

CRIMES E SOCIEDADE EM DEBATE

PEMBROKE COLLINS

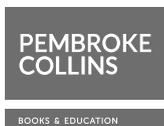
CONSELHO EDITORIAL

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)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza 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)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia 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)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
ANTONIO CARLOS GOMES FERREIRA, JONATHAN CARDOSO RÉGIS,
MARIA LEONILDES BOAVISTA GOMES CASTELO BRANCO MARQUES E
ULISSES PESSÔA DOS SANTOS

CRIMES E SOCIEDADE EM DEBATE



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

**Copyright © 2020 Antonio Carlos Gomes Ferreira, Jonathan Cardoso Régis,
Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques E Ulisses Pessoa dos Santos (orgs.)**

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

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.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 Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

C929

Crimes e sociedade em debate / Antonio Carlos Gomes Ferreira,
Jonathan Cardoso Régis, Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo
Branco Marques e Ulisses Pessoa dos Santos (organizadores). –
Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

466 p.

ISBN 978-65-81331-01-6.

1. Criminologia. 2. Crime. 3. Sociedade. 4. Direito penal. I. Ferreira,
Antonio Carlos Gomes (org.). II. Régis, Jonathan Cardoso (org.). III.
Marques, Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco (org.). IV.
Santos, Ulisses Pessoa (org.).

CDD 364

SUMÁRIO

ARTIGOS.....	13
O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL APLICADO AO TRIBUNAL DO JÚRI: A PRESIDÊNCIA DA SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI APÓS O DESAFORAMENTO.....	15
<i>Pedro Manoel Pereira dos Santos</i>	
<i>Cecilio Argolo Junior</i>	
O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CADEIA DE CUSTÓDIA DA BUSCA E APREENSÃO NOS DELITOS ECONÔMICOS.....	31
<i>Wanessa Assunção Ramos</i>	
O ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA BRASILEIRO E PORTUGUÊS.....	45
<i>Weider Silva Pinheiro</i>	
<i>Johnata Alves de Oliveira</i>	
CRIMINAL PROFILING: ANÁLISE TEÓRICA E PRÁTICA DE UM NOVO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA O BRASIL.....	66
<i>Gianfranco Faggin Mastro Andréa</i>	
<i>Henrique Alencar Fiorentino</i>	
<i>Juliana Moreira Camargo</i>	
ANÁLISE DE UM CRIME: A DEFASAGEM DA TECNOLOGIA NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA EM RELAÇÃO À CRIMINALIDADE.....	85
<i>Carolina Prado</i>	
O PROTAGONISMO DO JUIZ CRIMINAL E A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA PRISÃO PREVENTIVA.....	97
<i>Jairo Sousa</i>	

EFEITOS DO AUMENTO DA CRIMINALIDADE EM RELAÇÃO À PRIVATIZAÇÃO DA SEGURANÇA E A DÉCIMA TERCEIRA EMENDA NORTE AMERICANA.....	113
<i>Jairo Sousa</i>	
TRÁFICO E USO DE DROGAS ILÍCITAS DENTRO DO CONDOMÍNIO.....	124
<i>Maria Isabel da Silva</i>	
DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: ANÁLISE DO HC COLETIVO 143.988/ES.....	138
<i>Egídio Santos Martiniano Júnior</i>	
A INEFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....	157
<i>Carolina Faria do Prado</i>	
CONDIÇÕES E CONTRADIÇÕES DA LIBERDADE DA PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL SUBMETIDA À MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO.....	172
<i>Pedro Hiago Santos Marques</i>	
O ESTADO POLICIAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: INCENTIVO PARA MATAR?.....	190
<i>Tiago Abud Da Fonseca</i>	
<i>Rosana Alves Gama Souza Da Silva</i>	
<i>Laryssa Da Silva Leite Desidério</i>	
PEDOFILIA VIRTUAL: A CULTURA DIGITAL E O PERIGO DAS CONEXÕES..	208
<i>Daniely Rosa Lana Araújo</i>	
A RELAÇÃO ENTRE CRIME DE ESTUPRO E O GARANTISMO PENAL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	226
<i>Rayandra Pereira Pedrosa</i>	
<i>Ygor Felipe Távora da Silva</i>	
<i>Denison Melo de Aguiar</i>	
MAIORIDADE PENAL: LIÇÕES DA BIOLOGIA , DA PSICOLOGIA E DA ECONOMIA	242
<i>Tiago Ivo Odon</i>	

DIREITO PENAL SIMBÓLICO: UMA ANÁLISE DA LEI 8.072/90 E LEI 13.964/2019.....	259
<i>Lucas Gomes da Silva Pepicon</i>	
A INSUFICIÊNCIA CRIMINALIZADORA DO DIREITO DIGITAL BRASILEIRO: ATIPICIDADE DAS ATIVIDADES PERPETRADAS POR CIBERCRIMINOSOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES LEGAIS.....	274
<i>Mikaella Carvalho Ribeiro</i>	
<i>Thirso Del Corso Neto</i>	
AUTORIA E ZEITGEIST NO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL....	292
<i>José Mário Ramos Correia De Araújo</i>	
A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA ATUAÇÃO DO JUIZ CRIMINAL.....	310
<i>Jefferson Borges da Cruz</i>	
<i>Dimis da Costa Braga</i>	
HISTORICIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: DE SILVA FERRÃO À REFORMA DE 1984	326
<i>Alexandre Graciano Da Silva</i>	
A PRISÃO DOMICILIAR DE MULHERES MÃES SENTENCIADAS COM FILHOS MENORES.....	340
<i>Rita de Cássia Chagas Barbosa</i>	
POLÍTICA CRIMINAL E TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS NA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA: REFLEXÕES INTERDISCIPLINARES.....	358
<i>Breno Pedrosa Fermin</i>	
<i>Jefferson Rodrigues De Quadros</i>	
A NOVA REALIDADE CRIMINOLÓGICA BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	377
<i>Rhayssam Poubel de Alencar Arraes</i>	
A LEGITIMIDADE DO INSTITUTO DA IMPRONÚNCIA NO JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA AFIRMAÇÃO DA MÁXIMA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA.....	394
<i>Daniel Nascimento Duarte</i>	

A LEITURA DO CONTRADITÓRIO NA EMENDATIO LIBELLI DIANTE DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....412

Isabela De Carvalho Domingues

RESUMOS.....431

DA EVOLUÇÃO DAS PENAS: UM OLHAR SOBRE OS EVENTOS
HISTÓRICOS.....433

Mateus Rezende Oliveira Farias

THE (IN)COMPATIBILITY OF INTERNATIONAL AML-CFT RULES
WITH NATIONAL LAW: PARALLELS BETWEEN RELATIVISM AND
UNIVERSALISM FROM THE CASE STUDY OF BRAZILIAN LAW 13,810 OF
2018 (UNAVAILABILITY OF ASSETS).....439

Lucas Hinckel Teider

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ESCASSEZ DE RECURSOS NA
SEGURANÇA PÚBLICA NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO.....442

Oswaldo Veloso Vidal

A INFLUÊNCIA DA TEORIA LOMBROSINA NA ATIVIDADE POLICIAL:
UMA ANÁLISE SOBRE A TRAGÉDIA NO BAILE DE PARAISÓPOLIS-SP.....447

Bruno Barros Mendes

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE ANIMAIS SILVESTRES DO BRASIL
PARA O MUNDO: IMPACTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E
DIGNIDADE HUMANA PARA GERAÇÕES FUTURAS451

Isabeli Rosinski Cruz

Marcelo Negri Soares

MORTES POR HOMICÍDIO NA CIDADE DE CANARANA, BAHIA.....457

Bruna Souza de Matos

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA ATRAVÉS
DA TRIVIALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS.....461

Yanna Raissa Brito Couto da Silva

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 Universitaria 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-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 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2020)**, que ocorreu entre os dias 22 a 24 de abril de 2020 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 500 artigos e resumos expandidos de 48 universidades e 26 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 12 livros do evento: Dimensões dos direitos humanos e fundamentais (Vols. 1, 2 e 3), Direito Público em perspectiva, Direito privado: teoria e prática, Conflitos e formas de solução, Crimes e sociedade em debate, Atualidades do trabalho e da seguridade social, Diálogos sobre tecnologia e direito, Justiça e sociedade, Direito: passado, presente e futuro (Vols. 1 e 2).

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 18 trabalhos foram realocados noutra GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que teve mais trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 3 livros e o segundo com mais trabalhos (Temas contemporâneos) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2020. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Giotti e Paula (PFN), Klever Filpo (UCP/UFRRJ) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Sara Santos Moraes e Ícaro Argolo Ferreira sob o título “Subnotificação e Lei Maria da Penha: o registro como instrumento para o enfrentamento dos casos de violência doméstica contra mulher considerando o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019)”.

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 Direito (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL APLICADO AO TRIBUNAL DO JÚRI: A PRESIDÊNCIA DA SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI APÓS O DESAFORAMENTO

Pedro Manoel Pereira dos Santos

Cecílio Argolo Junior

INTRODUÇÃO

À luz do preceito de existência do dever de, no processo como um todo, haver um julgamento justo, é possível verificar fenômenos e institutos processuais os quais visem a garantia de tal dever.

Ao prever regras a respeito do que se denomina de suspeição e impedimento do juiz, em seus artigos 252 e 254, o Código de Processo Penal (CPP) intenta evitar que o julgador tenha uma proximidade indevida com partes, sujeitos processuais e até mesmo com provas.

Não obstante a previsão de regras a respeito de impedimento e suspeição, o Código de Processo Penal, em obediência ao que determina a Constituição Federal, também traz regramentos específicos concernentes aos procedimentos a serem adotados a cada caso concreto, seja em razão da pena, da pessoa do acusado ou da natureza do delito investigado ou julgado.

O artigo 5º da Constituição Federal é responsável por prever uma série de direitos fundamentais, dentre eles, há a determinação de que todos aqueles que forem acusados de cometer um crime doloso contra

a vida, expressos do art. 121 ao 126 do Código Penal, terão o direito de serem julgados pelos seus pares, isto é, serão julgados pelo Tribunal do Júri.

Demais disso, embora os arts. 69 e 70 do Código de Processo Penal estabeleçam que a competência para julgamento se dará, em regra, pelo lugar do cometimento da infração ou do lugar onde ocorrerá o último ato, caso haja a tentativa, o procedimento do Tribunal do Júri comporta uma exceção.

Em seus arts. 427 e 428, o Código de Processo Penal regula as possibilidades em que será possível a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri em localidade diversa de onde foi consumado o delito ou onde foi praticado o último ato de execução, para o caso de uma tentativa, ou seja, a incidência do instituto do desaforamento.

Diante do tema apresentado, se faz necessário trazer à tona o seguinte problema: É possível que, após o desaforamento, a presidência da Sessão do Tribunal do Júri seja ocupada pelo juiz de instrução?

Em razão do problema destacado, a hipótese elaborada concerne na alteração na legislação processual penal para que possibilite uma maior atuação do juiz responsável pela instrução processual após ser decidido pelo Tribunal que o processo será desaforado, em quaisquer das hipóteses previstas no Código de Processo Penal.

A problemática carece de uma pesquisa acadêmica, em prol de que sejam apreciadas as hipóteses ensejadoras do instituto do desaforamento, uma vez que, ao ser determinada a realização do julgamento em outra localidade, ocorre mudanças significativas entre a Sessão que seria ocorrida no local de competência originária e na localidade para onde o processo foi desaforado.

Será possível, assim, demonstrar a viabilidade de manutenção de tais circunstâncias distintas, em especial à figura do magistrado, sob a ótica do princípio do juiz natural, basilar no âmbito do processo.

O desenvolvimento da pesquisa, pois, é de avultante importância para que análise das consequências estruturais da Sessão de julgamento do Tribunal do Júri acarretadas pelo desaforamento possam ser mais bem delimitadas na legislação processual penal.

A fim de abordar devidamente o assunto, o objetivo geral desse

projeto consiste em propor uma discussão teórico, técnica e doutrinária a respeito das questões concernentes ao desaforamento, expondo seus efeitos pertinentes às decisões na Sessão de julgamento do Tribunal do Júri, além da possível abrangência nos atos preparatórios para a mesma.

Insta informar que a metodologia utilizada no presente estudo é a pesquisa do tipo teórico, utilizando-se como norte o método dedutivo e, sobretudo, o referencial teórico terá como base justamente a pesquisa bibliográfica (livros, periódicos e a legislação), levando em consideração todo um contexto interdisciplinar com o Direito Processual. Evidencia-se que os entendimentos teóricos serão comparados com as opiniões de doutrinadores a respeito da temática proposta na pesquisa.

1 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO PENAL

O princípio do juiz natural é visível, embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal, a partir da análise do seu artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, pelos quais é extraída a regra de que é vedada a existência de tribunais de exceção, bem como é necessário que haja o julgamento do processo por um juiz competente.

Esse postulado fundamental se reveste de uma “projeção político-jurídica, de dupla função instrumental, que conforma a atividade legislativa do Estado e condiciona o desempenho pelo Poder Público das funções de caráter persecutório em juízo” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 478).

Lima (2019) leciona que a principal intenção do referido princípio se refere à garantia da realização de um julgamento por parte de um juiz imparcial, ante a incompatibilidade da conjuntura democrática atual em possuir julgamentos nos quais haja a prolação de decisões ou sentenças dotadas de manifestações parciais, distante da moralidade e não condizente do esperado equilíbrio de um julgador.

