes julgadas distorcidas e fundamentada mormente em entendimentos e conceitos pessoais do juiz, passam a ter ares espetaculosos e festivos.

Pela ótica da expansão do direito penal, a prisão, o cárcere, representa o fim da impunidade, bem como transfigura-se na segurança coletiva, como uma resposta a necessidade de justiça e paz social, que a coletividade anseia.

Um agravante a questão do punitivismo é que por influência da mídia, através de programas apelativos, torna-se ainda mais problemática a situação, pois passam a influenciar de forma distorcida e negativa as prioridades criminais, sendo defendidas por entes políticos, influenciando a população, tornando-se uma política criminal seletiva, e que na prática, apresenta uma consequência gravíssima: a distorção da justiça. Quando se estabelece a prioridade os órgãos de aplicação da lei a exaurir a severidade de certos crimes, por pessoas pobres, levando à estigmatização. Enquanto os atos menos graves são punidos com rigor, os notáveis que sangram os cofres públicos em milhões, lavagens de dinheiro e afins, terminam impunes ou não são sequer descobertos, por falhas no sistema repressor (MANÃS, 1994).

A tendência legislativa penal está se curvando ao fenômeno político-criminal, que vem demonstrando uma especial expansão do direito penal, convergindo no punitivismo, inclusive no Brasil.

Com o aumento do rigor legal para determinados crimes, tornando as penas mais severas e passadas, em detrimento às situações mais graves, inclusive em crimes contra a vida, e a flexibilização do garantismo penal vêm influenciado de forma negativa a jurisdição. O impacto que esse tipo de legislação está causando no sistema punitivo é grave.

A condição expansionista é totalmente incompatível com os limites e garantias jurídico-penal, onde se tem protegido e resguardado à liberdade do cidadão contra eventuais abusos do poder punitivo.

Por consequência flexibilizar os limites das garantias decorrente do expansionismo penal, é o parto de um estado de exceção, que violam *pri-*

*ma facie* o princípio do Estado Democrático de Direito, maculando a ordem jurídica face ao poder punitivo sob a égide de uma urgência imediata, com detrimento da razão jurídica sob a razão de Estado.

Deve-se buscar a solução da violência e insegurança com projetos bem elaborados e executados, em especial envolvendo a educação, saúde e melhoria nas condições sociais. É um prazo mais longo, contudo mostra-se mais adequado e eficaz ante a expansão do direito penal com o discurso de ódio e exceções à liberdade, princípios e direitos.

## 2 O ATUAL PANORAMA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO CONTEXTUALIZADO SOB A ÓTICA DA EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO

Vislumbra-se a propensão da expansão do direito penal no Brasil, através de políticas criminais punitivistas, sob a ótica de uma sociedade de riscos.

A sociedade moderna caracteriza-se pelo individualismo de massas, mudança no sistema de organização, de comunicação, globalização, que são características responsáveis pela formação da sociedade de risco, onde a sensação de insegurança coletiva convive com novos bens jurídicos alçados, como interesses difusos, à tutela do Direito, a hipertrofia e irracionalidade legislativa (MORAES, 2011).

A insegura da população é a mais cristalina característica da elevação da sociedade de risco. Dessa forma o Estado passa a ser obrigado a dar respostas ante as exigências do cidadão. A elevação da criminalidade é um reflexo da exclusão social e a intensa necessidade desenfreada de consumo, atribui-se a função do sistema penal do Estado em dar uma solução, com finalidade de promoção da segurança almejada pela sociedade.

Diante do anseio popular, inflamada pelo espetáculo midiático e criminalístico de massa, bem com a reação populista dos políticos reflete-se em políticas criminais punitivistas e simbólicas, como um reflexo ao clamor popular, sem uma eficácia na solução dos problemas criminais, com a finalidade de atribuir à população que o Estado não está estático ante o combate à violência e a criminalidade.

Desta forma concebe-se um eficaz discurso que a criminalidade organizada, com a convergência de medo da criminalidade profissional,

econômica, tráfico de drogas, armas e pessoas, bem como no terrorismo, torna-se uma grande ameaça para a sociedade e conservação da ordem social, devendo reprimir a todo custo.

É nessa esteira que se tem o berço de uma legislação penal de exceção, onde se tem uma vulnerabilidade e flexibilidade dos princípios e garantias do direito penal, sob a justificativa face a emergência à criminalidade organizada, em especial quanto às organizações terroristas e de tráfico de drogas e armas, com a urgente necessidade de contê-la e de prevenção à sociedade contra seus malefícios. Mesmo com os mais modernos avanços do pensamento sociológico e criminológico confirmem a ineficácia do direito penal e sua resposta prisional para solucionar o caos da crescente criminalidade, acarreta na exacerbação punitivista, como uma autêntica caoticidade para a prevenção e contenção da violência social (BITENCOURT, 2008).

O que se tem é um grande risco em uma legislação penal de exceção com a relativização de princípios e direitos, alarmado por uma sociedade de risco, com o discurso de combate à criminalidade e a corrupção. Não se pode tolerar que tal distorção do direito penal, onde reduz-se princípios e direitos para atender clamores sociais alarmados pela mídia.

Na atualidade, a legislação penal de exceção afirma-se e funda-se com as reivindicações da opinião pública em relação a algum fato extraordinário. Tais reivindicações originam uma disciplina penal com regras diferenciadas das tradicionais afetas ao direito penal liberal, que busca alcançar tão somente o caso concreto, transparecendo à sociedade uma sensação de solução da problemática, sem de fato resolver a situação, transfigurando-se numa solução fictícia do problema. É como se fosse um véu, uma máscara que se põe sobre o problema e se mostra à sociedade como uma solução.

Desta forma o poder punitivo passa a ter uma função preventiva, sendo responsável pela garantia da segurança dos cidadãos, almejando antecipar a repressão a própria conduta criminosa, expandindo-se de sobremaneira as condutas puníveis, com excesso de tipificações indeterminadas, conduta sem materialidade e crimes de perigo abstrato.

Essa aberração penal, com o viés de dar uma rápida resposta a sociedade, combatendo e prevenindo os delitos, com a finalidade de conter as máculas sociais decorrente da criminalidade, faz com que o direito penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de ga-

rantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais (SÁNCHEZ, 2011).

O direito penal é, de fato, um mecanismo para de limitação ao poder punitivo, e depende à preservação do próprio Estado democrático de direito, visto que sua fragilização acarreta no crescimento do punitivismo, que tem por consequência a diminuição das garantias e direitos, em especial o da liberdade individual.

A motivação simbólica, por consequência, infere na desproporção das sanções penais, com resultados em penas exageradas para as áreas dos delitos que passam a ser os alvos principais do combate ao crime. Com isso se tem uma política criminal, com base em exceção, enfraquece direitos e garantias penais, processuais e de execução do cidadão ante ao poder do Estado, com lastro constitucional e controlador da atuação punitiva do Estado, que são postas de lado face a necessidade de segurança pública.

A política criminal expansionista apresenta características que são praticadas como a hipertrofia legislativa irracional mediante um caos normativo, instrumentalização do direito penal, inoperatividade, seletividade e simbolismo, excessiva antecipação de tutela penal, descodificação, desformalização através da flexibilização das garantias penais, processuais e executórias e a explosão carcerária através da prisionalização. Esta tendência converge num direito penal do risco, onde se sacrificam os direitos e garantias fundamentais em nome de um combate à criminalidade (MORAES, 2011).

Quando se tem uma legislação eminentemente repressiva a qualquer ato, que estão vinculados à prática de crimes organizados e habituais, o sistema busca uma persecução antecipada e seletiva ao dano de determinados tipos de indivíduos, que passam a ser taxados como perigosos, almejado sua ineficácia.

Com isso a legislação passa a ter um aspecto de combater os criminosos antes que venham a consumir o provável ato delituosos, com semelhança ao positivismo criminológico em detrimento do igualitário, racional e liberal direito penal dos fatos, que versa sobre a repressão após a consumação do fato ofensivo culpável.

É com esse viés que converge com intensidade aos sujeitos ao invés dos atos lesivos, onde a punição é rigorosa e seletiva, às condutas que apontam que o indivíduo detém as características do inimigo da sociedade.

de. Com isso o perfil, simbólico e punitivista, não identifica o fato, mas o tipo específico de autor como inimigo da sociedade.

Na atualidade as políticas criminais voltadas ao prevenicionismo, com penas muito severas, como uma resposta do Estado ao clamor social, e com propaganda de combate ao crime apresentam algumas características como a crescente tipificação de condutas delituosas, com a proibição de ações indeterminadas e ausentes de lesividade, majoração excessiva e desproporcional das penas, como objeto de combate ao crime, punindo-se, também, atos preparatórios e de perigo abstrato de forma severa.

A flexibilização do garantismo penal através dos princípios da intervenção mínima, ofensividade, culpabilidade e proporcionalidade das penas, bem como o processual com o aumento do poder de investigação dos órgãos acusatórios, com a utilização excessiva de prisão cautelar, com a mitigação à presunção de inocência, através de prisões sem condenação e execução provisória da sentença.

### 3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS PARA O CONTEXTO BRASILEIRO.

No Brasil, quando se adota a ótica do poder punitivo, convergiu em evolução separando-se os delitos em níveis próprios. Assim os delitos mais graves, considerados como hediondos ou equiparados, separados em delitos praticados com ou sem empregos de violência ou grave ameaça à vítima, com punições adequadas após o estabelecimento desse diferencial.

A consequência natural, levando-se em consideração a legitimidade do poder punitivo, é a ampliação das penas e medidas alternativas, e também, a execução em escala maior, sem considerar o limitador numérico da pena.