A doutrina sinala, inclusive, que a consequência do princípio em comento é a proibição de ser constituído o que se intitula “juiz *ad hoc*”¹

1 A expressão *ad hoc* significa “para este efeito”. No contexto de existência de um “juiz *ad hoc*”, este seria alguém nomeado para o julgamento de apenas uma determinada

em prol de julgar um caso específico (SILVA, 2014, p. 442).

O princípio do juiz natural significa, portanto, que o magistrado com o dever de apreciação de determinado caso concreto será escolhido de acordo com as regras de competência previamente estabelecidas em lei, bem como deverá já ter sido investido no cargo específico para tanto, além de já possuir competência para julgamento desde o cometimento de um fato delituoso (TOURINHO FILHO, 2013).

Contudo, é possível a existência de determinados regramentos que possibilitem a substituição ou sucessão dos magistrados nas hipóteses de serem substituídos fisicamente a partir de disposições legais prévias que as possibilitem, a exemplo de substituições legais e convocações de juízes para atuação em órgãos de instância superior às quais já estavam vinculados (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Nesse sentido, é possível entender que eventuais alterações, como a criação de uma nova Vara Criminal cuja especialização de matéria afaste a competência de outro juiz, não ofendem o princípio do juiz natural (NUCCI, 2011).

Não se diga, pois, que o simples afastamento da competência de determinado magistrado ofenderá, por si só, o princípio em tela.

2 DO PROCEDIMENTO DO JÚRI ATÉ A OPORTUNIDADE PARA O DESAFORAMENTO

2.1 Da Competência

O Código de Processo Penal reserva espaço para a regulamentação de determinados ritos para os quais o legislador decidiu estabelecer um trâmite diferenciado. Assim é o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, previsto no Capítulo II, Título I, do Livro II do Código dos Ritos.

É viável frisar a previsão do inciso XXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, cuja redação estabelece os princípios aplicáveis ao julgamento do Tribunal do Júri, dentre eles, a competência para os crimes dolosos contra a vida.

Nesse caso, a legislação processual penal cuida de especificar os

causa.

crimes que, em razão de sua natureza, deverão obedecer à ritualística do Júri, por força do art. 74, § 1º, que determina: “Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados”.

Além disso, deve-se observar o disposto no art. 78, inciso I, CPP: “no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri”.

À vista disso, compreende-se que o Tribunal do Júri não apenas é competente para julgar os crimes de homicídio (doloso), induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto, mas, igualmente, para o julgamento de delitos conexos aos crimes listados acima.

2.2 Do Procedimento do Tribunal do Júri

Uma das características no procedimento em tela se dá pelo fato do mesmo ser composto por duas fases. Távora e Alencar (2016, p. 1688) classificam a primeira fase como “juízo de admissibilidade, sumário da culpa, juízo de acusação ou *judicium accusationis*”.

O juízo de admissibilidade compreende-se pela tramitação prevista do art. 406 até o 421 do Código de Processo Penal, isto é, se inicia desde o recebimento da denúncia e se encerra quando o magistrado profere a decisão de pronúncia (BANDEIRA, 2010).

A segunda fase é conhecida por juízo de mérito ou *judicium causae*, que compreende a etapa do processo na qual ocorrerá o julgamento por parte dos jurados, ou, como denomina o próprio Código de Processo Penal, o Conselho de Sentença (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Parte da doutrina adota, por outro lado, o posicionamento de que o procedimento do Júri é trifásico. A primeira se trataria do recebimento da exordial acusatória até a decisão de pronúncia, a segunda fase se referiria ao período no qual o processo seria preparado para o julgamento em plenário, cujo início ocorre após a preclusão da pronúncia, e a terceira fase compreenderia a sessão de julgamento, na qual há o juízo de mérito (NUCCI, 2016).

Entretanto, mesmo que se adote qualquer dos posicionamentos, ao que se percebe diante do exposto, a doutrina brasileira é uníssona

em considerar que a segunda fase será iniciada após a decisão de pronúncia, que ocorrerá ao fim da primeira fase.

Em continuidade às observações quanto ao procedimento do Júri, com a leitura dos arts. 406 ao 421 do CPP, vê-se que o mesmo guarda uma quantidade significativa de semelhanças com o procedimento ordinário, ressalvados certos detalhes, a exemplo da obrigatoriedade de manifestação do representante do Ministério Público ou do querelante após a resposta à acusação do réu quando suscitadas questões preliminares e/ou anexados documentos aos autos, como previsto no art. 409 (CUNHA, 2015).

Outra diferença é o prazo para o encerramento da instrução, que será de noventa dias no procedimento do Júri, conforme art. 412 do Código de Processo Penal, sendo de sessenta dias para o procedimento ordinário, segundo o art. 400, do mesmo Código.

Uma das diferenças mais relevantes é o fato de que, ao fim da Audiência de Instrução e Julgamento, o juiz não prolatará uma sentença condenatória (com as exigências do art. 387 do Código de Processo Penal) ou de absolvição, caso constate uma das hipóteses do art. 386 do CPP, como no procedimento ordinário, mas deverá decidir conforme uma das quatro possibilidades previstas nos arts. 413, 414, 415 ou 419 do aludido Código.

É possível que o magistrado não vislumbre indícios suficientes de autoria ou verifique que não restou provada a materialidade do(s) delito(s) imputado ao acusado, embora seja possível a colheita de provas para tanto durante as investigações e a fase instrutória do processo (BANDEIRA, 2010).

Ocorrendo isso, o réu deve ser impronunciado, com base no art. 414 do Código de Processo Penal. Sem embargo, é necessário que se entenda que a sentença de impronúncia não atesta ser o acusado inocente. Por ser uma sentença meramente terminativa, é possível que haja novo oferecimento de denúncia pelos mesmos fatos, inclusive, desde que surjam novas provas que embase outra acusação (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Se restar comprovado, todavia, que não houve fato criminoso, o acusado não concorreu para o delito, o fato não constituiu crime, houve causa de exclusão do crime ou o réu é isento de pena, o juiz irá

proceder com a absolvição sumária, com fulcro no art. 415 do Código dos Ritos.

Ressalte-se que a absolvição sumária, aqui, também poderá ocorrer de forma peculiar, tendo em vista que não ocorre logo após ser apresentada a resposta à acusação, como no rito ordinário (conforme o art. 397 do CPP), e sim após a audiência de instrução e julgamento (NUCCI, 2016).

Doutra banda, é possível que se possa auferir indícios de autoria a partir da análise das provas produzidas ao longo do processo, mas que também se verifique a possível existência de crime diverso dos quais a competência do Tribunal do Júri abrange sem que se tenha conexão ou continência com qualquer crime doloso contra a vida.

Ao ser configurada tal situação, deverá o magistrado decidir pela desclassificação, prevista no art. 419 do Código de Processo Penal, remetendo os autos a juízo competente (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

A quarta hipótese ocorrerá na conjuntura em que se vislumbre indícios suficientes de autoria, além da prova da materialidade do crime. Neste caso, se decidirá pela pronúncia do réu, consoante o art. 413 do Código de Processo Penal, que encerrará a primeira fase, através de mero juízo de admissibilidade para prosseguimento à segunda fase do procedimento do Júri, no qual é vedada qualquer apreciação profunda a respeito do mérito (BANDEIRA, 2010).

Brevemente explanado o rito até a decisão de pronúncia, após o trânsito em julgado desta decisão, o Código de Processo Penal reserva detalhes antes de poder ser realizado o pleito pelo desaforamento, como se verá adiante.

Por força do art. 422 do referido Código, o magistrado deve intimar as partes para que se manifestem no sentido de indicar quais provas desejam produzir em plenário, sendo apresentação de rol de testemunhas, juntada de documentos ou requerimento de diligências.

Posteriormente, o magistrado deve proceder com as exigências do art. 423 do Código de Processo Penal, dentre elas a confecção de relatório. Por fim, os arts. 425 e 426 da mesma legislação dizem respeito à realização do alistamento dos jurados, temática que não exige maiores considerações no momento.

3 O DESAFORAMENTO NO PROCEDIMENTO DO JÚRI

Em seu Livro II, Título I, Capítulo II, Seção V, o Código de Processo Penal reserva espaço para tratar a respeito do instituto do desaforamento, nos artigos 427 e 428.

Bonfim (2014, p. 652) conceitua o desaforamento como uma “hipótese de deslocamento da competência, prevista somente nos processos do Tribunal do Júri” e, por consequência, o acusado será “submetido a julgamento em comarca diversa daquela determinada pela regra da competência territorial”.

Mendes e Branco (2014, p. 479) acrescentam que o instituto do desaforamento diz respeito a uma das “normas processuais que definem as regras de impedimento ou suspeição do juiz como elementos de concretização da ideia do juiz natural”.

É pertinente frisar que, mesmo sendo possível de ser realizado, o desaforamento deve ser encarado como medida excepcional, com necessidade de estrita análise de efetiva incidência das hipóteses que o permitam (TOURINHO FILHO, 2012).

3.1 Procedimento

Inicialmente, cumpre entender por quais motivos o Código de Processo Penal possibilita tal deslocamento de competência. Estes motivos, como mencionado anteriormente, estão previstos no *caput* dos arts. 427 e 428 do referido Código, quais sejam: interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do júri, segurança pessoal do acusado ou caso o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia, desde que se comprove o excesso de serviço na comarca.

Por interesse da ordem pública, entende-se que esta hipótese se relaciona com a comprovação de que a realização da Sessão do Júri na comarca acarretaria em bulício e inquietação hábeis a afrontar a tranquilidade da população na localidade (NUCCI, 2016).

Quando o pedido de desaforamento é fundamentado com base na segurança pessoal do acusado, é necessário que se comprove a possibi-

lidade de o réu poderá sofrer atentados em decorrência da realização do julgamento ou por conta do veredito dos jurados, especialmente se estes decidam pela absolvição (LIMA, 2019).

Por fim, quanto à última hipótese para que seja deferido o desaforamento, qual seja o lapso temporal de seis meses a partir da preclusão da pronúncia, o §1º do art. 428 do Código de Processo Penal veda que nos referidos meses seja computado o tempo necessário para apreciação de pedidos de adiamento, bem como o cumprimento de “diligências ou incidentes de interesse da defesa”.

Demais disso, o §2º do artigo supracitado faculta ao acusado solicitar ao Tribunal de Justiça do Estado onde se localiza a comarca para que o mesmo determine a realização imediata da Sessão do Júri caso a pronúncia transite em julgado e seja demonstrada a inexistência de excesso de serviço ou de outros “processos aguardando julgamento em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício”.

Lima (2019) explica que o Código determina que o desaforamento apenas poderá ocorrer caso a decisão de pronúncia transite em julgado, comportando uma única exceção, prevista no §4º do art. 427 do Código de Processo Penal: “quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado”.

O pedido de desaforamento poderá ser manejado, de acordo com o *caput* do art. 427 do CPP, “a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente”, com necessidade de oitiva do juiz presidente caso não tenha representado pelo desaforamento (art. 427, §3º, CPP).

Em sendo deferido o pedido de desaforamento pelo tribunal, o Código de Processo Penal determina, no art. 427, que os autos do processo sejam encaminhados para comarca da mesma região, caso não existam nela os mesmos motivos que ensejaram o desaforamento (NUCCI, 2016).

Com isso, entende-se que, apesar de haver uma determinação de que se desloque a competência de julgamento de uma localidade para a outra, não se deve encarar a decisão de desaforamento como mero ato administrativo, pois, além de ser previsto no Código de Processo Penal, o instituto do desaforamento deve ser enxergado como um ato jurisdicional.

4 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E O DESAFORAMENTO

Superada a discussão a respeito de como ocorre o procedimento, é salutar fazer considerações a respeito do instituto do desaforamento para com o princípio do juiz natural.

Considerando que, com o desaforamento, ocorrerá uma alteração na competência previamente fixada na lei, em obediência principalmente às regras do art. 69 do Código de Processo Penal, a doutrina defende não haver ofensa ao princípio do juiz natural (LIMA, 2019).

Assim, o deslocamento do julgamento do Tribunal do Júri de uma comarca para outra, por si só, não se mostra como argumento válido para caracterizar uma ofensa ao princípio do juiz natural, mesmo porque, como demonstrado acima, o desaforamento apenas possibilita que sejam atendidos outros princípios e garantias inerentes ao próprio processo penal.

Deve-se considerar, a propósito, que o deslocamento da competência nesse contexto tem como consequência a garantia do exercício da jurisdição com as exigências inerentes deste princípio, sobretudo pela imparcialidade e celeridade, características determinantes para a ocorrência do desaforamento (CORREIA, 2017).

4.1 A aproximação do desaforamento do princípio do juiz natural

É necessário considerar, neste momento, que a Sessão do Tribunal do Júri possuirá a possibilidade de ter um momento instrutório próprio, além de haver a exigência dos debates orais, votação dos jurados e prolação da sentença do juiz presidente do Tribunal do Júri após o veredito (CUNHA, 2015).

No entanto, para que ocorra a Sessão do julgamento do Tribunal do Júri é necessário que tenha sido proferida uma decisão de pronúncia. Ainda, antes do momento de ser decidido pela pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária, é necessário que tenha havido a Audiência de Instrução e Julgamento em momento anterior (RANGEL, 2015).

É possível verificar, portanto, a existência de dois momentos instrutórios no procedimento do Júri, quais sejam, na primeira fase e na segunda fase do procedimento do Júri (BONFIM, 2014).

Porém, à luz do que prevê o art. 422 do Código de Processo Penal, após a preclusão da decisão de pronúncia, as partes poderão arrolar suas “testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência”.

Perceba-se, pois, que a redação do artigo supramencionado traz uma mera possibilidade, o que significa que, caso nenhuma das partes desejem e o réu se manifeste pelo direito de não ser interrogado ou não compareça à Sessão de Julgamento, prova alguma será produzida na mesma, prosseguindo-se, em Plenário, diretamente para os debates orais (NUCCI, 2016).

Ademais, Lima (2019) destaca que o convencimento do magistrado deverá ser construído a partir da análise pessoal das provas. Tal entendimento pode ser percebido através da análise do art. 155 do Código de Processo Penal.

É propício enfatizar que, embora o Conselho de Sentença, isto é, o corpo de jurados, deva ser questionado a respeito do que é listado no art. 483 do Código de Processo Penal, notadamente quanto a causas de aumento e diminuição de penas, bem como a respeito da incidência de qualificadoras, tais condições devem estar provadas nos autos, sob de ser modificada ou anulada a sentença pelo julgamento dos jurados manifestamente contrário às provas dos autos, conforme o art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal.

É possível vislumbrar, destarte, que a sentença prolatada em Plenário conterà, se condenatória, considerações de circunstâncias acerca do fato delituoso provadas, principalmente, ao longo da Audiência de Instrução e Julgamento.

Ora, qual seria o sentido de haver a prolação de uma sentença, em especial a de uma sentença condenatória, a qual necessita que se obedeça ao que dispõe o art. 68 do Código Penal e art. 492 do Código de Processo Penal, sem que o magistrado que a prolatou não tivesse o devido contato com todas as provas produzidas ao longo do processo?

Há de se reconhecer que a alteração de um magistrado para a condução de um processo não prejudica, por si só, a qualidade dos tra-

balhos necessários a serem realizados. Entretanto, é possível ponderar que o juiz o qual teve contato com as provas desde o início do processo, mormente num procedimento de maior complexidade como o do Júri, possuirá melhores condições de apreciação do lastro probatório.

Tal argumento poderá ter mais valia na hipótese já reportada de não haver sequer oitiva de testemunhas ou interrogatório do réu em Plenário após ter ocorrido o desaforamento. Esta situação, poderia, inclusive, comprometer as impressões do magistrado nos testemunhos e declarações que o Código de Processo Penal fomenta caso a pessoa que deve prolatar uma sentença técnica deva se limitar à leitura ou visualização das gravações do que já fora produzido sem o contato direto.

Desta feita, tendo em vista que nenhuma das hipóteses que permitem o desaforamento se referem diretamente à pessoa do juiz presidente da instrução processual, não há motivo que o impeça de presidir a Sessão do Julgamento do Tribunal do Júri caso o processo seja desaforado.

Destaque-se, outrossim, que a legislação processual penal se refere à remessa dos autos do processo para julgamento em outra comarca quando o Tribunal de Justiça defere o pedido de desaforamento, sem, contudo, especificar outras situações, como quem terá a incumbência de presidir a Sessão de julgamento.

Além disso, faz-se apropriado antecipar que eventuais argumentos de que o fato de outro magistrado atuar na comarca de responsabilidade de outro juiz não significa uma deturpação de competência ou trabalho, visto que se trataria de uma hipótese em que o magistrado da comarca em que o processo seria dirigido após o desaforamento não necessitaria voltar sua atenção, aumentando, por conseguinte, sua demanda.

Isto posto, permitir que o magistrado o qual colheu as provas durante a Audiência de Instrução e Julgamento possa sentenciar após a votação dos jurados significa aproximar a aplicabilidade do princípio do juiz natural ao Tribunal do Júri, visto que o juiz antes designado por lei para presidir determinado processo em uma comarca específica poderá manter seu poder decisório até a sentença condenatória de primeiro grau.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, buscou-se, *a priori*, delimitar a discussão aos assuntos que permeiam o instituto do desaforamento e o princípio do juiz natural, presente na Constituição de 1988, incidente no direito processual.

Assim, de um lado, tem-se um princípio pelo qual o próprio Estado busca garantir que as demandas de qualquer natureza submetidas ao crivo do Poder Judiciário possuam uma pessoa não apenas dotada do saber jurídico e tecnicismo necessários para dirimir um imbróglio, como também um indivíduo que esteja numa posição onde seu julgamento não seja prejudicado por circunstâncias que não dizem respeito ao processo e a como este deve tramitar e ser findado.

Por outro lado, colocou-se à disposição das partes no processo penal, bem como do próprio Estado, um instituto cuja utilização pode ser feita em prol de que não se comprometa o julgamento de sete indivíduos componentes do Conselho de Sentença.

Além de buscar sanar prejuízos por conta da morosidade de um processo, atender o interesse da ordem pública e possibilitar que se garanta a segurança do réu nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, é preciso considerar que o desaforamento pode ser enxergado como de instrumento de preservação ao justo julgamento do réu, em especial se o mesmo é fundamentado na dúvida quanto à imparcialidade dos jurados.

A preocupação na existência de julgadores imparciais é, dentre outras circunstâncias, consequência do dever de aplicação do princípio do juiz natural, ainda que não se trate do juiz “togado”, como classificam os arts. 445, 447 e 448, § 2º, do Código de Processo Penal.

Essa extensão do princípio do juiz natural se trata de um artifício pertinente do legislador, pois, não o fosse, estaria se admitindo a hipótese de que a instalação da Sessão de Julgamento, assim como todo o processo, se tornasse mera teatralidade, seja para condenar indevidamente ou julgar como inocente quem deveria sofrer as sanções previstas em lei.

Seria inadequado, porém, atribuir o desaforamento como meio para se solucionar infortúnios concernentes à imparcialidade do juiz

presidente, ou juiz togado, do Tribunal do Júri, pois tal situação encontra meios próprios de resolução.

É previsto expressamente no Código de Processo Penal, por seu art. 407, que são aplicáveis ao procedimento do Tribunal do Júri as exceções dos arts. 95 a 112 do Código. Ou seja, é possível que se utilize a exceção de suspeição, conforme leitura do art. 95, inciso I, e artigos seguintes do CPP.

Nesse prisma, ponderando-se o fato de que, à luz do próprio entendimento da jurisprudência nacional, o desaforamento não fere os preceitos do princípio do juiz natural, juntamente com o fato de que o mencionado instituto não pode ser utilizado em detrimento da imparcialidade (ou sua ausência) do juiz presidente, é possível que se permita, de outro ângulo, que ambas situações se aproximem.

Ocorrido o desaforamento e a remessa dos autos do processo para outra localidade, o Código de Processo Penal determina o trâmite processual regular, com o devido alistamento e preparação para os trabalhos a serem realizados em Plenário, com a diferença de que o Conselho de Sentença a ser convocado é o de comarca diversa de onde a ação se iniciou.

Sendo essa a exigência, em face de todo o exposto, não é possível detectar vedações legais ou advindas dos princípios incidentes no campo processual que obstem a atuação do mesmo magistrado antes e após o desaforamento como presidente.

Como explanado anteriormente, o princípio do juiz natural compreende a preexistência de um juiz competente para o julgamento da causa, mesmo antes do ajuizamento da mesma, visando a escolha arbitrária de julgadores.

Nesse seguimento, inexistindo vedações para tanto, seria viável que se permitisse, inclusive através de alteração legislativa, que se preservasse a atuação do juiz presidente do Tribunal do Júri durante todo o trâmite processual, mesmo após o desaforamento, pois não permitiria apenas o benefício da prolação de uma sentença mais coerente com as impressões do julgador durante a instrução, como também o robustecimento da aplicação do princípio do juiz natural à ritualística processual repressiva.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Marcos. **Tribunal do Júri**: de conformidade com a Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional. Ilhéus: Editus, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado Federal, 2011.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 5 fev. 2020.
- BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.
- CORREIA, *Thaize de Carvalho*. **Competência no Processo Penal**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/competencia-no-processo-penal>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- CUNHA, Walfredo Campos. **Tribunal do júri**: teoria e prática. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CADEIA DE CUSTÓDIA DA BUSCA E APREENSÃO NOS DELITOS ECONÔMICOS

Wanessa Assunção Ramos

1. Introdução

O presente trabalho se propõe a analisar o posicionamento da corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, através de sua jurisprudência, acerca da cadeia de custódia da busca e apreensão nos delitos econômicos.

Em 17 de março de 2014 foi deflagrada a Operação Lava-Jato no Paraná, a maior investigação dos delitos de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve, segundo o Ministério Público Federal, órgão acusador, neste contexto (MPF). Com ela, conceitos de direito penal e processo penal, que antes não despertavam muito interesse em leigos e juristas, passaram a ser assunto recorrente nas publicações, eventos, discussões, mídia, entre outros. Outra consequência que podemos atribuir à esta operação ímpar são os julgamentos, populares e jurisdicionais, realizados dos investigados pela prática dos delitos econômicos. Em que pese profundo interesse, deter-se-á somente aos julgamentos jurisdicionais, distintamente, os realizados pelo Supremo Tribunal Federal, considerando tratar-se da última instância de julgamentos no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista sua competência constitucional.

Tem-se ciência que a prova é elemento essencial no processo penal e é a partir dela que o magistrado tem conhecimento dos fatos e forma sua convicção e permite que as partes envolvidas possam desenvolver suas teses de defesa e acusação. Partindo-se desse pressuposto, ou seja, da indiscutível importância que possui no processo penal, necessária a abordagem acerca da prudência que deve ser tomada na preservação das fontes da prova, através da cadeia de custódia.

A escolha da análise detida sobre a busca e apreensão, que é uma das provas em espécie, justifica-se porque, normalmente, é uma prova constituída antes da instauração de uma ação penal e esse zelo deve ser redobrado para que essa etapa da persecução penal já não seja iniciada eivada de vícios inconstitucionais².

Para tanto, pretende-se cumprir com os seguintes objetivos: **i)** abordar brevemente a teoria geral da prova no processo penal; **ii)** explicar a busca e apreensão; **iii)** apresentar o conceito de cadeia de custódia e discutir acerca de sua importância dentro de uma persecução penal; **iv)** tratar, de maneira concisa, acerca dos delitos econômicos, especificamente os que serão analisados posteriormente na jurisprudência selecionada; e **v)** extrair o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema escolhido através dos acórdãos do Inquérito nº 4.633/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin, e Embargos de Declaração no Inquérito nº 4.019/AM, que teve como relator o Ministro Dias Toffoli.

A metodologia utilizada foi a utilização de autores de referências para aporte teórico dos temas que devem ser abordados para permitir uma análise da jurisprudência constitucional (pesquisa documental). Para escolha desta jurisprudência, inseriu-se no sistema de busca de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a expressão ‘cadeia de custódia’ no dia 05 de setembro de 2018, data de início desta pesquisa. A partir dos resultados apresentados, selecionou-se as duas únicas jurisprudências que analisavam a cadeia de custódia na busca e apreensão nos delitos econômicos.

2 Referência a previsão do artigo 5º, inciso LVI, da Magna Carta, que determina a inadmissibilidade de provas ilícitas.

2. Provas no Processo Penal

A palavra ‘prova’ pode conter três significados: i) materiais que conduzem a reconstrução dos fatos (que são o objeto dela) que são objeto da persecução penal e são utilizadas pelas partes (acusação e defesa) para convencimento do magistrado (que é o destinatário) do que alegam (LOPES JR, 2015, p. 353), conforme prevê o artigo 155 do Código de Processo Penal³, sendo esse o significado de fase probatória; ii) meio de prova; e iii) resultado probatório.

O juiz deve ser desconhecedor dos fatos que são objeto da lide, para que possa ser imparcial diante da análise das provas apresentadas pelas partes. O sistema processual penal brasileiro pode ser definido como neoinquisitorial (LOPES JR, 2015, p. 357), ou seja, respeita o princípio inquisitivo mas possui características do sistema acusatório. Uma das várias consequências que isso representa na persecução penal é de que o juiz possui o poder de gerir a prova, podendo complementar as provas que foram produzidas pelas partes.

Ademais, considera-se prova aquela produzida no contraditório, ou seja, com a participação de ambas as partes.

A doutrina (TAVORA, 2016, p. 618 e ss) traz ainda diversas classificações da prova, como exemplo, quanto ao objeto, ao efeito, ao sujeito, à forma, à possibilidade de renovação em juízo, ao momento procedimental, à previsão legal, à finalidade e à imposição legal da forma da prova, mas como trata-se de uma breve introdução para tratarmos de outros assuntos específicos, optou-se por não conceitua-las individualmente.

Dentre os diversos princípios que regem a prova, encontra-se o princípio da Liberdade Probatória, que possui como uma de suas restrições a inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícitos, que se constitui num direito constitucional (art. 5º, LVI, CF). Importante fazer a diferenciação entre provas ilícitas (as que violam normas penais ou constitucionais) e as provas ilegítimas (as que violam normas

3 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL).

processuais). Da prova ilícita decorrem algumas teorias, como a dos frutos da árvore envenenada e outras em decorrência desta, mas não se prenderá a este tópico. Outros princípios que merecem ser destacados pelos doutrinadores são: da autorresponsabilidade das partes, audiência contraditória, aquisição, oralidade, publicidade e livre convencimento motivado, sem contar os princípios constitucionais que sempre permeiam a persecução penal.