Um dos piores efeitos do expansionismo penal no Brasil foi estabelecer a certeza que a impunidade deve ser combatida com prisões severas, que acarreta um alarde, onde não se leva em consideração a humanização do sistema punitivo no Brasil.

O cárcere traz, nesse viés, reassume um papel para atender o clamor social, para gerar uma sensação de segurança coletiva, que se traduz em um equivocado raciocínio que quanto mais tempo o criminoso ficar pre-

so, mais segura a sociedade estará. Tal circunstância não se leva em conta uma prévia discussão sobre a violência do cárcere, suas consequências que atingem não somente ao encarcerado, mas a todos os seus familiares.

A consequência foi um sistema penal absurdo, pois se tem de um lado um modelo de penas alternativas, onde no Brasil foi o que funcionou em melhor qualidade no sistema punitivo, em face a um sistema de prisões amplamente midiáticas e ostensivamente glamurizadas como o meio mais eficaz de combater a impunidade, a insegurança social, onde condenações de crimes sem emprego de violência ou grave ameaça, chegam facilmente a 10 anos, em face a penas de homicídios, considerado o mais grave dos delitos, pautadas em seis anos (EL TASSE, 2018).

Em suma, a sanção estabelecida em forma de prisão deve haver a proporção entre a conduta delincente em termos de danos individual a vítima. E com isso, estabelecer o sistema de imputação de individual, representando sanções privativas de direito ou pecuniária, que não transfigura-se um dano tão excessivo ao lesado.

Para resumir, quando, em decorrência do ato ilícito, a sanção estabelecida for a prisão, deve haver uma proporcionalidade da conduta delincente em termos de dano individual ao lesado. Dessa forma, estaria estabelecido o sistema de imputação individual, representado pelas sanções privativas de direitos ou pecuniárias, o qual não necessitaria, obrigatoriamente, de um dano tão expressivo ao lesado.

Isso faz com que o princípio da proporcionalidade seja pormenorizado, comprometendo os avanços históricos do direito penal, desde o iluminismo, em torno da racionalização do sistema com base no bem jurídico e no seu nível de ofensa, com a finalidade de impedir que subjetivismo do julgador, lastreado em sua moral pessoal e ideologias, produzem punições maiores tendo em conta a forma das pessoas ou suas opções e concepções ideológicas (GOMES, 2003).

No sistema jurídico penal pátrio reflete-se a insegurança jurídica, visto que os magistrados passam a atuar como um legislador/julgador como uma resposta ao expansionismo, ignorando a avaliação sistemática a que deveria se ater.

A flexibilização de direitos e princípios no direito brasileiro apresenta reflexos negativos, pois, em casos práticos, se tem uma série de prisões desnecessárias, por isso arbitrárias, com o intuito de “convencer” o detido

a fazer uma delação premiada, ou seja uma forma de forçar o preso a cooperar com a justiça.

Além dessa forma de pressionar o detido a colaborar com a justiça, sem tem uma série de itens que corroboram com a questão do expansionismo no Brasil é o suposto vazamento seletivo de informações, que são utilizadas de forma massiva e desgastante pela mídia, dando um revestimento de legalidade e justiça, mas que não passam de estigmas na justiça brasileira.

Outro ponto inaceitável foi a escuta telefônica, feita com os advogados, trazendo à tona mais uma mácula do expansionismo em nome da justiça. O sigilo profissional do advogado deve ser respeitado, e não se justifica “grampear” o advogado de um investigado sob a égide de justiça.

Assim, se tem que o judiciário brasileiro está maculado pelo ativismo judicial, bem como pela politização do judiciário, onde se tem a política e a justiça relacionando-se de forma controversa, fomentando discussões de modo geral.

É importante que o equilíbrio entre os poderes seja respeitado e que o judiciário não ceda as pressões sociais e midiáticas, atuando de forma expansionista e ferindo morte o direito, princípios e garantias constitucionais, em nome de um justicamento disfarçado de justiça.

Os detentores do poder político utilizam as leis penais como “solução” para todos os problemas sociais que por ventura venham a deslumbrar.

Nesse processo o direito penal é desviado de sua função de instrumento subsidiário de proteção de bens jurídicos para um mero recurso público de gestão de condutas, sendo utilizada pelo Estado como resposta às demandas de segurança e penalização da sociedade sem ser levada em consideração a sua real eficácia no combate a criminalidade. Em síntese: a resposta penal converte-se em resposta simbólica (BARATTA, 1994).

Tal desvio da função do direito penal tem por plano de fundo o atual contexto brasileiro de aumento das taxas de criminalidade. O problema da segurança pública é colocado no prosclênio do debate político em nosso país. Busca-se propor soluções que acalentem o “sentimento de insegurança” do cidadão brasileiro médio, as quais frequentemente se resumem a propostas de reforma do sistema de controle penal.

Com o intuito de responder aos clamores populares de uma pretensa “guerra contra a corrupção” propõe se constantes mudanças ao sistema



penal que visam seu inchamento em detrimento, muitas vezes, da segurança jurídica e de direitos e garantias. São criados novos delitos, novos procedimentos, e propõe-se criminalizar novas áreas da vida social numa tentativa vã de recuperar a dita legitimidade perdida e de alterar a realidade social por meio do controle penal. A exemplo da chamada teoria da “Janela Quebrada” (KELLING E COLE, 1996).

O sistema penal nesse condão lentamente vai perdendo sua legitimidade, incapaz de justificar o seu grau de seletividade e a sua incapacidade de dar resposta ao sentimento de insegurança e impunidade da maioria da população (ZAFFARONI, 1994).

Enquanto isso o *establishment* raramente sofre com o aumento do poder punitivo, ao passo que a medida que ocorre tal ampliação do poder punitivo quem mais sofre com a violação de direitos são os mais pobres que frequentemente são presos preventivamente e “esquecidos” pelo sistema penal, condenados e relegados a marginalização. O direito penal passa a ser uma conveniente ferramenta de exclusão de certos grupos considerados indesejados socialmente.

Não pretendendo exaurir o tema podemos concluir que o combate à corrupção é de suma importância para o desenvolvimento de nosso país e para a construção de uma sociedade mais justa e equânime. Porém tal combate não pode ser confundido como um subterfúgio para a utilização do Direito Penal como um discurso simbólico, político e demagogo que serve apenas para os interesses de uma elite.

Não se deve considerar como uma forma justa de aplicação das leis e seus princípios, de forma deturpada e distorcida, beirando um flagelo paralegal, maculando tudo o que já se alcançou em séculos de lutas e conquistas sociais e legais, lançado aos ventos em nome de um clamor social, intensificado e massificado pela mídia, em especial a televisiva e internet, que através de suas redes sociais incitam o ódio e o terror.

## CONCLUSÃO

A expansão do direito penal consiste numa flexibilização de direitos e princípios, convertendo-se em grande retrocesso à justiça e maculando o Estado Democrático de Direito.

Ser permissivo a uma conduta dessa natureza, infelizmente mais comum no mundo em hoje, em razão da globalização e da massificação midiática, faz com que o cidadão, em especial os menos favorecidos financeiramente, seja os mais prejudicados, pois permite uma série de abusos legais, em conformidade com a consciência do julgador e seus princípios de ordem pessoal, o que destoava de como deve ser o procedimento legal na esfera penal.

Tudo isso como uma consequência de um clamor social, altamente massificado, deturpado e fortemente incitado pela mídia. Onde para atender as necessidades políticas eleitorais, priorizam uma sanção mais pesada a crimes de menor potencial ofensivo, por exemplo.

Faz-se premente encarar o combate contra a corrupção com seriedade e, sobretudo como uma importante ferramenta para a melhora das condições de nosso país. Entretanto, tal combate deve ser feito com respeito às normas constitucionais vigentes e a todos os direitos e garantias processuais. Assim não permitindo precedentes nefastos de violações de direitos que poderiam agravar a já árdua situação dos mais pobres quando delinquem.

Combater corruptos não significa permitirmos uma conveniente escusa para o aumento do poder punitivo. É preciso que o direito penal cumpra sua função de limitador do poder punitivo, exercendo um papel ressocializador em nossa sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BARATTA, A. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.5, p.5-24, jan./mar. 1994.
- BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. Trad. Estevão Bosco. *Revista do instituto de filosofia e ciências humanas – Unicamp*, v. 2, nº 1, 2010, p. 229-253.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial (vol. 4) – dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- CARVALHO, SALO. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)**. 4ª ed. ampliada, atualizada e com comentários à Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- EL TASSE, Adel. O que é a Impunidade. Curitiba: Juruá, 2008.
- EL TASSE, Adel. Contra lava jato. Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais - NEACCRIM, 2018.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: RT, 2003.
- KELLING, George L.; COLE, Catherine. Fixing broken windows: restoring order and reducing crime in our communities. New York: Free Press, 1996.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Quando o inconsciente do juiz se revela na sentença. Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula. Bauru: Praxis, 2017.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós industriais. 2ª ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 28.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas, tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, 5ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFARONI, Eugênio Raul apud MANÃS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 58.

# OS PERIGOS DA PARCIALIDADE IDEOLÓGICA NA APLICAÇÃO DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

*Dulce Maria da Costa Santos*

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil atualmente passa por uma fase atípica, acrítica e antiacadêmica. O fenômeno reacionário que ecoou no mundo não tardou a também chegar aqui. Empurrados por uma imensa crise política e econômica, milhões de brasileiros foram às ruas para protestar, dentre outras coisas, contra a corrupção. O que até então era uma indignação justa, acabou tomando rumos dramáticos. Mais uma vez, a democracia está em risco.

Como em toda crise política, logo surgiram líderes para apontar os “culpados”. Portando-se como figuras míticas, tais sujeitos se colocam além do bem e do mal. Eles agem como verdadeiros *übermensch* nietzschenianos, acima de tudo e de todos.