Passar-se-á a analisar a busca e apreensão, objeto central deste trabalho.

2.1. Busca e Apreensão

Esse meio de obtenção de prova (BADARÓ, 2015, p. 491) ou meio de prova (TÁVORA, 2016, p. 734), eminentemente cautelar (OLIVEIRA, 2014, p. 440), encontra previsão nos artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal.

Primeiramente é necessária a constatação que se tem dois institutos diferentes que foram tratados de maneira única. Busca é o “ato de buscar, de procurar algo ou alguém” e a apreensão é a “ação de se apropriar legalmente de alguma coisa” (DICIONÁRIO).

Ela pode ocorrer em qualquer fase da persecução penal, ou seja, antes da instauração do inquérito policial, durante o inquérito policial, durante a ação penal e até na execução penal (BADARÓ, 2015, p. 492).

A Busca pode ser domiciliar ou pessoal. A busca domiciliar⁴ é uma restrição ao direito da inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, CF) e por este motivo somente ocorrerá com ordem judicial (somente durante o dia) ou em caso de flagrante delito (em qualquer momento), sendo que os casos em que é permitida estão previstos no artigo 240, §1º do Código de Processo Penal.

A busca pessoal conflita com o direito de intimidade (art. 5º, X, CF) e incide sobre o corpo humano, as vestes e objetos que a pessoa traz consigo. Assim como a espécie anterior, pode ocorrer com or-

4 Devendo-se entender por domicílio: “(1) qualquer compartimento habitado; (2) aposento ocupado de habitação coletiva; (3) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.” (BADARÓ, 2015, p. 492/493).

dem judicial e, excepcionalmente, sem (cf. art. 244, CPP) (BADARÓ, 2015, p. 495).

Em situações normais, a busca e apreensão é realizada através do mandado de busca e apreensão⁵, cujos requisitos intrínsecos encontram-se previstos no art. 243 do Código de Processo Penal. Os requisitos extrínsecos encontram-se previstos no art. 245 do CPP. Esta diligência resultará num auto circunstanciado, que relatará como a diligência foi realizada e descreverá aquilo que foi encontrado e apreendido.

Na prática ocorre da seguinte forma: i) há formulação de pedido por parte da autoridade policial ou do órgão acusador; ii) obtém-se autorização judicial; iii) é expedido o mandado de busca e apreensão; iv) ocorre a diligência de busca e apreensão (onde inicia a necessidade da cadeia de custódia); v) lavra-se o auto circunstanciado de busca e apreensão; vi) analisa-se o material apreendido; e vii) arquivam-se o material arrecadado.

Passa-se a tratar acerca da importância da cadeia de custódia para o processo penal como um todo e mais especificamente com relação a busca e apreensão.

3. Cadeia de Custódia

Na esfera criminal, a cadeia de custódia da prova pretende garantir a idoneidade da mesma, garantindo suas características e permitindo sua rastreabilidade (PRADO, 2014, p. 80). Conforme leciona PRADO, isso somente seria possível com a preservação de todo suporte técnico e das ferramentas de obtenção da prova que permitiriam que as partes conhecessem efetivamente as fontes das provas (PRADO, 2014, p. 79).

Conforme doutrina LOPES JR. e ROSA,

A preservação das fontes de prova, através da manutenção da cadeia de custódia, situa a discussão no campo da “conexão de antijuridicidade da prova ilícita”, consagrada no artigo 5º, in-

5 Ressalta-se que há discussão acerca de quem teria legitimidade para realização da busca e apreensão, mas por se tratar de uma particularidade do assunto, deixar-se-á de trata-lo.

ciso LVI da Constituição, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita (CONJUR).

Seguindo o parâmetro constitucional trazido no início deste trabalho, é essencial para que possa se constituir uma persecução penal que respeitem os princípios da Magna Carta, o cumprimento de procedimentos que garantam a veracidade das provas, que vão ser utilizadas para condenação ou absolvição do sujeito que está sob julgamento, tendo em vista a importância destas para formação da convicção do julgador.

Ademais, pretende-se fazer com que o processo penal seja protegido das subjetividades que podem vir a atingir as autoridades que normalmente realizam esse procedimento. Não se torna somente uma proteção em face do sujeito que está sofrendo as ações de cunho penal, mas também uma proteção em face do Estado, que ao estabelecer parâmetros objetivos de cumprimento de suas ações afasta-se do risco do não cumprimento das premissas estabelecidas pela Constituição Federal.

Ainda, o processo penal possui como um de seus princípios norteadores a ampla defesa e o contraditório, que somente pode ser plenamente exercido com o controle total da obtenção da prova. Nas palavras de PRADO, “uma verdade fática verificável por meio de procedimentos que não elidam a liberdade moral e física das pessoas investigadas, tampouco que esteja sujeita a falsificações que lhe suprimam qualidade de merecedora de crédito” (2014, p. 79).

Ressalta-se que a legislação infraconstitucional não prevê a existência desse instituto, mas deve-se haver uma interpretação sistemática das normas, ou seja, de maneira constitucional consegue-se obter um entendimento da necessidade de sua aplicação.

Na prática, a quebra da cadeia de custódia pode ser presenciada de diferentes maneiras. Na busca e apreensão, tema foco desta pesquisa, acredita-se que algumas das maneiras que pode ocorrer são:

- i) Ausência de descrição correta dos materiais apreendidos;
- ii) Falta de documentação da manipulação das provas coletadas, como forma de manuseio, transporte e acondicionamento;

iii) Não juntada de decisões, ofícios, mandados, autos e laudos no procedimento de busca e apreensão, criando dificuldade estabelecer se a cadeia de custódia está sendo cumprida ou não; etc.

4. Delitos Econômicos

Primeiramente deve-se esclarecer que o ramo do Direito Penal Econômico difere-se das demais facetas do direito penal, como o Tributário ou Empresarial (SILVEIRA, SAAD-DINIZ, 2017, p. 38). Conforme leciona o professor Luciano Anderson de Souza, “identifica-se o conceito de Direito Penal Econômico como aquele que tutela diretamente o justo equilíbrio da produção, circularização e distribuição de riquezas entre os cidadãos, consubstanciando-se num controle social do mercado conforme o modelo econômico adotado” (SOUZA, ARAÚJO, 2019, p. 52). Ou ainda, na concepção de Sánchez “*la idea de la protección de bienes jurídicos estatales relativos a la intervención estatal en la economía o la organización y regulación estatal del orden socioeconómico*” (SANCHEZ, 2009, p. 207).

A partir de tal conceito, extrai-se os bens jurídicos que são protegidos pelos tipos penais que se encontram nessa classificação, como por exemplo, a tutela da ordem econômica, o sistema financeiro nacional, entre outros tantos.

Apesar de, em tese, não se utilizar mais uma corrente de criminalização pelas características do autor do delito, os delitos econômicos ficaram popularmente conhecidos como crimes do colarinho branco, por, normalmente, serem praticados por ‘homens de negócios’, de alto poder aquisitivo, ou seja, não pelos comumente criminalizados (SANCHEZ, 2009, p. 37), conforme ensina a Teoria da Associação Diferencial de Edwin Sutherland (FONSECA, 2018, p. 95). No Brasil, houve uma maior popularização através das enormes operações promovidas pelas searas federais e estaduais que tornaram diversos políticos e grandes empresários réus em diferentes ações penais.

Com essa introdução, passar-se-á a tratar dos delitos de dispensa de licitação e lavagem de dinheiro, que foram objetos dos acordãos selecionados.

4.1. Lavagem de Dinheiro

A lavagem de dinheiro encontra previsão legal na lei 9.613/98, cujo artigo 1º possui a seguinte previsão legal:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (BRASIL).

A doutrina (FONSECA, 2018, p. 63) acrescenta o esse tipo penal não atinge o bem jurídico protegido porque o branqueamento de capitais visa inserir na sociedade recursos obtidos de maneiras diversas.

Sobre o elemento normativo do tipo, Badaró e Bottini afirmam:

O processo de lavagem de dinheiro tem como antecedente necessário a prática de uma infração penal – momento do nascimento do capital ilícito – e se inicia com a ocultação dos valores ilicitamente aferidos. Desenvolve-se nas diversas operações posteriores para dissimulação da origem dos bens, e se completa pela reinserção do capital na economia formal com aparência lícita (BADARÓ *et al*, 2012).

A lavagem de capitais é delito de ação múltipla e pluriofensivo que se constitui em três fases: i) ocultação, que, sintetizadamente, constitui-se no ato de encobrir os recursos; ii) dissimulação, que visa dificultar o rastreamento dos valores, através do afastamentos do capital de sua origem; e iii) integração, que consiste na inserção dos valores na economia.

Sua consumação ocorre com a prática de qualquer um dos atos de ocultação ou dissimulação.

Além do delito previsto no caput do artigo analisado, há previsão de outros tipos penais nos demais incisos deste mesmo artigo, mas por questões de objetividade, olvida-se a abordá-los.

A conduta, que pode ser praticada por qualquer pessoa (SÁNCHEZ, 2000, p. 168), deve ser dolosa, sendo que há divergência doutrinária acerca do tipo de dolo (PITOMBO, 2003; SILVEIRA, p. 34).

4.2. Dispensa de Licitação e Crimes de Responsabilidade

O artigo 89 da Lei 8.666/1993 possui a seguinte previsão legal:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público (BRASIL).

Cuida, portanto, em sua primeira parte, “do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei” (ROCHA, 2016, p. 65). As hipóteses que permitem a dispensa encontram-se elencadas nos artigos 17 e 24 da mesma lei e as hipóteses inexigíveis no artigo 25 do mesmo diploma legal.

Em sua segunda parte, prevê a mesma punição para quem não observa as formalidades para dispensa ou inexigibilidade da licitação, que se encontram previstas no artigo 26 da legislação mencionada.

Esse tipo penal pretende preservar a moralidade administrativa e o patrimônio público (ROCHA, 2016, p. 73). Ademais, a conduta deve ser dolosa e conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal deve objetivar causar dano ao erário.

O sujeito ativo do crime é aquele agente público que possui papel decisório no processo licitatório.

Já o decreto-lei 201/67 prevê os crimes de responsabilidade dos prefeitos e seus substitutos, através de condutas dolosas que desviam o interesse público e são julgadas pelo tribunal de justiça dos estados (LOPES).

Analisar-se-á a jurisprudência constitucional.

5. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

5.1. Embargos de Declaração no Inquérito 4.019.

Foram opostos embargos de declaração, aventando-se a ilicitude da prova obtida a partir de busca e apreensão considerando, entre outros motivos, a quebra de cadeia de custódia, em face de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal que recebeu a denúncia formulada pelo órgão acusado pelos delitos previstos no art. 89 da Lei 8666/93 e art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67.

Primeiramente alegou-se a impossibilidade de verificação do zelo com a cadeia de custódia porque não foi acostado aos autos de ação penal a integralidade da busca e apreensão.

Em segundo plano, afirma-se que no auto circunstanciado de busca e apreensão a autoridade descreve o objeto como ‘envelope transparente branco contendo documento de licitação da Prefeitura de Macapá’, mas em um relatório de análise a autoridade afirma que o objeto trata-se de ‘pasta transparente branco (sic) contendo documentos de licitação da Prefeitura de Macapá’. Alega-se, ao final, que as autoridades não estão se referindo ao mesmo item e pode ter havido manipulação da prova.

Em seu voto Dias Toffoli, relator do caso, afirmou a desnecessidade de cópia integral da busca e apreensão, considerando que os elementos que instruíram os autos permitiam a reconstrução histórica dos fatos que estavam contidos na denúncia. Diz ainda que a pretensa manipulação da prova, alegada pela defesa, não possui suporte probatório e seria irrelevante a distinção entre pasta e envelope e entre documento e documentos.

Pois bem. Percebe-se claramente que a Suprema Corte não está atenta a importância de “meros detalhes” das ações penais. Indiscutível, como já demonstrado acima, a importância da descrição com exatidão daquilo que irá ficar sob a guarda das autoridades, justamente para que temas, como o exposto, não sejam objeto de discussão. Ora, não há como negar, seja pela língua portuguesa, ou por fatores jurídicos que há uma diferença clara e relevante entre documento e documentos.

5.2. Inquérito 4.633

Trata-se de decisão de recebimento de denúncia oferecida em desfavor de Lúcio Quadros Vieira Lima, Geddel Quadros Vieira Lima, Marluce Vieira Lima, Gustavo Pedreira do Couto Ferraz, Luiz Fernando Machado da Costa Filho e Job Ribeiro Brandão pela prática dos delitos de lavagem de dinheiro e associação criminosa.

Conforme relatado em Laudo acostado à ação penal, forma encontrados, em imóvel utilizado pelos acusados, a quantia de dinheiro em espécie de cinquenta e um milhão de reais, que encontravam-se acondicionados em malas e caixas. Após exame papiloscópico, foram encontradas fragmentos de digitais de alguns dos acusados.