Respaldados por uma enorme aceitação pública, aqueles que durante décadas se sentiram sufocados pela pluralidade de pensamento de uma sociedade democrática, agora se acham no direito de disparar para todos os lados. Disparos estes que podem ter sentido metafórico, como no caso do disparo de opiniões ofensivas e preconceituosas, mas também podem ter significado literal, tendo em vista os diversos casos envolvendo o uso de armas de fogo contra opositores.

O alvo das críticas já não é apenas a crise das instituições políticas e nem os representantes que se corromperam no exercício de suas funções.

Trata-se de algo muito maior, uma verdadeira guerra ideológica que estava adormecida desde a queda do Muro de Berlim.

Diante do caos iminente, apenas a agenda conservadora é vista como a tábua de salvação do país. Disciplinados pelo espírito irascível de gurus revisionistas, uma massa homogênea e fanática de sujeitos autointitulados como “cidadãos de bem” passou a atuar na vida pública com o propósito de fiscalizar o comportamento alheio.

O inimigo agora é todo aquele que não se encaixa nos ideais de perfeição do pensamento conservador. O inimigo agora é o comunista, o marxista, o progressista, o homossexual, o negro engajado em causas sociais, a feminista, o militante do MST, o professor que propõe debates reflexivos em sala de aula, enfim, todos que não se submetem ao cabresto do conservadorismo.

Nesse cenário, a Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) deveria ser a principal ferramenta para dirimir conflitos que afetam a conjuntura social e política do Brasil. Porém, apesar de trazer em seu texto o propósito de zelar pela democracia, a mencionada lei foi historicamente utilizada para reprimir pensamentos diferentes dos ideais dominantes.

Diante disso, surgem as seguintes indagações: a parcialidade na aplicação da Lei de Segurança Nacional pode afetar os rumos da democracia no Brasil? Existe um risco de opositores do governo vigente serem vistos como inimigos, no sentido jakobiano da palavra?

O presente artigo, portanto, justifica-se pela urgência de compreender os impactos negativos do uso do ordenamento jurídico como instrumento de sustentação de um determinado espectro ideológico no poder. Para analisar a questão, este trabalho estudará a Lei de Segurança Nacional e seu caráter antidemocrático velado.

O método utilizado foi o dedutivo, parte-se aqui de conceitos mais amplos e gerais, para depois tratar de um assunto específico. A técnica de pesquisa utilizada foi a documentação indireta, através da pesquisa documental e bibliográfica, a partir da legislação infraconstitucional, da Constituição Federal, de obras de Criminologia, bem como artigos e notícias relacionados ao tema.

O primeiro capítulo procura tratar acerca do Direito Penal do Inimigo, desde as bases lançadas por Thomas Hobbes e Immanuel Kant, até os conceitos específicos trabalhados por Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá.

O segundo capítulo fala sobre as origens da Lei de Segurança Nacional e os indícios de que a lei, quando mal aplicada, serve para atingir finalidades de cunho ideológico.

O último capítulo trata sobre a ameaça que a Lei de Segurança Nacional pode representar no contexto hodierno, momento histórico em que temos: debates acalorados entre direita e esquerda, excesso de pautas de caráter ideológico, leis e projetos com tendências antidemocráticas e o opositor visto como um inimigo de alta periculosidade.

## 2 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES ACERCA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Durante muito tempo filósofos e teóricos em geral buscaram compreender como seriam as inclinações naturais do comportamento humano sem a existência das regras sociais. O homem seria bom? O homem seria mau? A vida seria baseada nos instintos básicos de cada criatura? Dentre esses pensadores estavam Thomas Hobbes e Immanuel Kant.

### 2.1 Thomas Hobbes

Hobbes imagina o homem em seu estado de natureza, um estado que antecede a existência da sociedade sem qualquer tipo de lei ou ordenamento jurídico. Aqui não se trata de um selvagem ou criatura primitiva, mas de qualquer ser humano que, em essência, é vaidoso, egoísta, ganancioso e que não pensa no bem comum. Entretanto, como não há regras nesse estado, não se pode chamar o homem natural nem de bom e nem de mau (GUIMARÃES, 2014).

Ele considera como estado natural, um estado de guerra permanente em que os homens são inimigos entre si. Diante disso, o ser humano percebeu que era impossível enfrentar toda essa ameaça sozinho. Dessa constatação surgiu a necessidade de abandonar o estado de natureza. Para se libertar desse estado, os homens se reuniram e fundaram o Estado, a partir do que se chama de contrato social. Desejosos de uma vida mais segura, eles decidiram se tornar cidadãos (CARVALHO JÚNIOR, 2012). Isso ceifou parte da liberdade das pessoas, mas como era por um bem maior, os seres humanos assumiram o fardo.

Desse modo, o pensamento de Thomas Hobbes implicava numa ideia de que o homem sem o Estado seria lobo do próprio homem. A coexistência pacífica só se torna possível quando o ser humano cede parte de sua liberdade em prol da segurança coletiva.

## 2.2 Immanuel Kant

Na mesma direção do pensamento de Hobbes se construiu o pensamento do filósofo alemão Immanuel Kant. Para ele o estado natural é o estado de guerra. A paz só pode ser alcançada através do Estado Civil (BONHO, 2006). No estado de natureza os homens constituem ameaças uns para os outros. No Estado Civil espera-se que não haja hostilidade entre os homens, porque há um reforçado controle social.

Kant acredita que o estado de paz entre os homens não é algo natural, ou seja, mesmo que as ameaças não sejam declaradas, nota-se uma constante sensação de perigo advinda dos outros sujeitos. O fato de não haver uma hostilidade manifesta não significa que a paz esteja estabilizada de forma plena (BONHO, 2006).

Aquele que não se submete ao Estado Civil é uma ameaça a paz, mesmo que não tenha cometido nenhum delito. Por ele ser um perigo em potencial, qualquer ação contra ele é considerada legítima (PIM, 2006). Aqui divide-se os homens entre aqueles que fazem parte da sociedade organizada e os “outros”, que por não se submeterem aos parâmetros impostos, são alijados da vida em sociedade. São vistos constantemente como ameaças.

As leis são feitas para os cidadãos e somente possuem esse *status* aqueles que pactuaram em favor da constituição do Estado. Aqueles que não se submetem ao Estado Civil são considerados inimigos. Estes não são resguardados por nenhuma lei.

O inimigo que praticar algum ato de agressividade, deverá arcar com as consequências de sua atitude impensada. Por não se um cumpridor das leis civis, ele deve ser tratado de acordo com o estado de natureza, onde imperam a desordem e a barbárie. Considera-se legítima a punição contra o sujeito que não é cidadão, pois a justificativa é que a atitude é em defesa daqueles que são considerados cidadãos e cumprem as leis estabelecidas (PIM, 2006).

As ideias de Hobbes e Kant sedimentaram o caminho para o que posteriormente seria chamado de Direito Penal do Inimigo, uma teoria que foi desenvolvida principalmente nas obras de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá.

## 2.3 Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá

Jakobs acredita que numa sociedade deve existir dois tipos de direito. Um para o cidadão, que, mesmo violando uma norma, pode ter a oportunidade de restabelecer elo quebrado com a norma ao cumprir uma pena. Nesse caso, mesmo que a pessoa seja punida, ela será punida como um cidadão. Terá assegurada toda a dignidade necessária para repensar sua conduta e, posteriormente, retornar ao convívio social (JAKOBS e MELIÁ, 2007).

A mesma sorte não tem o inimigo. Ele não é considerado pessoa, não é considerado cidadão. O inimigo é aquele indivíduo que por conta de seu comportamento, ocupação ou prática se afastou demasiadamente da sujeição ao Estado e ao Direito (JAKOBS e MELIÁ, 2007). Ele não cumpre os requisitos básicos para ser considerado cidadão.

Entende-se que a caracterização do inimigo passa pelo grau de sua periculosidade. Quando mais ele se afastar dos atributos necessários para ser um cidadão, maior será o perigo em potencial que se espera dele. Jakobs afirma que nessa ótica, o inimigo é punido de acordo com a sua periculosidade (JAKOBS e MELIÁ, 2007).

Mesmo que não haja conduta realizada ou tentada, pressupõe-se um perigo de dano futuro à vigência da norma. O indivíduo é destituído de sua dignidade não pelo que ele comete, mas pela sua mera existência, por ser quem ele é, por suas características e comportamentos.

Jakobs entende que a pena tem como propósito reforçar a confiança no Direito, semeando nas pessoas a necessidade de obediência à ordem estabelecida, pois somente ela é capaz de sustentar a integração social (MORAES, 2006). A norma penal mantém um equilíbrio entre as expectativas de paz e segurança e as frustrações causadas pela quebra da harmonia.

A norma é para todos. A pena, de certa forma, é também uma ameaça a todos. Contudo, o objetivo não é causar temor às pessoas. Sustenta-se que as pessoas devem escolher viver de acordo com as leis porque é a escolha mais sensata a se fazer e não por medo do castigo.



É isso que expõe a Teoria da Prevenção Geral Positiva. A prevenção é geral, pois deve produzir efeitos para todos os membros da sociedade. E é positiva para que o efeito gerado não seja de medo frente à pena, mas sim a certeza da vigência da norma (MORAES, 2006).

### 3 A ORIGEM DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL E SUAS INCLINAÇÕES ANTIDEMOCRÁTICAS

A primeira Lei de Segurança Nacional foi promulgada em 1935 e definia crimes contra a ordem política e social. Tinha como objetivo transferir crimes definidos como ameaça a segurança do Estado para a legislação especial. Dessa forma seria mais prático materializar uma perseguição mais rigorosa aos opositores do Estado.

A promulgação ocorreu durante o governo de Getúlio Vargas, em seu mandato de 1934 a 1937, momento conhecido como “governo constitucional”. Para entender bem o propósito da lei, faz-se mister, passar um pouco pelo contexto histórico da época.

Getúlio assumiu o governo do Brasil no embalo do movimento político de 1930. Fazia parte do grupo que contestava a predominância no poder de representantes que apenas atendiam os interesses políticos e econômicos de algumas famílias privilegiadas. Após os movimentos e revoltas dessa época, Getúlio Vargas assumiu um governo provisório entre 1930 e 1934, quando foi instaurada a Constituição Federal de 1934, que deu início à fase constitucional do seu governo (DELGADO e FERREIRA, 2007).

Essa fase do governo de Getúlio ficou deveras marcada pelo acirramento dos debates políticos. Os grupos que mais entravam em confronto nesse período eram a Ação Integralista Brasileira e a Aliança Nacional Libertadora. Os grupos defendiam interesses políticos opostos.

De um lado a Ação Integralista defendia o corporativismo, o nacionalismo e rejeitava qualquer ideia que flertasse com o liberalismo e o socialismo. Já a Aliança Nacional Libertadora defendia causas sociais, a reforma agrária, a nacionalização de empresas, suspensão do pagamento da dívida externa e a instauração de um governo de cunho popular no Brasil (DELGADO e FERREIRA, 2007).

A AIB, de Plínio Salgado, se inspirava em ideias fascistas italianas. Seu lema era “Deus, Pátria e Família”. Já a ANL tinha ligação com o Parti-

do Comunista e era liderada por Luis Carlos Prestes. Com essa crescente radicalização política, o Congresso Nacional aprovou a Lei de Segurança Nacional, após tramitar por um longo tempo, sendo alvo de diversos debates. A lei daria ao governo o poder de punir criminosos políticos que fossem considerados como potencialmente perigosos para a segurança pública (DELGADO e FERREIRA, 2007).

Nota-se que, de forma indireta, o objetivo da lei era recriminar qualquer pensamento que fosse diferente daquilo que a ideologia dominante defendia. Olhando o contexto histórico da primeira Lei de Segurança Nacional através dos conceitos anteriormente estudados acerca do direito penal do inimigo, vê-se que o propósito da lei é claramente punir os inimigos do Estado.

E quem seriam esses inimigos? Qual seria o principal alvo a ser combatido pela lei? A história tratou de deixar isso bastante evidente. Com o clima político instável, o confronto entre integralistas e simpatizantes do comunismo aumentou de forma exponencial. Tornou-se comum, então, falar em ameaça comunista para justificar a repressão<sup>52</sup>. O alvo estava definido: o comunismo. Qualquer um que se aproximasse desse tipo de pensamento, seria considerado inimigo e tratado como tal.

A Lei de Segurança Nacional de 1935 criminalizava aquilo que considerava como “incitação ao ódio entre as classes sociais”, proibia a organização de associações ou partidos que entendesse como tendentes a subverterem a ordem política ou social. Impedia a publicação de livros e anúncios considerados subversivos. E por igual justificativa, sindicatos e associações profissionais poderiam ser fechados, estrangeiros naturalizados poderiam perder a cidadania brasileira, professores poderiam perder a autorização para ensinar e funcionários públicos poderiam perder o emprego<sup>53</sup>.

Além disso, jornais e emissoras que viabilizassem qualquer conteúdo que fosse de cunho de esquerda no espectro político, seria considerada como fomentadora de matéria subversiva<sup>54</sup>. Todas essas previsões possi-

---

52 Congresso sanciona a 'Lei Monstro'. **Memorial da Democracia**. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/congresso-aprova-lei-de-seguranca-nacional>>. Acesso em: 06/11/2018.

53 Ibid.

54 Ibid.

bilitaram, dentre outras coisas, que a Aliança Nacional Libertadora fosse considerada ilegal.

Mesmo na ilegalidade, membros da ANL organizaram um golpe para tirar Getúlio Vargas do poder. Esse ato gerou um enorme levante nos quarteis de Recife, Natal e Rio de Janeiro. O governo reprimiu de forma violenta o movimento, utilizando contra os participantes, as previsões da Lei de Segurança Nacional (DELGADO e FERREIRA, 2007).

Esse episódio ficou pejorativamente conhecido como “intentona comunista”, designação que remetia à expressão “intento temerário”, ou seja, significava algo perigoso, algo para se ter medo. A revolta dos integrantes da ANL acabou servindo como justificativa para o fortalecimento do governo vigente, pois o comunismo era visto como um mal a ser combatido, uma grande ameaça.

À essa altura, a cultura anticomunista já dominava o Brasil. Até mesmo os liberais que concordavam em algumas ideias com os comunistas, abdicaram da simpatia, não se opuseram à Lei de Segurança Nacional e apoiaram o combate ao comunismo (DELGADO e FERREIRA, 2007).

A Lei de Segurança Nacional continuou a ser utilizada pelas constituições seguintes, mesmo após o fim do Estado Novo. A Lei possui textos de 1935, 1953, 1967, 1969, 1978 e 1983. Durante o regime militar entre 1964 e 1985 foi implementada a Doutrina da Segurança Nacional, que teve seu texto redigido pela Escola Superior de Guerra.

Os postulados da Doutrina da Segurança Nacional se aproximavam muito mais do pensamento conservador do que dos liberalismos político e econômico. Nesse documento conseguiram conciliar a tradição do pensamento militar brasileiro com o contexto político e econômico e econômica da Guerra Fria (FAGUNDES, 2014).

A Guerra Fria foi responsável por acentuar aspectos importantes do pensamento da Escola Superior de Guerra. Tornou-se urgente o debate sobre a questão da segurança nacional frente às ameaças externas. Com a Revolução Cubana em 1959, cresceu no imaginário popular da direita uma ideia de risco de que o comunismo estivesse muito próximo de se concretizar no Brasil (FAGUNDES, 2014). Isso serviu para inflamar a discussão política no país, abrindo espaço para uma enorme polarização.

Havia uma crença muito forte de que, com o patrocínio soviético, o perigo comunista estava em toda parte. Essa ameaça poderia ser de

ordem econômica, política, militar ou ideológica. Para Ailton Laurentino Fagundes (2014), a ameaça também se dava a ordem, ao progresso e aos costumes cristãos, pois a civilização ocidental tem por base a moral cristã.

Depreende-se desse contexto que mais uma vez o inimigo escolhido foi o comunismo. A Lei de Segurança Nacional que funcionou durante o regime militar foi amplamente utilizada para perseguir opositores ao governo. A forma mais fácil de identificar o alvo era analisar seu nível de semelhança com os ideais comunistas. A defesa de qualquer pensamento e a adoção de qualquer postura que fossem considerados subversivos ou de cunho comunista, eram duramente reprimidos.

A Lei de Segurança Nacional em suas versões de 1967 e 1969 fundamentaram diversos abusos de autoridade cometidos durante o regime militar. Porém, pouco poderia ter sido feito para mudar esse quadro. Os militares, além de terem o apoio popular, estavam punindo os inimigos do Estado. Para eles, comunistas e opositores não mereciam ser tratados como cidadãos.

Em 1983 uma versão mais moderada da Lei foi publicada e está em vigência até os dias atuais. O contexto de redemocratização trouxe algumas amenidades na aplicação da lei. Contudo, os fatos continuam a indicar um caminho pouco agradável que país está trilhando.

Em maio de 2000 um protesto feito por militantes do MST que estava acampado nas proximidades de prédios públicos no Estado do Paraná foram detidos e indiciados com base na Lei de Segurança Nacional, além disso foram acusados de formação de quadrilha, desobediência, resistência a prisão e incitação ao crime. Duas semanas antes dois líderes do MST foram indiciados no Mato Grosso com base na Lei de Segurança Nacional (ODILLA, 2018).

Fernanda Odilla (2018) conta que o economista e coordenador do MST, João Pedro Stédilli, também foi denunciado com base na Lei de Segurança Nacional, em 2006. Ele sequer estava presente no ato. Mesmo assim, o Ministério Público entendeu que mesmo ele não estando no local da manifestação, ele foi mentor do ato.

O soldado Marco Prisco foi enquadrado pela Lei de Segurança Nacional em 2012 ao liderar um movimento grevista de policiais. Ele havia sido demitido em 2002 e, depois de longo processo judicial, o STF de-

terminou que ele fosse reintegrado ao quadro de funcionários da polícia militar (ODILLA, 2018).

Em 2013, Humberto Caporelli, de 24 anos e sua namorada, Luana Bernardo Lopes, de 19 anos foram presos nas Avenidas Ipiranga e São João, respectivamente, enquanto participavam de um protesto (ODILLA, 2018). Embora negassem veementemente as acusações, foram indiciados com base no art. 15 da Lei de Segurança Nacional.

Art. 15. Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

§ 1º - Se do fato resulta:

- a) lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade;
- b) dano, destruição ou neutralização de meios de defesa ou de segurança; paralisação, total ou parcial, de atividade ou serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do País, a pena aumenta-se até o dobro;
- c) morte, a pena aumenta-se até o triplo.

§ 2º - Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave.

Em 2018 o nível de animosidade aumentou e a sociedade mais uma vez se encontra configurada em polos opostos. O cenário montado é muito semelhante ao de 1935 e de 1964, conforme foi estudado neste artigo. O futuro é incerto e tudo indica que serão tempos difíceis para democracia.

## 4 A LEI DE SEGURANÇA NACIONAL E AS ELEIÇÕES DE 2018

A corrida presidencial de 2018 ficou marcada como a mais polarizada dos últimos tempos. Eleitores fanáticos defendiam seus candida-

tos como se fossem seu clube de futebol favorito. Apesar do fenômeno das eleições ser conhecido como a “festa da democracia”, a atmosfera criada ao redor das questões políticas ao longo do ano não foi, nem de longe, saudável.