A defesa alegou quebra de cadeia de custódia da prova porque:

não se indicou o local do imóvel e e quais circunstâncias teriam sido encontrados os elementos acima informados, inclusive o próprio objeto em que teriam sido verificadas as digitais atribuídas ao peticionário. (...) sequer consta do laudo a descrição da peça padrão referente a este requerente (e como foi obtida), que foi utilizada para comparar as impressões digitais. Não houve (...) adequada descrição dos materiais que foram periciados, bem como sua identificação (números de caixas e malas, tamanho, cores, modelos, material de fabricação). (...) o próprio trato com o material apreendido, evidentemente, desfavorece qualquer exame pericial minimamente adequado, até mesmo pelo evidente risco de contaminação.

O ministro Edson Fachin afirmou que não existiam indícios das irregularidades arguidas e observou-se o disposto nos artigos 158 e seguintes do Código de Processo Penal. Disse ainda que a instrução criminal em juízo é o momento adequado para se suscitar as teses.

Novamente a Corte constitucional olvida-se da importância da formulação correta do auto circunstanciado de busca e apreensão, impedindo, assim, a verificação das fontes da prova.

6. Considerações finais

Após breve exposição dos temas abordados, podemos obter uma simples conclusão: a cadeia de custódia busca uma proteção da persecução penal em diferentes aspectos, como por exemplo, a garantia da ampla defesa e contraditório ao sujeito do processo penal, a proteção do Estado para cumprimento de premissas constitucionais, a blindagem dos agentes que cumprem os procedimentos de busca e apreensão com a exclusão de suas subjetividades, entre outros.

Observa-se que aparentemente, de acordo com a jurisprudência selecionada, a corte constitucional brasileira ainda não possui ciência da importância do tema, proferindo decisões que não abordam profundamente o tema.

Desta forma, busca fazer um apelo pelo cumprimento da cadeia de custódia, em especial na busca e apreensão nos delitos econômicos.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; DE ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à lei 9.613/1998, com as alterações da lei 12.683/2012. Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3 ed rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 19 abr 2019.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 abr 2019.

BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm, acesso em 28 abr 2019.

BRASIL. Lei 9.613 de 03 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm, acesso em 28 abr 2019.

Dicionário online de Português. Disponível em <https://www.dicio.com.br/busca/>. Acesso em 19 abr 2019.

FONSECA, Pedro H. C. Lavagem de dinheiro. Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2018.

Inq 4019 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 31-05-2016 PUBLIC 01-06-2016

Inq 4633, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 07-06-2018 PUBLIC 08-06-2018

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

LOPES, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Consultor Jurídico. 16/01/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>, acesso em 10 maio 2019.

LOPES, Hálisson Rodrigo. Breves considerações sobre os crimes de responsabilidade. Disponível e: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10145, acesso em 28 abr 2019.

MPF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 19 abr 2019.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo : Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1 Ed. São Paulo. Marcial Pons, 2014.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Crimes na Licitação. São Paulo : Editora Contracorrente, 2016.

SANCHEZ, Bernardo José Feijoo. Cuestiones actuales de derecho penal económico. B de f, 2009.

SÁNCHEZ, Carlos Aránguez. El delito de blanqueo de capitales: Carlos Aránguez Sánchez; prólogo de Lorenzo Morillas Cueva. Marcial Pons, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte : Editora D'Plácido, 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Direito Penal Econômico : Leis Penais Especiais. Vol. 1. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual pela. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador : Ed. JusPodivm, 2016.

O ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Weider Silva Pinheiro

Johnata Alves de Oliveira

1 INTRODUÇÃO

Arthur Schlesinger Jr. introduziu o termo “ativismo judicial” em um artigo da revista *Fortune* de janeiro de 1947 intitulado *The Supreme Court*. A frase tem sido controversa desde o início. Um artigo de Craig Green, “*Uma história intelectual do ativismo judicial*”, é crítico com o uso de *Schlesinger* do termo. Conforme lembra Barroso (2008) a introdução original do ativismo judicial de *Schlesinger* foi duplamente desfocada: não só ele falhou em explicar o que conta como ativismo, mas também se recusou a dizer se o ativismo é bom ou ruim.

Mesmo antes que esta frase fosse usada pela primeira vez, o conceito geral já existia. Por exemplo, Thomas Jefferson se referiu ao “comportamento despótico” de federalistas juízes federais, em particular.

Cappelletti (1993) define o ativismo judicial como uma “filosofia de tomada de decisões judiciais, segundo a qual os juízes permitem que suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores, guiem suas decisões” (p. 44)

O professor de ciência política, Bradley Canon, postulou seis dimensões ao longo das quais os tribunais de juízes podem ser percebidos

dos como ativistas, os quais foram lembrados por Castro (1997): o majoritarismo, a estabilidade interpretativa, a fidelidade interpretativa, o processo substância / democracia, a especificidade da política e a disponibilidade de um político alternativo.

Costa (2010) argumentou que o ativismo judicial pode ser definido de forma restrita como uma ou mais das três ações possíveis: revogar as leis como inconstitucionais, revogar o precedente judicial e decidir contra uma interpretação preferida da constituição.

Outros têm sido menos confiantes do significado do termo, encontrando-se em vez de ser pouco mais do que uma abreviatura retórica.

Costa (2010) lembrando as palavras do juiz da Suprema Corte Americana, Anthony Kennedy, destacou que “um tribunal ativista é um tribunal que toma uma decisão que não gosta”.

Detratores do ativismo judicial acusam que usurpa o poder dos poderes eleitos do governo ou das agências designadas, prejudicando o estado de direito e a democracia. Os defensores do ativismo judicial dizem que, em muitos casos, é uma forma legítima de revisão judicial e que a interpretação da lei deve mudar com a mudança de horário.

Uma terceira visão, destacada por Eisenberg (2002) é que a chamada interpretação “objetiva” da lei que não existe. Sob este ponto de vista, o uso de qualquer juízo será necessariamente moldado pela experiência pessoal e profissional desse juiz e suas opiniões sobre uma ampla gama de assuntos, desde a filosofia jurídica até a moral e a ética.

Segundo Eisenberg (2002) isso implica uma tensão entre a concessão de flexibilidade (para permitir a dispensa de justiça) e colocando limites nessa flexibilidade (para que os juízes possam julgar por motivos legais, em vez de extralegais).

Alguns defensores de um sistema judiciário mais forte argumentam que o judiciário ajuda a fornecer verificações e equilíbrios e deve se outorgar um papel expandido para contrabalançar os efeitos do majoritarismo transitório, ou seja, deve haver um aumento nos poderes de um ramo de governo que não é diretamente sujeito Para o eleitorado, para que a maioria não possa dominar ou oprimir qualquer minoria particular por meio de seus poderes eletivos (COSTA, 2010)

Outros estudiosos propuseram que o ativismo judicial seja mais apropriado quando restringe a tendência das maiorias democráticas a

atuar por paixão e preconceito, e não depois de uma deliberação fundamentada (BARROSO, 2008)

Além disso, eles argumentam que o judiciário atinge as ações oficiais eleitas e não eleitas, em alguns casos, atos de órgãos legislativos que refletem a visão que a maioria transitória pode ter ocorrido no momento da passagem e não necessariamente a visão que o mesmo órgão legislativo pode ter no Tempo em que a legislação é derrubada (COSTA, 2010).

Além disso, os juízes escolhidos são geralmente nomeados por executivos previamente eleitos para que sua filosofia reflita a daqueles que os nomearam, que um sistema judicial independente é um grande ativo para a sociedade civil, uma vez que os interesses especiais não são capazes de ditar sua versão de constitucional Interpretação com ameaça de parar de doações políticas (BARROSO, 2008).

2 ATIVISMO JUDICIAL

Considerando as observações de Barroso (2008) o ativismo judicial é o ponto de vista de que o Supremo Tribunal e outros juízes podem e devem criar (re) interpretar os textos da Constituição e as leis para servir as visões dos juízes sobre as necessidades da sociedade contemporânea.

Conforme Costa (2010) o ativismo judicial acredita que os juízes assumem o papel de políticos independentes ou de “curadores” independentes em nome da sociedade que vão além do seu papel tradicional como intérpretes da Constituição e das leis. O conceito de ativismo judicial é o oposto polar da contenção judicial.

Os críticos do ativismo judicial, em termos penais, afirmam que subverte o princípio da separação de poderes fundado pelos autores da Constituição. Os juízes frequentemente devem interpretar o que a lei realmente diz, mas muitas vezes são acusados de “ativismo judicial” se sua interpretação parecer ser uma reescrita da lei, especialmente se suas decisões derrubarem ou revisar substancialmente as leis aprovadas pelos legisladores atuais.

Para compreender melhor essa questão e entender o que de fato é o ativismo judicial e como ele é na prática, cabe abordar sobre o papel

do judiciário de modo a entender como funciona o ativismo, dentro desse contexto.

O que vem ocorrendo diuturnamente é um ativismo judicial punitivista no processo penal, sem que a mesma postura ocorra em benefício do acusado.

2.1 O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Entende-se que apenas os limites da discricionariedade podem ser objeto de controle jurisdicional, não a escolha formulada pela Administração dentro do âmbito de liberdade que lhe corresponderia nessa hipótese. A submissão do Estado à ordem jurídica depende de algum controle de tipo jurisdicional dos atos do poder público, isto é, o controle de legalidade por um órgão imparcial e dotado de garantias, mesmo que não exercido necessariamente pelo Poder Judiciário.

Não se pode mais resumir a discricionariedade como ideia feçada de oportunidade e da conveniência do administrador, notadamente quando as definições de políticas públicas afetam direitos fundamentais dos administrados, como a dignidade da pessoa humana. O posicionamento dos tribunais, nesse sentido, tem aumentado consideravelmente nos últimos anos.

A noção de dever favorece o controle jurisdicional do manejo de competências discricionárias. A violação de esse dever de alcançar a finalidade obviamente invalida o ato administrativo praticado no exercício das competências discricionárias.

Levando em conta essas considerações sobre o papel do judiciário, cabe considerar que o ativismo judicial, especificamente na esfera penal, é quando os tribunais não se limitam a interpretações razoáveis das leis, mas sim criam leis.

Conforme Graieb (2008) alternativamente, o ativismo judicial é quando os tribunais não limitam sua decisão à disputa antes deles, mas estabelecem uma nova regra para se aplicar amplamente a questões não apresentadas na ação específica.

Já na visão de Kelsen (2003) o “ativismo judicial” é quando os juízes substituem suas próprias opiniões políticas pela lei aplicável, ou quando os juízes atuam como uma legislatura (legislando do tribunal)

e não como um tribunal tradicional. Ao fazê-lo, o tribunal toma para si os poderes do Congresso, em vez de limitar-se aos poderes tradicionalmente concedidos ao Judiciário.

A este respeito, o ativismo judicial é uma forma de os liberais evitar os meios legislativos regulares de promulgar leis para ignorar a opinião pública e esquivar o debate público.

Conforme Leal (2013) o que vem ocorrendo é que os Juízes criam princípios punitivistas (verdade real, confiança no Juiz do processo etc.), mas desconsideram princípios que já tiveram ampla discussão doutrinária (adequação social e alteridade, por exemplo), argumentando que a aceitação social e a doutrina não podem alterar/revogar as disposições legais, especialmente as normas penais incriminadoras.

2.2 O BERÇO DO ATIVISMO JUDICIAL

O berço do ativismo Judicial é os Estados Unidos, onde os tribunais tanto estaduais quanto federais – frequentemente se envolvem em ativismo judicial. Um dos principais exemplos disso é a recente decisão da Suprema Corte da Califórnia em casos de casamento, em que quatro juízes da Suprema Corte (que são nomeados, não eleitos) anularam unilateralmente a vontade do povo do estado da Califórnia e legalizaram o casamento gay (KELSEN, 2003)

A Proposição 22, que reconheceu a definição tradicional de casamento, já havia sido posta em prática pela maioria dos eleitores da Califórnia, mas isso não impediu os juízes liberais do tribunal de atuar. Em resposta, a maioria dos eleitores da Califórnia aprovou a Proposição 8, que alterou a Constituição da Califórnia para defender a santidade do casamento (KELSEN, 2003)

Deve-se considerar conforme lembra Barroso (2008) que o Ativismo judicial não deve ser confundido com a dos tribunais constitucionalmente. Uma regra obrigatória na aplicação de limitações sobre o poder do governo e preservar a estrutura constitucional de governo. O ativismo judicial pode ocasionalmente ter um impacto positivo, embora este impacto possa ser mais bem alcançado por outros métodos.

2.3 ATIVISMO JUDICIAL NO AMBITO PENAL

Entende-se por ativismo da justiça o poder utilizado por um juiz, para tomar decisões sobre vários assuntos com base em sua opinião dentro das diretrizes legais gerais. Trata-se de agir em certas circunstâncias, de acordo com o julgamento pessoal. O ativismo judicial, dessa forma é o exercício de julgamento por um juiz ou tribunal baseado no seu julgamento pessoal e guiado pelos princípios da lei. A discricção do Ministério Público refere-se às diversas opções disponíveis para um promotor ao processar um caso criminal. No Direito Penal e no delito penal, a discricionariedade pode ser entendida como a capacidade de distinguir entre o certo e o errado, suficiente para responsabilizar alguém pelas próprias ações (VERBICARO, 2018)

O Judiciário não tem atuado de forma proativa desde a independência, mas assumiu tal papel de maneira plena somente após a proclamação da emergência em 1975. O tribunal às vezes agiu de maneira muito prudente e fez uma escolha muito bem informada. Governando pelo bem-estar do povo. No entanto, os vereditos nem sempre foram sujeitos a uma aceitação fácil por parte das pessoas e, em numerosos casos, enfrentaram problemas de implementação. Na última década, a introdução do PIL ajudou a combater muitos problemas públicos. No entanto, nos últimos anos, verificou-se que os vereditos dos tribunais enfrentaram muitas críticas e atuaram no judiciário. No geral, o ato do judiciário é que o bem-estar é uma benção, mas o ativismo judicial não deve chegar a um ponto em que se torne excessivo e viole a doutrina da separação de poderes minando o legislativo e o executivo.