O comportamento dos ideólogos da direita foi, de longe, o mais preocupante. Tornaram-se comuns frases como “direitos humanos para humanos direitos”, “em defesa do direito de não ter direitos”, “esquerdista não é gente”, “os vermelhos devem ser expulsos do país”, “vamos metralhar os opositores” e muitas outras declarações ainda mais violentas.

É curioso o fato de que em nenhuma dessas ocasiões a Lei de Segurança Nacional foi utilizada. Tem-se, por exemplo, na referida lei o art. 22 que diz:

Art. 22 - Fazer, em público, propaganda:

I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social;

II - de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa;

III - de guerra;

IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: detenção, de 1 a 4 anos.

O inciso I do referido artigo fala sobre fazer propaganda em público de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem pública. Mas esse inciso não foi utilizado nas homenagens feitas em discursos e em anúncios à torturadores como o Coronel Brillhante Ustra, nem quando o então candidato, e agora presidente, Jair Bolsonaro disse que o erro da ditadura foi que ela “torturou, mas não matou”.

O inciso II fala sobre discriminação racial, luta pela violência entre as classes sociais e perseguição religiosa. Mas a lei não foi usada quando discursos de viés religioso foram feitos em comícios e campanhas políticas com o objetivo de humilhar e menosprezar homossexuais.

O inciso III fala sobre fazer propaganda sobre guerras. Mas a lei não foi utilizada quando foi defendido em um programa de TV que a única

solução para o país seria uma guerra civil e que, se morressem alguns inocentes seria normal, afinal, em toda guerra morre gente inocente.

Fica claro que a lei é usada de forma parcial. O objetivo dela é punir o inimigo. Assim como em 1935 e 1964 o alvo estava fixado nos comunistas, agora esse leque está mais amplo. O inimigo do atual cenário não é apenas o comunista, mas pode ser também um negro engajado em causas sociais, uma feminista, um militante LGBT, um defensor do MST, um professor que recomende a leitura uma obra de Marx, enfim, qualquer um que não se encaixe nos delírios conservadores de perfeição.

O atentado contra a vida do então candidato Jair Bolsonaro teve o mesmo efeito que a “intentona comunista” na Era Vargas. Foi a confirmação de que a ameaça era real. Um sujeito negro, pobre, que já foi filiado a um partido socialista e que tentou matar o candidato a presidência motivado por questões políticas. Essa é a caricatura perfeita do inimigo a ser combatido. Por isso, como já era esperado, Adélio foi enquadrado na Lei de Segurança Nacional.

Não se busca aqui proteger o acusado, longe disso. Teorias da conspiração à parte, o crime de fato parece ter sido real. Mas não foi o único. Outros crimes cometidos por ideólogos do pensamento conservador também se encaixariam na Lei 7.170/83, mas nem por isso ela foi invocada.

O cenário que se desenha para o Brasil nos próximos anos é nebuloso e incerto. Normas como o Decreto nº 9.527/18 que organiza uma força-tarefa contra organizações criminosas (não especificadas) e o Projeto de Lei do Senado 193/2016, conhecido como Escola sem Partido, podem representar sérias ameaças à liberdade de reunião, de expressão e de pensamento.

Um partido que defende pautas “subversivas” pode ser considerado uma organização criminosa? Um professor que defende a importância da Revolução Francesa pode ter sua aula gravada por alunos que não querem ser “doutrinados”?

A guerra ideológica está iniciada e os inimigos estão muito bem definidos. Não se sabe o que acontecerá no governo de Jair Bolsonaro. Teremos um golpe? Um novo regime militar? Apesar de todos os sinais indicarem para esse caminho, não é prudente arriscar previsões dessa natureza. A única certeza que devemos ter é a urgência de regarmos, dia após dia, a semente da democracia. Para que a pluralidade seja respeitada e os direitos e garantias não sejam feridos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda discussão proposta, depreende-se que a Lei de Segurança Nacional não atende a promessa que faz em seu texto. Ela não está a serviço da democracia, muito pelo contrário, historicamente esteve ligada a episódios de dura repressão.

O inimigo durante muito tempo foi o comunista. Hoje em dia é qualquer um que não esteja inserido nos padrões do pensamento conservador. O discurso de ódio já impregnou a mente de grande parcela da sociedade, que comprou a ideia e agora vê o “outro” como um criminoso que merece ser varrido do país.

E para que o outro seja visto como ameaça, não precisa nem concretizar algum delito. Basta ser diferente, pensar diferente e ter uma postura que o “cidadão de bem” não aprova. Isso já é suficiente para que o outro seja visto como um inimigo.

A guerra ideológica no Brasil não é recente. O que acontece hoje é uma repetição do que já aconteceu outras vezes. Enquanto o passado for revisitado de forma revisionista e tendenciosa, teremos ainda mais absurdos disseminados, tais como “o nazismo era de esquerda”, “o holocausto não existiu”, “tempo bom era na época do regime militar” e demais tolices sustentadas por pessoas desinformadas e/ou mal-intencionadas.

O futuro da democracia está em jogo. A solução não virá dos bastidores do cenário político e, por enquanto, não virá da unanimidade das ruas. A resistência deve ser feita através das instituições e dos pequenos grupos que atuam na luta pela justiça, pela liberdade e pelos direitos e garantias conquistados ao longo dos séculos.

Cabe agora uma atuação séria, centrada e imparcial do Judiciário e do Ministério Público. Cabe aos professores a luta diária em sala de aula, pois as futuras gerações não merecem arcar com as (in)consequências da atual geração. E por fim, cabe às minorias a firme na defesa de suas pautas, para que não haja retrocesso.

## REFERÊNCIAS

BONHO, Luciana Tramontin. **Noções introdutória sobre o direito penal do inimigo**. Revista Jus Navigandi. ISSN: 1518-4862. Te-



resina, ano 11 n. 1048. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8439>>. Acesso em: 06/11/2018.

BRASIL. **Lei n° 7.170**, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm)>. Acesso em: 06/11/2018.

CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira de. **O direito penal do inimigo**. Âmbito jurídico. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11101&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11101&revista_caderno=3)>. Acesso em: 06/11/2018.

Congresso sanciona a ‘Lei Monstro’. **Memorial da Democracia**. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/congresso-aprova-lei-de-seguranca-nacional>>. Acesso em: 06/11/2018.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. FERREIRA, Jorge. **O tempo do nacional-estatismo**: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo. 2° ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007

FAGUNDES, Ailton Laurentino Caris. **Do golpe à ditadura: a doutrina da segurança nacional**. Revista OPSIS/UFG. 2014. Disponível em: <[https://www.revistas.ufg.br/Opsis/article/view/28656#.W-S-dO\\_ZFxok](https://www.revistas.ufg.br/Opsis/article/view/28656#.W-S-dO_ZFxok)>. Acesso em: 08/11/2018.

GUIMARÃES, Pedro Augusto Pereira. **Sobre as paixões humanas em Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau**. 2014. Disponível em:

<[https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENESE/9\\_pedroguimaraes.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENESE/9_pedroguimaraes.pdf)>. Acesso em: 06/11/2018.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **A terceira velocidade do direito penal**: o direito penal do inimigo. Dissertação de mestrado: PUC/SP. 2006.

ODILLA, Fernanda. O que é a Lei de Segurança Nacional, usada para indiciar autor de ataque contra Bolsonaro. **BBC Brasil**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45458926>>. Acesso em: 06/11/2018.

PIM, Jóam Evans. **Para a paz perpétua/Immanuel Kant** – estudo introdutório. Tradução: Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz.

# RESUMOS



# DIVERGÊNCIAS DOUTRINARIAS ACERCA DO ESTUPRO MARITAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Luiz Gustavo Tiroli*

*Alessandra Trevisan Ferreira*

*Henrique Adriano Pazzotti*

O presente trabalho perquire a respeito das modificações adotadas pelo ordenamento penal brasileiro em relação ao crime de estupro previsto no artigo 213 da Lei nº 12.015/2009, apresentando a previsão legal acerca da tipificação deste ilícito, como também o entendimento doutrinário acerca do tema proposto, refletindo assim sobre as divergências existentes quanto à concepção da doutrina imemorial e as doutrinas contemporâneas, a partir do método dedutivo valendo-se do fichamento de referências bibliográficas.

Neste âmbito as correntes doutrinárias predecessoras compreendiam que o estupro no contexto matrimonial apenas se tratava de direito de coabitação, e em contra partida, a doutrina contemporânea, que leciona no sentido de que toda coação objetivada na satisfação dos desejos sexuais, caracteriza-se nos moldes do artigo 213 do ordenamento penal pátrio.

Sendo assim, a lei 12.015 proporcionou diversas alterações em dispositivos outrora presentes no ordenamento, em especial, trouxe alteração no denominado “crime contra costumes”, atualmente sendo “crimes contra a dignidade sexual”, poiso artigo 213, anteriormente possuía a redação; “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência

ou grave ameaça”, a modificação na redação, passou a caracterizar como crime de estupro, todos os atos de origem libidinoso, como visto na nova legislação; “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Eis que, com a entrada em vigor da Lei 12.015/2009, temos que a mesma, visa proteger em sentido amplo a dignidade da pessoa humana, sem deixar que a liberdade sexual seja desvalorizada ou suprimida, pois em sentido “strictu”, a liberdade sexual está intimamente ligada ao o que cada um faz ou desfaz com o próprio corpo.

De acordo com o entendimento do ilustre professor Marcão (2011, p. 38), ao situar e incluir a dignidade da pessoa humana nos arcações da nossa Lei Penal remete ao intérprete do texto ao inclinar-se para o fundamento da república, conforme o art. 1º, inciso III, fixando como norma de direito fundamental a dignidade da pessoa humana.

No campo filosófico são exploradas diversas temáticas em relação ao referido princípio, bem como a supervalorização da dignidade da pessoa humana. Assim, Wolfgang (2001) é citado por Marcão (2011), onde, salienta, que na antiguidade a dignidade estava relacionada à condição social que a pessoa ostentava, sendo digno somente aquele que portava várias joias, riquezas e fortunas.

É cediço no pensamento moderno relacionar dignidade a axiomas sociais, sendo que antes de se tornar princípio da Lex Magna, tem-se que [...]“observar os valores culturais que proporcionam tratar a dignidade como base fundamental a formação de pensamentos”. (MARCÃO, 2011, p. 42).

Neste sentido, conforme a nova redação do artigo 213 do Código Penal, todo método empregado a constranger outrem a copular contra sua própria vontade, caracteriza-se como prática de estupro, visto, não excluir o cônjuge da possibilidade de incidir na caracterização deste ato quando praticado. (BARBOSA; TESSMANN, 2013). Por isso, hodiernamente, prevalece que o cônjuge que constrange o outro à prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso pratica crime de estupro (exercício irregular de direito). Aliás, nesse caso, incide a majorante prevista no art. 226, II, do CP. Então, além de ser crime, é crime com causa de aumento de pena.

A corrente doutrinária primária, exposta por Nelson Hungria, La-

cerda e Fragoso, verificava-se o argumento alicerçado em costumes de natureza sexista que se faziam presentes na época, no entendimento que destacava a não configuração do ilícito de estupro na constância do matrimônio, expressamente entendido pela doutrina predecessora como, o dever de coabitação que era presente na relação matrimonial, ou seja, a obrigação na manutenção sexual presente no matrimônio, possuindo o cônjuge o dever em manter relação sexual, mesmo contra sua própria vontade. (TOJEVICH, CARDOSO; SANCHES, 2016).

O embasamento doutrinário antecessor, afirmava, a atitude perpetrada pelo marido em face da esposa era tida como exercício regular de um direito, sendo que toda força empregada pelo homem no intuito de obter a copula forçada, era aceita como necessária para realizar um direito já adquirido. (HUNGRIA, 1959, p. 126).

A doutrina contemporânea emprega uma forma de rever a situação outrora exposta de maneira a agregar um respaldo maior à mulher, tanto nas relações sociais como no âmbito matrimonial. Neste sentido, elucida sobre o tema, afirmando que o cônjuge apenas poderá manter relações sexuais quando sendo livre à vontade entre ambos, toda violação direcionada a liberdade sexual da pessoa, exclui a consensualidade, assim, preleciona que todo meio impositivo de manter relação sexual contra a vontade de outrem, é caracterizado como estupro.

Nesse aspecto, Celso Delmanto (2016) ensina que a consumação do ato que se caracteriza como estupro, não precisa necessariamente ser a conjunção carnal, mais a imposição de todo ato libidinoso contra a vontade da vítima, conceitua, que ato libidinoso, pode ser diferentes tipos de ato, “como toque nas regiões íntimas”, sendo punido com a mesma pena.

Ressalta-se ainda que o delito não se desconfigurará caso a vítima, após ser violentada, passe mais tarde a se entregar, por sua livre e espontânea vontade ao estuprador, tampouco deixará de se reconhecer o crime se a vítima, consentida de certos atos lascivos (apenas sexo), discorda de certas imposições feitas pelo agente ao decorrer da relação, constringendo-a em ir além do que uma simples relação, forçando de maneira ameaçadora e até mesmo com o uso da violência. (MARCÃO, 2011, p. 58).

O entendimento jurisprudencial pelos Tribunais Superiores preveem que a palavra da vítima tem valor probatório em investigações de crimes contra a dignidade sexual, considerado elemento de suma importância

neste tipo de delito, pois são crimes que normalmente ocorrem em lugares que não há testemunhas, porém, faz-se necessário que apresente outros meios de provas para sustentar a palavra da vítima, pois é mister ser respeitado o princípio da presunção da inocência, necessitando assim que ocorra comprovação de emprego de violência e da relação carnal para caracterizar a autoria do ato ilícito, comprovados nos autos, a jurisprudência pátria não se exime de imputar-lhe pena ao transgressor. (BRASIL, 2019).

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.357.374 - CE (2018/0228609-1) RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS AGRAVANTE: J G M ADVOGADO: FLÁVIO JACINTO DA SILVA E OUTRO (S) - CE006416 AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ DECISÃO 2. Nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra do ofendido tem especial relevância, ainda mais se inexistem razões para, injustamente, incriminar um inocente, que no caso concreto, são seus próprios genitores. (BRASIL, 2018, s.p)

Tendo em vista as considerações expostas, a mudança adotada no posicionamento jurisprudencial, com relação ao crime de estupro praticado contra a cônjuge, adquiriu modificação quando comparado com os critérios aos quais as doutrinas anteriores empregavam, tendo a interpretação de que esta conduta interposta pelo cônjuge não passava de exercício regular de direito.

O constrangimento assume um sentido lusitano, pois a mulher outrora estava a esmo da sociedade. Na lei da mulher forçada, consoante à legislação da época, a mulher “[...] deveria levantar as vestes e fazer o sinal de forçada, vendo-se obrigada ao coito ou à prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. (PIARANGELI, 2010, p.13).

A atualidade estabeleceu o entendimento de aceitação em caracterizar esta modalidade de ilícito no âmbito matrimonial, como uma conduta criminosa, mostrando a divergência com o pensamento adotado no passado, visto que, os magistrados não se eximem em aplicar punições aos réus que cometem tais crimes, desde que comprovado devidamente a autoria e ação do acusado contra a vítima, de maneira a não restar dúvidas quanto ao ato praticado, ampliando os direitos fundamentais das



mulheres à luz da dignidade da pessoa humana que se manifesta inclusive na dignidade sexual.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Celísia. TESSMANN, Dakari Fernandes. Violência sexual nas relações conjugais e a possibilidade de configurar-se crime de estupro marital. Disponível em: [http://www.ienommat.com.br/revistas/judicare\\_arquivos/journals/1/articles/65/public/65-416-1-PB.pdf](http://www.ienommat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/65/public/65-416-1-PB.pdf). Acesso em: 07ago.2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 10.852-PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 21-10-1999, DJ, 22-11-1999, p. 173.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70078176633, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 30/01/2019.
- CAMINOTI, Jacqueline Medeiros. Sexo e poder: violência sexual no âmbito doméstico e conjugal. Disponível em: [http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese\\_7643\\_DISSERTA%C7%C3O%20CONCLU%CDDA.pdf](http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_7643_DISSERTA%C7%C3O%20CONCLU%CDDA.pdf). Acesso em: 06ago.2019.
- DELMATO, Celso. et al. Código penal comentado. 9. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TOJEVICH, Marcel da Cunha; CARDOSO, Hildevan Carlos; SANCHES, Pedro Henrique. Crime contra a dignidade sexual: uma reflexão sobre o estupro marital frente a uma dignidade resguardada. Anais[...]. Cascavel, 2016. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/revista/jinteg/5910acfb252ba.pdf>. Acesso em: 07 de ago. de 2019.

# A PERPETUAÇÃO DA SITUAÇÃO COLONIAL EM CORPOS NEGROS

*Luisa De Araujo Tavares*

A atuação seletiva das instituições penais na sociedade contemporânea adota um discurso democrático – ao abordar sobre a necessidade de combate à violência nas cidades – no intuito de esconder seu apelo socio-racial segregador. Essas interações reproduzem comportamentos de raízes patriarcais e escravocratas, pautados em estereótipos historicamente construídos entorno da figura do negro, “da escrava que nos embalou; que nos deu de mamar; que nos deu de comer, ela própria amolengando na mão o bolão de comida; da negra velha que nos contou as primeiras histórias de bicho e de mal-assombrado; da mulata que nos tirou o primeiro bicho-de-pé de uma coceira tão boa; da que nos iniciou no amor físico e nos transmitiu, ao ranger da cama-de-vento, a primeira sensação completa de homem; do moleque preto que foi o nosso primeiro companheiro de brinquedo” (FREYRE, 2006).

No Brasil, a abolição da escravatura evidenciou o fim de um regime soberano: uma época marcada por intensos fluxos migratórios para os centros urbanos, que, por sua vez, encontravam-se em um processo de modernização. A transição não foi somente econômica, a sociedade industrial que tardiamente nascia passou a adotar um modelo de controle disciplinar e regulamentador que não mais destruía, mas comandava e dispunha sobre a vida das pessoas – o que Foucault conceituou de biopoder governamental (FOUCAULT, 2014). Nesse contexto, a reforma – alcunhada de “civilizatória” – do movimento eugenista, para promover o branqueamento da população, bem como reduzir a influ-

ência e a presença negra no espaço público, além de estimular a vinda de imigrantes europeus para o Brasil, desencadeou um processo de criminalização das práticas sociais, culturais, políticas e religiosas ligadas ao contingente afro-brasileiro. Exsurge, dessa forma, uma mitologia de criminalidade com relação a esse povo marginalizado, formada por um arcabouço simbólico cujo objetivo foi – e continua sendo – de garantir a dominação da elite branca perante à mão-de-obra negra, perpetuando relações de precariedade.