O mais recente incidente de Ativismo Judicial pelo Supremo Tribunal foi na Disputa Sabarimala, onde o tribunal determinou que as mulheres de todos os grupos etários deveriam ser permitidas dentro do Templo Sabarimala sem qualquer restrição, de modo a não violar os direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Este veredicto também enfrentou muitos problemas de implementação, pois até agora nenhuma mulher entrou devido a prolongados protestos de pessoas e até mesmo das autoridades do templo. A tarefa da legislatura e do executivo foi reduzida pelo judiciário por esse julgamento.

O recente incidente da Seção 497 do Código Penal Indiano no caso de *Joseph Shine v. União da Índia*, onde o tribunal superior considerou que a Seção 497 IPC criminalizando o adultério é inconstitucional sendo violadora do direito à privacidade sob o artigo 21 da Constituição. O tribunal agiu de forma muito proativa, onde deveria ter deixado o cargo para a legislatura para decidir o que é crime e o que não (LEAL, 2012).

Não muito apreciada sentença da Corte Suprema de Navtej Singh Johar contra a União da Índia, ela descriminalizava a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo que violava os direitos fundamentais do indivíduo (Seção 377, IPC). Este julgamento, de acordo com alguns grupos, foi um ato de Ativismo Judicial, pois estas são as tarefas do Legislativo e não do Judiciário (LEAL, 2012).

3 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No final dos anos 1970, iniciou-se no Brasil um lento processo de abertura política. Esse processo culminou em manifestações populares nos anos 80 em favor de uma Constituinte, sendo a mais expressiva a “Diretas Já”. Em decorrência dessa pressão, em fevereiro de 1987 é instalada a Assembleia Nacional Constituinte cujo trabalho fez emergir o texto da Constituição Brasileira de 1988, um documento que tem como um dos seus principais objetivos, previstos nos seus Princípios Fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, consolida o Estado Democrático de Direito no plano jurídico e a dignidade da pessoa humana. Vitória Sulocki (2007), ao tratar do tema “Polícia e Políticas Democrática”, faz a seguinte observação: A sociedade democrática se constrói no cotidiano das práticas sociais, políticas e jurídicas. Qualquer atuação das instituições que se faça a margem da Lei Maior traz, no mínimo, uma grande incoerência com o sistema jurídico positivado nesta.

Parte-se do entendimento que nos dias atuais não se consegue perceber esta sociedade de direito agindo ativamente, pois a simples declaração do Estado Democrático não concretiza os anseios básicos de um povo, visto que para se ter democracia faz-se necessário meio, políticas e instrumentos para efetivá-la, o que está faltando no momento. Sobre

o assunto, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2004, p. 90) explica: “[...] o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os moldes liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História”. O pleno funcionamento do Brasil é tema de discussão entre os estudiosos do assunto, e até mesmo no seio da sociedade, que clama pela dignidade, igualdade e liberdade tão mencionadas pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, é possível afirmar que um Estado Democrático de Direito é aquele que os princípios previstos na Constituição Federal são amplamente respeitados.

Salienta-se, ainda, o fato de que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. A preocupação com a proteção aos direitos humanos no âmbito regional se fundamenta sobre a universalização dos direitos humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem competência para receber petições e demais comunicados por parte de Indivíduos, Estados e grupos diversos que denunciem violações de direitos humanos. Foi exatamente o que ocorreu, quando se originou a petição apresentada em 26 de dezembro de 2000, pelas organizações Rede Nacional de Advogados Populares e Justiça Global em nome dos membros das organizações Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA) e Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON).

Na demanda, a Comissão solicitou à Corte declarar que o Estado é responsável pela violação dos artigos 8.1 (Garantias Judiciais), 11 (Proteção da Honra e da Dignidade), 16 (Liberdade de Associação) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos – e ao dever de adotar medidas de direito interno, previstos, respectivamente, nos artigos 1.1 e 2 do referido tratado, também em consideração às diretrizes emergentes da cláusula federal contida no artigo 28 do mesmo instrumento. A Comissão requereu à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.

Sendo assim, se um Estado sancionado por descumprir com suas obrigações será rechaçado no âmbito internacional pela Comissão

que enviará um relatório contendo as violações promovidas pelo Estado para todos os países signatários da Convenção. Ademais, essa sanção será publicada no relatório anual e, além disso, poderá incluir no relatório publicado orientações para que o Estado cumpra a fim de enquadrar-se nos dispositivos da Convenção Interamericana (GUERRA, 2002).

A Constituição Federal do Brasil no título dos princípios fundamentais, logo no seu artigo 1.º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana, tratada pelos constitucionalistas como valor axiológico central do Estado Democrático de Direito, insculpido no artigo 1.º, *caput*. Em um Estado que se pretenda “democrático de direito”, é conceitual de que o mesmo para sê-lo, deve buscar a proteção dos direitos fundamentais bem como dos direitos humanos, sendo evidente, que todo o sistema normativo deve ser relido de acordo com a nova ordem constitucional, sendo que em tal modelo de Estado é uma marca que deve haver o protagonismo dos direitos fundamentais sobre as razões de Estado, pois é justamente nos direitos fundamentais que as razões de Estado encontram seus mais rígidos limites. Sarlet (2018, p. 28) aponta a dignidade da pessoa humana como intimamente vinculada aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, afirmando que se trata de: “[u]m dos postulados sobre o qual se assenta o direito constitucional contemporâneo”.

Nesse sentido, em uma sociedade democrática as instituições públicas devem atuar de forma democrática, dentro do âmbito de validade da Constituição. Bandeira de Mello (1998, p. 268) afirma que “na medida em que suas instituições e prática estejam voltadas a este feito transformador, caberia qualifica-los como Estados em transição para a democracia”.

Essa afirmação pode ser constatada pela própria disposição topográfica dos títulos da Constituição Brasileira de 1988, onde, de forma inédita, o Título II trata dos direitos e garantias fundamentais e o Título III trata da Organização do Estado, ou seja, os direitos e garantias fundamentais aparecem de forma prévia à organização do Estado, o que é coerente em uma constituição democrática e em um Estado democrático de direito, isto é, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, antecedem as razões de Estado (BRASIL, 1988)

Fato é que a Constituição ao constituir a República Federativa do Brasil em um “Estado democrático de Direito” no seu artigo 1.º, *caput*, e definir a “dignidade da pessoa humana” como princípio fundamental, elevado pela doutrina constitucionalista a “valor axiológico central” no inciso III do mesmo artigo e ainda estabelecer um rol extenso de direitos e garantias fundamentais no artigo 5.º, tratados como cláusulas pétreas imodificáveis pelo processo de emenda, promove uma verdadeira ruptura Constitucional com regime autoritário, impondo o regime democrático que passa assim a permear todo o sistema jurídico (BARROSO, 2017, p. 42).

Em que pese limitações naturais e críticas possíveis, o sistema de garantias proposto por Ferrajoli (2016) apresenta ainda um potencial transformador ao exercício concreto da persecução criminal brasileira. O resgate da dupla base normativa (convencional e constitucional), orientada pelo estado de inocência, desde que levado a sério na (re) fundação jurídica do sistema de investigação preliminar, encontra na justa causa uma importante baliza contramajoritária. Uma investigação autoritária regida por uma mentalidade altamente inquisitiva, em regra se funda no protagonismo das razões de Estado em detrimento dos direitos fundamentais. Um desses sintomas é o reconhecido princípio do *in dubio pro societate* que sequer possui qualquer previsão legal e, por uma construção autoritária de grande parte da doutrina e jurisprudência, é apontado como sendo um dos que rege a investigação preliminar.

Faz-se necessária, assim, a existência de elementos constitucionais e normativos que possibilitem novas práticas, harmonizadas com o ideal democrático, com o Estado de Direito que, como tal, deve perseguir a tutela de direitos fundamentais, ou realmente somente são possíveis novas práticas diante de um novo Código de Processo Penal, por exemplo, cujo costuma tramitar por décadas no Congresso Nacional, sendo certo que, muitas vezes, até mesmo um novo Código também não é adequado à Constituição Federal e precisa ser interpretado constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa no artigo 5.º, inciso LV, não é nada restritiva ao usar a expressão “acusados em geral” e não somente “acusado”, o que poderia levar a uma interpretação restritiva de ser

somente aquele que responde a uma ação penal em juízo ou a ideia de processo. Para José Afonso da Silva (2017) o direito de defesa deriva do contraditório, trazendo a ideia de “informação e reação”, no sentido de que seria por meio dele que o acusado teria a necessária ciência da acusação, podendo assim preparar a sua defesa. Aury Lopes Júnior (2018) complementa afirmando que o direito ao contraditório no sentido de que o mesmo pode ser dividido nas dimensões de reação e informação. A reação consistindo no direito de participar da produção probatória resistindo à pretensão da acusação e tendo todas as suas alegações avaliadas pelo julgador, o que exige um diálogo e paridade de armas. O direito à informação é a garantia de que o réu não será surpreendido, como regra, pela produção surpresa de provas. Para sua efetiva participação processual é necessário que tome conhecimento, em regra prévio, do ato da parte contrária a fim de oferecer sua reação em contraposição.

Vale destacar que a Corte Americana tem apresentado influência no Brasil até os tempos atuais, ficando conhecida no mundo como *Miranda Rights*, também chamado de *Aviso de Miranda*, na jurisprudência pátria, como referente aos direitos do acusado em permanecer em silêncio e não produzir prova contra si mesmo. Esse ativismo judicial pode ser justificado na jurisprudência brasileira atual, com o controle de constitucionalidade, em sede de jurisdição constitucional, por meio da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que vem sendo usado para, em verdadeiro ativismo judicial, efetivar direitos fundamentais.

Diante do exposto, chamamos a atenção para a existência desse ativismo judicial já perceptivo em jurisprudências pátrias que tem como base uma corte americana de importância significativa para o atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, em níveis que vão além das instâncias do seu país, devendo-se, considerar, ainda, o contexto social brasileiro que tanto se assemelha ao americano desse período, com nítida seletividade do Direito Processual, enfatizando-se o Penal, onde prevalece a desigualdade, seja ela racial, de gênero, de classe ou de renda.

É óbvio que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser limitados e flexibilizados. Todavia, restringir os direitos fundamentais

só é permitido quando compatível com os ditames constitucionais e desde que sejam respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nos últimos tempos, tem havido numerosos casos em que o judiciário tem agido de forma muito dinâmica e ativa para se aprofundar no domínio da legislação. Às vezes, torna-se uma questão de debate se esse papel hiperativo do Judiciário está violando a “doutrina da separação de poderes”, ou seja, o executivo, o legislativo e o judiciário executando suas respectivas tarefas e também mantendo um cheque. A função primordial do Judiciário é considerada “resolução de disputas” que, em várias ocasiões, excede essas funções e passa para a “legislação judicial”. E quando isso excede o dever e os poderes consagrados nos tribunais, como ‘Superação Judicial’.

Conforme Leal (2012) o Estado Constitucional sofreu várias alterações até a sua conformação como Estado Democrático de Direito, alterando-se, também, nos distintos momentos, a noção de Constituição, até que fosse reconhecida como norma jurídica, com caráter imperativo e cujos comandos podem ser protegidos judicialmente no caso de serem desrespeitados.

Diante deste novo contexto o Poder Judiciário passou a ocupar uma posição de destaque na sociedade, decidindo sobre questões fundamentais, que até então eram reservadas às instâncias políticas tradicionais (Legislativo e Executivo).

Assim Leal (2012) explica que a judicialização é um fenômeno bastante complexo que ganha força, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, quando a política passou a se confundir com o direito diante da amplitude de conteúdos abrangidos pela Carta Magna, alargando, também, as margens interpretativas da jurisdição constitucional. Ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele resolva conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição.

Deste modo, pode-se afirmar que, na judicialização da política, há uma certa transferência de decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o poder Judiciário, conforme se destaca Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política social estão sendo decididas por Órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias polí-

ticas tradicionais, o Congresso Nacional e o Poder Executivo em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

O fenômeno, que se caracteriza por uma transferência de poder para juízes e tribunais, tem várias causas, e para se consolidar depende de um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias (LEAL, 2012).

Desta maneira, a judicialização é derivada de um processo histórico inerente ao constitucionalismo democrático, baseada em distintos fatores. Sua central reside no protagonismo do Poder Judiciário que passa a decidir sobre questões fundamentais da sociedade, que até então eram reservadas as instâncias políticas tradicionais (Legislativo e Executivo).

Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Alguma delas expressa uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Outro conceito igualmente importante para a compreensão do grande destaque do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, nos dias atuais, é o de ativismo judicial.

Embora o fenômeno da judicialização tenha muitos aspectos em comum com o ativismo, eles não devem ser confundidos.