Percebe-se, portanto, que a proibição da maconha, do samba, da capoeira, da umbanda e do candomblé detinha motivações etnicorraciais de remoção e legitimava, na época, uma violência estatal sobre esses indivíduos. Atualmente, essa estrutura se mantém e se manifesta na sociedade brasileira a partir do tratamento dado à problemática das drogas, encarada como uma questão de segurança pública. A falta de previsão de critérios objetivos no texto da Lei 11.343/06 para distinguir as condutas de “uso” e “tráfico” de entorpecentes vela o interesse político e socioeconômico de desarticular qualquer tentativa de organização dessas pessoas consideradas “detentoras de risco”, pois justifica a intervenção estatal na esfera de suas liberdades individuais. Esses limites difusos trazem consigo uma subjetividade que, por sua vez, abre margem para um exercício arbitrário por parte das agências penais, fazendo com que “classes inteiras de indivíduos deixem virtualmente de cometer crimes para se tornarem, elas mesmas, crime” (GIORGI, 2017).

O aumento desenfreado do encarceramento de negros e pobres, portanto, deflagra a transição do Estado Social para o Estado Penal de que fala Loïc Wacquant (WACQUANT, 1999), em que os instrumentos de regulação social passam a ser substituídos pelos dispositivos de repressão penal na gestão da pobreza (GIORGI, 2017). As estratégias de controle adquirem um caráter preventivo. Desse modo, observa-se que “a grande internação” prevista por Foucault na era fordista transborda os muros do cárcere, deixando de ser prisional para tornar-se urbana. Há, assim, a formação dos guetos nos pontos mais insalubres da cidade. Locais em que os fluxos de entrada e de saída – dessa população estigmatizada como portadora de risco – são regulados: não são apenas lugares em que a classe dominante não deseja entrar, mas também regiões determinadas de onde os marginalizados não podem sair (GIORGI, 2017).

Essa conjuntura se intensifica ao analisarmos a situação da mulher na sociedade judaico-cristã. Decerto que o apogeu do Cristianismo na história da humanidade – havendo a conversão do Império Romano com Constantino – significou a institucionalização de um novo sistema. Dogmas e superstições correlacionando o sagrado feminino às crenças pagãs passaram a ser difundidos com o intuito de submeter a mulher a uma posição discriminatória de inferioridade em relação aos homens. O movimento da “caça às bruxas”, por exemplo, detinha esse caráter patriarcalista vez que autorizava a perseguição daquelas figuras femininas que praticavam cultos não alinhados com os valores da religião oficial. O estabelecimento do casamento, nesse cenário, serviu para normalizar a entidade familiar na base da pirâmide social, relegando as mulheres a um papel de subserviência que apenas perpetua a dominação do masculino sobre seus corpos.

Deve-se ter em mente que as mulheres negras e pobres estão em uma posição ainda mais vulnerável por se encontrarem no cruzamento interseccional dos vetores opressivos de gênero, raça e classe. Na condição de escravas, elas costumavam ser “brutalmente punidas por condutas consideradas perfeitamente normais em um contexto de liberdade” (DAVIS, 2018), pois para manter subjugado um determinado povo étnico é necessário interferir em sua reprodução, o que significa atuar sobre os direitos sexuais das mulheres desse grupo. Por essa razão, o período que precedeu o fim do sistema de escravidão brasileiro, no intuito de garantir a transição lenta e gradual do regime, promulgou diversas leis abolicionistas, sendo uma delas a “Lei do Ventre Livre”. Historicamente carimbadas de “loucas” e retratadas – inclusive em manifestações artísticas e literárias – como zombeteiras, atrevidas e assanhadas, “a ideia de que os desvios femininos sempre têm uma dimensão sexual persiste” (DAVIS, 2018), e essa insanidade continua sendo equalizada no sentido de corresponder a um indicativo de criminalidade. Nota-se, dessa forma, que o encarceramento em massa dessas mulheres, na prática, busca retirá-las da circulação social durante a maior parte possível de seus anos férteis; mantendo-as em uma situação colonial vez que, no cotidiano intramuros prisional, são disciplinadas e treinadas para aprenderem e aceitarem executar serviços domésticos no mundo livre (DAVIS, 2018).

Uma análise atenta da trajetória percorrida pela sociedade brasileira desde a sua origem permite perceber diversos episódios de liquida-

ção do negro. Tais ocorrências, na verdade, reproduzem a luta travada pelos cristãos brancos contra a presença moura afro-negra e muçulmana na Península Ibérica. Foi dessa guerra, de dimensões religiosas e raciais, que se formaram e se constituíram os reinos de Portugal e Espanha. A “reconquista” representou o aniquilamento do inimigo não-cristão e não-branco, deixando de herança um trauma racista profundo e estruturante que foi trazido pelos portugueses para o Brasil durante a colonização. Um confronto que se expressou na doutrinação do movimento jesuíta; no regime de escravidão; na perseguição aos Quilombos dos Palmares; na Revolta dos Malês; na Balaiada; na reforma de Pereira Passos; nos processos de urbanização da Ditadura Militar; nos projetos de remoção para sediar os megaeventos (Copa do Mundo e Olimpíadas); e ainda se manifesta ao observarmos a escassa quantidade de anestésico que é ministrada para mulheres negras durante os atendimentos no Sistema Público de Saúde (PIRES, 2015) ou a forma como o sistema tributário brasileiro é direcionado para incidir primordialmente sobre consumo – circunstância que promove a manutenção das condições de desigualdade, vez que os negros são os que recebem os menores salários (ALMEIDA, 2019). Todos esses acontecimentos representam uma teatralização simbólica do embate entre mouros e cristãos, com encaminhamentos que apenas remendam uma dinâmica de base racial no engendramento da sociedade brasileira.

Portanto, como aludido anteriormente, a história demonstra que a população do Brasil – e não somente ela – é dominada por uma psicologia patriarcal e escravocrata que se remodela, de maneira ágil, a cada mudança cíclica que acontece no corpo social, assegurando que os valores aristocratas dominantes prevaleçam sobre as classes subjugadas (MAHESHVARANANDA, 2003). Constata-se, por fim, que a libertação do povo brasileiro passa pelo despertar do negro em relação ao seu imenso potencial de mobilização na garantia do exercício pleno do direito de aparecer – fisicamente, psiquicamente, individualmente e coletivamente – em sociedade. Um movimento político motivado por um enorme esforço no sentido de libertar-se das necessidades da vida, pois, nas palavras de Judith Butler, “a liberdade só pode ser buscada e alcançada pelos não famintos” (BUTLER, 2018).

## Bibliografia

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo Estrutural. 1a ed. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. In: Feminismos Plurais; coordenação: Djamila Ribeiro.
- BUTLER, Judith. Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia. Tradução: Fernanda Siqueira Miguens. Revisão Técnica: Carla Rodrigues. 1a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- DAVIS, Angela. Estarão as prisões obsoletas?. Tradução: Marina Vargas. 2a ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 42a.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.
- FREYRE, Gilberto. Casa-Grande & Senzala. 51a ed. rev. São Paulo: Global Editora, 10a reimpressão, 2006.
- GIORGI, Alessandro de. A miséria governada através do sistema penal. Tradução: Sérgio Lamarão. 1a ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 3a reimpressão, 2017. In: Pensamento Criminológico; v. 12.
- MAHESHVARANANDA, Dada. Após o Capitalismo: a visão de PROUT para um Novo Mundo. 2a ed. Belo Horizonte: Proutista Universal, 2003.
- PIRES, Thula. Racismo Institucional. YouTube. 17 nov. 2015. 4min-58secs. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=-tXnwjKk1G\\_M&t=88s](https://www.youtube.com/watch?v=-tXnwjKk1G_M&t=88s)> Acesso em: 8 ago. 2019.
- WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Paris: Raisons d'Agir, 1999.

# “ESTADO-CENTAURO”: UM ESTUDO SOBRE A REGRA NEOLIBERAL DE CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

*Matheus Guimarães De Barros*

Uma robusta atuação estatal na esfera penal tem sido clamada incessantemente por autoridades e pela opinião pública. Um desejo ferrenho por justiça e segurança paira no ar. A punição enquanto solução para as mazelas sociais tornou-se obcecadamente requisitada. Ao mesmo tempo, aspira-se a todo custo um mercado cada vez mais liberto de qualquer tipo de amarras. Esse é o retrato do neoliberalismo: o de um “estado-centauro”, que é liberal no topo e paternalista na base. Mas não apenas isso. Ele também é composto por faces diametralmente opostas nas duas extremidades da hierarquia social, esbanjando simpatia e gentileza às classes média e alta, e horror à classe baixa (WACQUANT, 2012). Diante desse perigoso contexto, o presente trabalho objetiva averiguar as contribuições do sociólogo francês Loïc Wacquant na interpretação do fenômeno contemporâneo do encarceramento em massa. Sabe-se que as estatísticas da população carcerária brasileira são reveladoras. Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias retrataram que, em 2016, 75% dos presos sequer haviam chegado ao ensino médio e 64% eram negros. Segundo o Banco Nacional de Monitoramento de Presos, dos mais de 600.000 encarcerados em 2018, 27% foram apenados por roubo e 24% por tráfico de drogas; crimes amplamente atrelados à parcela mais pobre da população. Pretende-se, aqui, compreender melhor esses números. Para tanto, a metodologia empregada concerniu ao estudo sistemático de

textos do Wacquant, fundamentalmente os livros “As prisões da miséria” (2011) e “As duas faces do gueto” (2008), bem como o artigo “Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social” (2012). Ademais, utilizou-se interpretações brasileiras da obra do referido intelectual, em especial a de Vera Malaguti Batista. Os resultados mostraram que, seguindo a tendência do sistema penal norte-americano, principal foco de estudos de Wacquant, o Brasil vem sendo marcado por uma progressiva retração do estado social, ou seja, pelo desmanche de um ente estatal que intervém efetivamente na economia, regula as relações de emprego, promove políticas públicas. Em contrapartida, constata-se a hipertrofia de um estado penitência, calcado numa atividade punitiva desmesurada. Nesse sentido, bastante adequado torna-se o diagnóstico de Wacquant acerca do qual a mão livre no setor mercadológico somar-se-ia ao punho de ferro do estado no âmbito criminal. Acontece que essa onda punitivista, respaldada pelo senso comum, cuja adesão à barbárie foi notoriamente inculcada pela grande mídia (BATISTA, 2012), possui um alvo preferencial bastante evidente: os próprios sujeitos afetados pela precarização das relações de trabalho, desemprego, sub-empregos, falta de assistência estatal, em suma, pela ausência de concretização de direitos sociais. Inegavelmente, trata-se da parcela pobre e via de regra negra da população, haja vista discriminações pautadas na cor tanto de burocracias policiais quanto judiciárias (WACQUANT, 2011), que é constantemente empurrada para celas superlotadas. As cadeias transformam-se em máquinas destinadas a varrer a precariedade social, limpar aqueles que são tidos como indesejáveis na comunidade (WACQUANT, 2008). Ou seja, o estado auxilia na criação das suas próprias vítimas. Para piorar, a escusa de ressocialização nem é mais empregada. Aliás, a cadeia enquanto mecanismo de resgate da honestidade do criminoso já foi em larga medida desmentida pelo filósofo francês Michel Foucault. Vem dele a afirmação de que a prisão culmina ou na fabricação de novos “delinquentes” ou no aprofundamento destes na criminalidade (FOUCAULT, 2017). A partir de então, variados estudos se dedicaram ao processo de prisionalização dos internos, detectando que estes são encorajados à absorção e prática de hábitos inerentes ao contexto penitenciário (ARGUELLO, 2005). Posto isso, longe de ser a pretensão ressocializadora, o que legitima atualmente o encarceramento é a própria ânsia de retribuição característica da política



de tolerância zero. Conclui-se portanto que, ao lado da desregulamentação econômica e da retração do estado de bem-estar social, um aparato penal expansivo e proativo constitui o neoliberalismo. Aparato este que atua fundamentalmente nas regiões mais precárias da civilização com o escopo de conter as desordens ocasionadas pela difusão da insegurança social e pela intensificação da desigualdade (WACQUANT, 2012) que, de fato, decorrem em larga medida da própria lógica de desregulamentação na economia e de desmanche do welfare state. Assim sendo, nesse movimento circular do neoliberalismo, basta ser pobre para ser estigmatizado. A criminalização da pobreza virou sua regra. O sacrifício da democracia e dos direitos humanos seu escopo.

# INTEGRACIÓN REGIONAL E INTERNACIONALIZACIÓN DEL PROCESO: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ESPAÑOLA DE UN PROCESO PENAL COMÚN EN EL SIGLO XXI

*Vivian Rodrigues Madeira Da Costa*

*Carolina Rodrigues Madeira Da Costa*

La integración europea, desde el establecimiento de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, hasta nuestros hodiernos días, se viene intensificando de manera a garantizar condiciones de seguridad y justicia en toda la Unión Europea para la libre circulación de los ciudadanos, buscando cada vez más la consolidación de un proceso europeo común y de un sistema judicial también sin fronteras.

En efecto, el proceso europeo se está profundizando, lo que es necesario para que se conforme un efectivo espacio judicial europeo, a través de instrumentos procesales y reformas legislativas. Los principios de reconocimiento mutuo y de aproximación legislativa, no armonización, encuentran expresa confirmación en los Tratados europeos. Como afirma Mar Bulnes, la europeización del proceso es importante y necesaria para la efectiva cooperación judicial entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (2018, p. 11).

En 1995, a través del Acuerdo de Schengen, varios países de Europa suprimieron los controles en las fronteras interiores y trasladaron esos

controles a las fronteras exteriores con terceros países, estableciendo un espacio común, unificando las normas para controlar las fronteras y también los visados, además de establecer una cooperación entre los servicios policiales y judiciales, en el ámbito penal.

Con el Tratado de Ámsterdam, en 1999, por el cual se introduce un nuevo sistema denominado cooperación reforzada, se permite a un número de Estados miembros profundizarse en la integración sin necesidad de que participen todos, y se establece un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, con el que pasan al pilar comunitario materias como los controles en las fronteras exteriores de la Unión y la política de visados, el asilo o la inmigración.

Así, esta reforma de Ámsterdam tuvo importancia en el avance político e igualmente jurídico de la Unión Europea, indicando la intención de profundizar la integración y también corroborando los valores sobre los cuales el edificio se estaba edificando. En efecto, la consagración de la democracia y de la prevalencia de los derechos humanos es un indicativo muy importante de la política adoptada por la Unión Europea, revelando sus ideales últimos.

En 2003, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior adopta la Decisión marco referente a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. En efecto, la llamada euroorden fue el primer instrumento jurídico de la Unión en el que se aplica un importante principio en materia procesal, que es el de reconocimiento mutuo y que había sido enunciado en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

En España, la orden europea de detención y entrega es regulada a través del Título II de la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, de manera a implementar también la sustitución de los procedimientos de extradición por un nuevo procedimiento de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme, como se afirma en la exposición de motivos de la referida ley, además de otros instrumentos de cooperación.

Además, el procedimiento legal se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión, de forma que la orden de detención y entrega pueda ser emitida por cualquier juez o tribunal es-

pañol para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta, procediendo también a la entrega cuando sea requerida por la autoridad judicial de otro Estado miembro.

Es necesario no sólo hacer referencia a la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea, con la colaboración a través de los instrumentos de reconocimiento mutuo, como es la euroorden, pero también resaltar la importancia del principio de aproximación legislativa, en sustitución al fracaso de la dicha armonización en el seno de la Unión, con la sensación de eurooptimismo en decrecimos, como afirma Victor Pou (2017, p. 151).

Sobre el procedimiento de entrega, el objetivo es que haya una cooperación judicial directa que sea operada de manera eficaz y rápida, entre Estados cuyos valores constitucionales se deben basar en el respeto de los derechos fundamentales y en los principios democráticos, pues que integran la Unión Europea.

No obstante, el principio de reconocimiento mutuo había sido resaltado como una piedra angular, justamente porque había un temor referente a la armonización de los ordenamientos jurídicos, sobre todo por los países de tradición jurídica de la Common Law. Debería ser incluida una verdadera confianza mutua, como condición esencial para el propio reconocimiento mutuo, a través del cual se pueda también desarrollar una aproximación o convergencia legislativa, según la estructura jurídica de cada país, de manera a mantener sus particularidades, pero con la adopción de estándares o normas mínimas.

La reunión de los principios de reconocimiento mutuo y de aproximación legislativa permitirían que la cooperación judicial avanzara de manera más completa, como señala Mar Bulnes (2018, p. 17). En efecto, el reciente caso de Puigdemont es un buen indicio de las fragilidades del sistema y de la necesidad de una profundización para que sea efectivo el espacio judicial común de la Unión Europea.

Es interesante hacer un breve análisis de la orden de detención y entrega, que es un instrumento puramente judicial y que, por tanto, prescinde de intervención del ejecutivo. La aplicación del principio de reconocimiento mutuo determina que, recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma prácticamente automática, sin necesidad de que la autoridad judicial que ha de

ejecutar la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno.

De esta forma, hay la previsión de motivos específicos para que sea negada la ejecución de la orden de detención y entrega, de manera que la apreciación sea objetiva. Hay la necesidad de la doble tipificación, es decir, que el delito sea así reconocido en ambos los países, si los hechos no pertenezcan a una de las categorías enumeradas y se dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de tres años.

En los demás casos, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden sean constitutivos de un delito conforme a la legislación nacional, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo, si están castigados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o si la reclamación tuviese por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad.

En el caso de Puigdemont, la decisión del Tribunal Superior de Schleswig-Holstein denegó la entrega por los delitos de rebelión y sedición, no concurriría en el caso la doble imputación al no ser posible asimilar los hechos que sostienen la causa en España con los delitos de alta traición o quebrantamiento del orden público contemplados en su Código Penal.

Sería posible afirmar que los tribunales háyanse adelantado en un análisis de cuestiones de fondo, no centrándose en las cuestiones meramente objetivas. En efecto, la cuestión central fue un estudio sobre si el tipo delictivo español de rebelión es equiparable al de alta traición que recoge el Código Penal alemán, ya que, aunque se pueda percibir una similitud estructural, no son idénticos.

No obstante, se hace menester reiterar la importancia de la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea, con la colaboración a través de los instrumentos de reconocimiento mutuo y de la aproximación legislativa, para la efectividad de un proceso europeo común que pueda garantizar y materializar los propios objetivos de la Unión. De tal manera, la propia Unión puede salir de la encrucijada en la cual se encuentra, eli-

giendo la profundización del proceso de integración, como resalta Pérez Sánchez (2017, p. 316).

## Fuentes y Bibliografía

JIMENO BULNES, Mar. Un Proceso Europeo para el Siglo XXI. Rico Andrados S. L., Burgos, 2018.

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014. <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/20/23>

PÉREZ SÁNCHEZ, G. A. “Europa ante sus Encrucijadas. Situación de presente y retos de futuro”, en PRADO, Ángel de. (Coord.) Memoria, Progreso y Cultura. Homenaje al Profesor Rafael Serrano García, Valladolid, Ediciones UVA, 2017.

POU, Victor. ¿Hacia la deconstrucción de la Unión Europea? La Europa del Futuro. Editorial Milenio, Lleida, 2017.



**CRIMES E SEGURANÇA PÚBLICA EM  
PERSPECTIVA**

Antonio Santoro, Danielle de Araújo,  
Thayara Castelo Branco e Walkyria Santos

Tipografias utilizadas:  
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)  
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m<sup>2</sup>  
Impresso na gráfica Trio Studio  
Dezembro de 2019