O termo ativismo é empregado no âmbito da Ciência do Direito para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos, mas em termos de conceito mais genérico, pode ser associado a ideia de transformação “normativa e social pela via de solução de casos concretos pelo Judiciário.

Conforme o entendimento de Leal (2012) caracteriza-se por uma participação mais destacada do Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais, interferindo na esfera de atuação dos demais poderes e manifestando-se através de diferentes práticas, tais como: a aplicação direta da Constituição a situações não previstas expressamen-

te em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do poder legislativo baseada em critérios mais flexíveis de violação da Constituição; a determinação de comportamentos ou de abstenções ao Poder Público.

No panorama atual, verificam-se tribunais que interferem e decidem, dentre outras coisas, sobre políticas públicas e sobre quais os direitos devem prevalecer sobre outros em casos de conflitos, o que conduz ao que se convencionou chamar de ‘ativismo judicial.

Essa posição dinâmica na apreciação de temas de alta repercussão por parte do Judiciário surge como uma necessidade para a proteção aos direitos fundamentais. O próprio ambiente democrático despertou a cidadania, permitindo a conscientização da população acerca de seus direitos e facilitando o acesso à Justiça na busca da concretização de seus interesses.

Portanto, o Judiciário está muitas vezes exercendo o papel do Poder Legislativo que não atendeu as demandas sociais, às vezes até mesmo por medo de se comprometer com uma posição.

A legislação infraconstitucional também deixa muito a desejar, possui muitas falhas e omissões e diante disto o Supremo Tribunal Federal tem que se pronunciar. Assim, o ativismo em tempos atuais é um instrumento necessário para a sociedade moderna. Sua função pretende desde permitir a concretização dos direitos fundamentais até distribuir justiça social (BARROSO, 2008).

O ativismo proporciona a consciência de um Estado Democrático de Direito, consagra uma nova importância ao constitucionalismo, realça os reais valores da Constituição, garante acesso ao judiciário, preserva e oportuniza o exercício dos direitos e garantias fundamentais, efetiva o sistema de freios e contrapesos, entre outros.

Apesar de todos os pontos positivos do ativismo, faz-se necessária a prudência e deve-se analisar também, com cautela, as críticas existentes. A primeira crítica diz respeito aos riscos para a legitimidade democrática e reporta-se ao fato de os membros do Poder Judiciário não ser agentes públicos eleitos. Não obstante, realiza um poder político, invalidando decisões dos outros poderes, o que é considerado na teoria constitucional como dificuldade contra majoritária.

Os críticos argumentam também que há intromissão do poder judiciário nos demais poderes da república, ferindo de morte o princípio da separação e harmonia entre os poderes, bem como o estado democrático e a separação harmonia entre os poderes.

Outra crítica refere-se ao risco de politização da Justiça, tendo em vista a estreita relação existente entre direito e política o que facilitaria escolhas tendenciosas ou partidarizadas.

Percebe-se que o Poder Judiciário possui um papel fundamental no atual modelo de Estado e, apesar de as práticas auto compositivas serem importantes e ideais para determinados conflitos, não são a solução para todas as demandas, de forma que não se pode abrir mão do Judiciário. Existem conflitos que não podem ser tratados através de alternativas auto compositivas, seja pelo fato de haver uma diferença muito grande entre as partes (diferença esta que o mediador não consegue compensar), seja pelo fato de não haver algo em comum entre elas.

Nesse sentido, existem, também, limites à mediação (enquanto principal forma auto compositiva de solução de conflitos) e, nestes casos, há a necessidade de atuação do Judiciário para solucionar tais conflitos. Isto ocorre especialmente nos casos que envolvem a proteção/concretização de direitos sociais por parte do Estado. Estas relações, em razão da diferença existente entre os indivíduos e o Estado (além do próprio conflito em si, que envolve direitos fundamentais) não são mediáveis e há a necessidade de intervenção do Poder Judiciário (COSTA, 2010).

Portanto, ao mesmo tempo em que há a necessidade de atuação jurisdicional nesses casos, se critica esta mesma atuação, taxando-a, muitas vezes, de ativista, por envolver discussões que são, via de regra, de natureza política. Então, quando se impõe ao Judiciário a pecha de “ativista”, em razão de estar atuando na seara política, discutindo-se, a partir daí, se este poder estaria invadindo a competência dos demais e, com isto, violando a teoria da separação de poderes, não se pode perder de vista que isto ocorre em razão de algo maior e anterior a esta atuação da crise do Estado.

Conforme Leal (2012) é esta crise do Estado, que não cumpre com suas funções, que tem exigido uma atuação mais proativa por parte do Poder Judiciário. Isto porque o Estado não tem cumprido, nem mes-

mo, com suas funções básicas, previstas na Constituição. Nesse sentido, o Judiciário, enquanto poder que é detentor da função de guardião da Constituição acaba tendo que atuar, a fim de que não seja declarada a morte da lei maior do Estado.

4 O ATIVISMO JUDICIAL EM PORTUGAL

Conforme Almeida (2013) o Tribunal Constitucional português, principal ator judicial encarregado da aplicação da constituição nacional, desempenhou um papel ativo na política interna nos últimos dois anos.

Um exemplo de ativismo Judicial no que se refere a Corte Portuguesa é a política de redução do salário dos funcionários públicos que começou na Lei do Orçamento de 2011, sob o governo anterior e em um momento em que Portugal ainda não solicitou um resgate. Os cortes de 2011 foram aplicados a funcionários públicos cujo rendimento mensal ultrapassasse € 1.500 e variou progressivamente de 3,5%, para 10%.

Conforme Almeida (2013) o Tribunal decidiu que esses cortes iniciais não eram inconstitucionais porque o governo estava sob pressão para reduzir a despesa pública e manteve uma ampla margem de discricção política para escolher um caminho para atingir esse objetivo.

Almeida (2013) lembra que a questão da igualdade levantada pelos cortes salariais no período de 2011-2013 foi se eles operavam uma distribuição igual do fardo econômico criado pela austeridade. O Tribunal tomou o sistema progressivo de imposto sobre o rendimento como referência para a igualdade neste domínio e perguntou quais os motivos que justificam a adoção da via alternativa de redução dos salários dos funcionários públicos.

Segundo Almeida (2013) o único motivo que encontrou foi a vantagem pragmática dos cortes salariais em relação à tributação no esforço de redução do déficit público. Esta razão faz, evidentemente, o caso dos cortes de pagamento tanto contingentes quanto fracos, tornando inteligível o julgamento de 2013 que reduziu consideravelmente a margem do governo para insistir nesta política no futuro. O Tribunal

não quis dizer ao menos três razões muito mais fundamentais de equidade distributiva para sustentar as medidas.

O julgamento que as decisões do Tribunal falharam pelas normas de equidade relevantes, que refletem uma concepção errada da igualdade, é um julgamento de substância. Uma falha diferente da jurisprudência é de natureza formal: sua imprevisibilidade.

No entanto, conforme Almeida (2013) em questões como se o aborto deveria ser criminalizado, se os casais homossexuais devem ser banidos da adoção da criança, se o governo deve subsidiar esta ou aquela atividade econômica, ou se o nível atual de redistribuição de renda através da tributação é adequado, uma política democrática é naturalmente dividida.

E é claro que os juízes do Português ou qualquer outro Tribunal Constitucional, que são cortados do mesmo tecido que os restos da cidadania também discordam sobre essas questões de princípio. Como esses desentendimentos são resolvidos? Muito simplesmente, nos termos exatos em que os desentendimentos no Parlamento ou em uma eleição são resolvidos: regra da maioria (ALMEIDA, 2013).

Conforme Almeida (2013) a revisão judicial é muitas vezes descrita como uma força contra majoritária em uma democracia, uma derrogação da regra da maioria. De fato, os juízes liquidam seus desentendimentos através da votação também.

Por isso, na visão de Almeida (2013) a crise em Portugal é um aspecto de uma crise europeia mais ampla e sua eventual superação está inextricavelmente ligada à questão do destino da Europa. A crise abriu uma fissura dentro da zona do euro entre países devedores e credores que evoluiu para um atrito entre o sul e a Europa do Norte.

Nesse contexto, o que está em jogo é um pouco mais do que a capacidade do Governo de honrar os compromissos internacionais de Portugal e evitar o cenário assustador de um segundo resgate. O interesse em si também é o futuro da regra de direito praticada no país. Como destaca Almeida (2013) uma coisa é criticar o ativismo judicial em questões de finanças públicas ou elogiar a virtude de autocontrole na adjudicação constitucional e outra bem sugerindo a restrição da jurisdição do Tribunal para avaliar a validade de certas leis ou incentivar a Vil prática de embalá-lo com oportunistas, cínicos ou simplórios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial pode ser descrito melhor como decisões que são guiadas pelas decisões pessoais ou interesses políticos do juiz individual. Por exemplo, em vez de aplicar estritamente a lei, o juiz toma uma determinação que inclui sua própria posição sobre as questões do caso.

O ativismo judicial ocorre sempre que o judiciário derruba uma ação das filiais populares, sejam elas estatais ou federais, legislativas ou executivas.

Na realidade, em observância as considerações realizadas sobre o ativismo judicial no Brasil e em Portugal, pode-se considerar que ele descreve decisões judiciais suspeitas de serem baseadas em considerações pessoais ou políticas, e não em leis existentes.

Já a restrição judicial encoraja os juízes a limitar o exercício de seu próprio poder. Os juízes devem hesitar em derrubar as leis, a menos que sejam obviamente inconstitucionais, embora o que considera obviamente inconstitucional é em si mesmo uma questão de algum debate.

Detratores do ativismo judicial argumentam que usurpa o poder dos órgãos eleitos de governo ou agências designadas, prejudicando o Estado de direito e a democracia. Defensores dizem que, em muitos casos, é uma forma legítima de revisão judicial e que as interpretações da lei devem mudar com os tempos.

Conclui-se através dessa pesquisa que um olhar superficial sobre a prática dos tribunais internacionais mostra que os tribunais internacionais podem ser muito criativos e capazes de ampliar consideravelmente o escopo e o alcance de sua jurisdição e as regras que lhes são confiadas para interpretar.

Uma vez que isso compreensivelmente vem ao preço da limitação do critério dos outros atores, parece interessante considerar se a dinâmica entre os tribunais internacionais e os atores direta ou indiretamente preocupados com suas atividades pode ser enquadrada em termos de ativismo judicial e restrição judicial, já que tem sido o caso de experiências semelhantes no contexto das leis domésticas.

Assim, pode-se considerar que duas características são importantes e parecem emergir dessas várias definições. O ativismo judicial às vezes é definido por referência a uma certa concepção implícita da relação entre

os ramos judiciais e políticos. Mais precisamente, os juízes são considerados ativistas quando faltam deferências para os ramos políticos e julgam as questões que normalmente são reservadas a esses ramos políticos. Na segunda abordagem, o ativismo judicial é definido de forma a implicar certa concepção da maneira como o judiciário deve conduzir o que é indiscutivelmente concebido como seu próprio “negócio”.

Em nenhum dos casos, no entanto, temos critérios autossuficientes para operar a suposta distinção de forma rigorosa. É certo que, Há pouco espaço para o desacordo sobre o fato de que os juízes estão lá para resolver os casos que lhes são submetidos com base na lei. Mas o que precisamente a resolução legal dos casos implica em termos de relação entre lei e política ou a condução adequada do “negócio” judicial varia de acordo com a concepção geral de lei que se detém.

Porém, parece que o ativismo judicial só pode ser definido de forma altamente contextualizada.

Essa pesquisa permitiu tirar uma conclusão provisória de que as considerações formais nunca são descartáveis do papel dos juízes e a influência real que os juízes acabam tendo em qualquer sistema legal depende do ambiente em que eles trabalham, a recepção de suas decisões e vários outros parâmetros examinados acima. Isto é particularmente verdadeiro no direito, onde a delimitação de poderes é notoriamente pouco clara. A abordagem sugerida também explica um paradoxo aparente, ou seja, o poder relativamente significativo dos juízes em um sistema em que a lógica estrutural do jogo de normatividade não parece, à primeira vista, deixar muito espaço para um poder judicial verdadeiramente influente.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA Ribeiro, Gonçalo, Judicial Activism Against Austerity in Portugal (November 4, 2013). *Int'l J. Const. L. Blog*, Dec. 3, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008.

BRASIL, Senado Federal. *Constituição da república federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.
- COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; Iuperj/Faperj, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. La logica del diritto: dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen. Gius. Laterza & Figli Spa, 2016.
- GRAIEB, Carlos. A calma é só aparente... Agora adeptos do “ativismo judicial”, os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político. *Revista Veja*, Edição 2075, de 27 de agosto de 2008.
- GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos Direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade. *Nomos*, v. 32, n. 2, 2012.
- KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002
- LEAL, Mônia Clarisse Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente “un” o “el” activismo?. In: *Estudios Constitucionales*, ano 10, n. 2, 2012.
- LOPES JR, Aury. Direito processual penal. Editora Saraiva, 2018.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 57-70, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreria. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 8, p. 131-142, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: Na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*. Porto Alegre, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. revista e atualizada (até a EC 95, de 15.12. 2016). São Paulo: Malheiros, 2017.
- SULOCKI, Vitória Amélia de BCG. Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 24, p. 98, 2007.
- VERBICARO, Loiane Prado. A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate hart e dworkin. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 1, p. 133-158, 2018.

CRIMINAL PROFILING: ANÁLISE TEÓRICA E PRÁTICA DE UM NOVO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA O BRASIL

Gianfranco Faggin Mastro Andréa

Henrique Alencar Fiorentino

Juliana Moreira Camargo

INTRODUÇÃO

O cerne do ser humano como incerteza científica confere diferentes vertentes ao ramo investigativo do Direito Penal, envolvendo matérias multidisciplinares, tais como a psicologia jurídica e a medicina legal. Em conjunto a estas matérias, como meio utilizado para dirimir investigações através da redução de suspeitas, o *Criminal Profiling* é a análise psicológica de um delito onde se desconhece sua autoria.

Conforme se depreende da matéria psíquica e biológica, o homem como ser multidimensional, enseja ao seu perfilamento uma abordagem multifatorial. Neste sentido, a matéria do *Criminal Profiling* reúne em si a multidisciplinariedade dos ramos que detém o ser humano como objeto de estudo e aplica por meio de sua equipe de profissionais de áreas distintas, contrastes padronizados na cena investigada, na qual se desconhece a autoria do delito para apontar um perfil criminoso e dirimir as atividades investigativas.

Mas não é só. As atividades de um *profiler* não se abstém à matéria preliminar da investigação e suas técnicas se estendem aos

interrogatórios e demais produções de provas necessárias à acusação. Consequentemente, sustenta-se em tese a diminuição dos erros judiciários por condenações indevidas e absolvições injustas.

O *Criminal Profiling* é ferramenta auxiliar no combate à criminalidade e relacionado estritamente com a segurança jurídica do direito, pois ainda permite sua aplicação ontológica (positivista) e deontológica (filosófica de direito ideal à sociedade). Portanto, a matéria abordada, deveras complexa, assim como o objeto de seu estudo (psique humana), é festivamente aplicada no direito penal americano pelo FBI. Razão pela qual, inspira a presente pesquisa a promover estudo que visa disseminar essa tecnologia investigativa no sistema presente no Brasil. Neste diapasão, visa-se explorar as personalidades humanas, contrastando-as com os crimes violentos, com os crimes hediondos e a técnica obtida pelo estudo da matéria do *Criminal Profiling*.

A metodologia utilizada para a pesquisa foi a de revisão bibliográfica, bem como o método dedutivo, porquanto se parte de observação geral para explicar características de um objeto específico.

Por fim, o estudo foi dividido em três partes: na primeira busca-se familiarizar o leitor com uma prévia apresentação da figura do *Criminal Profiling*. Após, ingressa-se na construção teórica desse instrumento, para na última parte demonstrar sua possível aplicação prática, inclusive como modelo para o sistema inquisitório brasileiro.

1 CRIMINAL PROFILING: uma prévia apresentação

O homem em sua existência, porta consigo características íntimas, hereditárias, biológicas, psicológicas e sociais do ambiente em que se insere. Nesse ínterim, o homem inevitavelmente está sujeito às interações sociais e suas consequências, principalmente diante da complexidade multidimensional da sociedade (SIMAS, 2012, p. 15).

A resistência – desobediência, diga-se de passagem – às normas formadas para vias da manutenção do bem comum (normas jurídicas positivadas), caracteriza-se como crime. Segundo Tânia Konvalina: essa conduta desviante deve ser encarada numa esfera multidimensional, em razão da complexidade humana (SIMAS, 2012, p. 15).

Daí porque, o *criminal profiling* baseia-se nas seguintes perspectivas: a) personalidade do autor; b) significado do ato; e, c) o contexto do ato. Ainda, Konvalina festivamente leciona no sentido de que a abordagem multifactorial dá ênfase aos elementos biológicos, psicológicos e sociais separadamente, e concomitantemente articulados, ensejando uma profunda compreensão individual de cada aspecto subjetivo e objetivo do crime. Entrementes, qualquer abordagem científica que se subtraia destes aspectos, são baseados em lacunas, por desconsiderar a complexidade que se atém a figura humana (SIMAS, 2012, p. 16).

Ademais, tem-se que essa ciência investigativa é a busca pelo perfil do criminoso por meio das características subjetivas: impressas no nexo causal (contexto do ato), no material genético (biológico: objetivo), e na cena que se encontra instalado o crime consumado (aspecto psicológico). Assim sendo, a relação triangular supramencionada, através de considerações dimensionais objetivas, como por exemplo, a posição em que o corpo da vítima foi abandonado (no caso de um homicídio), enseja sob o perfil determinadas qualificações; ou, o método utilizado para consumação do crime, em suas nuances exprimem a psique do agente criminoso, assim como o da vítima; e, também o resquícios de materiais genéticos (ao aspecto biológico), como prova àquele que futuramente será capturado. Destarte, considerar esse triângulo é sumariamente importante para a efetiva formulação do perfil daquela investigação, e consolidação do perfil a ser perseguido (SIMAS, 2012, p. 16).

O objeto de estudo do *criminal profiling* consiste na forma endógena e exógena do agente criminoso, que em sua atuação deixa sua expressão objetiva e subjetiva ao crime cometido, como se sua digital fosse.

Com efeito, mediante metodologias que serão apresentadas adiante, permite-se ao investigador, por caráter eliminatório, o início de seu trabalho investigativo. Isso pois, descartará as hipóteses não previstas na conclusão do *profiler*. Desse modo, o *criminal profiling*, é acessório ao cumprimento dos dispositivos processuais de persecução criminal.

Além disso, depreende-se da relação havida entre a ciência penal e a investigativa, como a obrigação do *profiler* em informar o

sistema judiciário na avaliação do perfil psicossocial do agressor, bem como na avaliação psicológica dos objetos encontrados com os suspeitos e a realização de instrução policial e demais agentes investigativos no proceder com os suspeitos, a fim de melhor aproveitar a colheita de informações necessárias para a instrução do instrumento primordial do processo penal que é o inquérito policial. Tudo isso em consonância com os aspectos de matéria biológica, psicológica, social e com atenção as normas de direito penal e constitucional (SIMAS, 2012, p. 20).

2 CRIMINAL PROFILING: Teoria

Estabelecida a familiarização com a temática, cabe – a partir deste momento – apresentar todo o aporte teórico que sustenta a figura do *criminal profiling*.

2.1 O que é o *Criminal Profiling*?

De partida, afigura-se medida de rigor estabelecer o conceito de *criminal profiling*: “the concept of criminal profiling is defined and described as a technique whereby the probable characteristics of a criminal offender or offenders are predicted based on the behaviors exhibited in the commission of a crime” (KOCISIS, 2006, p. 1).⁶

Assim sendo, tal ciência preocupa-se em definir as prováveis características de um ou mais criminosos, através da maneira em que se consumou o crime. Outrossim, o nexo de causalidade, a materialidade do delito, e seus demais elementos, revelam prováveis características que auxiliarão aos investigadores na perseguição de modo assertivo. De fato, os suspeitos com o perfil revelado pelo crime recebem maior atenção na investigação.

Entretanto, é relevante diferenciar-se essa ciência das demais que se objetivam perfilar outros objetos, como raça, etnia, perfis psicológicos, etc (KOCISIS, 2006, p. 3). Esta ciência encontra-se fundamenta-

6 O conceito de *criminal profiling* está definido e descrito como uma técnica pela qual as prováveis características de um criminoso ou criminosos são prognosticadas baseadas nos comportamentos desvelados na comissão do crime (Tradução livre dos autores).

da na perfilagem criminológica do agente ativo de um delito, e embora seja vertente da psicologia, não deve ser encarada em seu ofício como um trabalho clínico psicológico, isso porque conforme supracitado, na análise clínica psicológica, o profissional científico possui a presença do paciente, sendo que no *criminal profiling* se traça a perfilagem do “paciente”/ criminoso por meio de seus comportamentos estampados na materialidade do crime. Destarte, o nexos causal, o meio de operação, a cena do crime (se tiver), etc, são os objetos de prognóstico dessa ciência. Percebe-se que todos os aspectos materiais do crime são encarados como traços psicológicos.

Tal ciência facilita o trabalho investigativo, porque atua sobre evidências psíquicas deixadas pelo criminoso na cena do crime, eliminando possíveis suspeitos que não se enquadram naquele perfil. E, além disso, viabiliza a promoção da segurança jurídica tanto sob o aspecto acusatório, quanto sob o direito de defesa do acusado

Há fomento da seguridade jurídica, pois diminui os riscos de existir condenações injustas, ou absolvições indevidas, e facilita, ainda, na reintegração social do indivíduo, pois seu estudo evidencia também as possíveis patologias psíquicas que sofre o criminoso. Destarte, essa ciência não só atua preliminarmente, mas se reflete em todas as fases processuais do processo penal.

2.2 Direito Comparado: *Federal Bureau of Investigation* – FBI e Investigações Criminais no Brasil

Segundo *site* institucional do FBI:

The FBI's investigative authority is the broadest of all federal law enforcement agencies. The FBI has divided its investigation into a number of programs, such as domestic and international terrorism, foreign counterintelligence, cyber crime, public corruption, civil rights, organized crime/drugs, white-collar crime, violent crimes and major offenders, and applicant matters. The FBI's investigative philosophy emphasizes close relations and information sharing with other federal, state, local, and international law enforcement and intelligence agencies.

A significant number of FBI investigations are conducted in concert with other law enforcement agencies or as part of joint task forces (JUSTICE, 2000).⁷

Além disso, o Sistema de Justiça Norte Americano dos EUA, atua delimitando competências investigativas em grupos multidisciplinares, como pode-se notar no TWGCSI, que se define como:

The Technical Working Group on Crime Scene Investigation (TWGCSI) is a multidisciplinary group of content-area experts from across the United States, from both urban and rural jurisdictions, each representing his or her agency or practice. Each of these individuals is experienced in the area of crime scene investigation and evidence collection in the criminal justice system from the standpoints of law enforcement, prosecution, defense, or forensic science (JUSTICE, 2000, p. 5).⁸

De outra parte, no Sistema de Justiça Brasileiro, o departamento investigativo criminal funda-se também de modo indicativo, promovendo exames sobre a matéria resultante do delito. Como exemplo, tem-se o ramo da medicina legal, contando com peritos, legistas, que analisam a cena do crime, ou seus objetos, indicando à justiça as conclusões acerca da idade da vítima, causa de seu falecimento, lesões corporais (se simples ou se grave), etc (CROCE; CROCE JU-

7 A autoridade investigativa do FBI é a mais ampla de todas as agências federais de aplicação da lei. O FBI tem dividido suas investigações em uma série de projetos, tais como terrorismo nacional e internacional, espionagem estrangeira, crime cibernético, corrupção pública, direitos civis, crime organizado/tráfico de drogas, crime de colarinho branco, crimes de violência e principais infratores, e matérias solicitadas. A filosofia investigativa do FBI enfatiza relações próximas e troca de informações com outros federados, Estados, regiões, e agências internacionais de inteligência e aplicação legal (tradução livre dos autores).

8 Tradução livre dos co-autores: O *Technical Working Group on Crime Scene Investigation* (TWGCSI) é um grupo multidisciplinar de peritos especialistas de todos os Estados Unidos, de ambas jurisdições urbana e rural, cada um representando seu ofício ou sua agência. Cada um desses indivíduos é experiente na área de investigação da cena do crime e coleta de evidências ao sistema de justiça criminal sob a perspectiva da aplicação legal, acusação, defesa ou ciências forenses

NIOR, 2012).

Outrossim, no Brasil tem-se uma organização análoga a do sistema de Justiça Norte Americano dos EUA, porém não tão específico como tal. Nossos peritos condensam-se na caracterização da materialidade do crime, sendo que a autoria incumbe ao investigador de polícia – Delegado – mediante a abertura de inquérito policial. Por outras palavras, o Brasil apenas serve-se de equipes de investigação voltadas à reunião de evidências de crimes, sendo os delitos de criminosos desconhecidos de responsabilidade do agente policial por meio de processo administrativo investigativo (inquérito policial), ao contrário do que será visto adiante, quando explorar-se as especificidades do *criminal profiling* utilizado pelo FBI.

No sistema investigativo brasileiro, pouco se tem da utilização de mecanismos investigativos no sentido da perfilagem criminal ante a ausência de autoria.

2.3 Contribuições da Medicina Legal na Análise Comportamental do Autor do Crime para Elaboração do Perfil Criminal

A medicina legal como ciência voltada à reunião de evidências atinentes aos corpos – as pessoas e objetos utilizados – presentes no crime, a fim de promover sustentação às acusações, defesas, julgamento (exercício da justiça penal), em largo passo tem contribuído com o desenvolvimento científico. Nesse campo, pode-se encontrar a classificação de perfis psicológicos dos criminosos e vítimas, bem como suas possíveis patologias (CROCE; CROCE JUNIOR, 2012).

Inicialmente, tem-se por classificação o perfil psicológico normal e anormal, que segundo CROCE e CROCE JUNIOR, verifica-se através das classificações das doenças psiquiátricas, ou seja, se aquele comportamento específico estiver classificado como sendo o de uma doença psicológica, aquele agente analisado é considerado como anormal. Essa ciência, destarte, conceitua comportamentos que causam perturbação à ordem social, classificando-os entre aceitáveis e patológicos.

A classificação psicológica presente na medicina legal viabiliza ao investigador meios conclusivos e maior assertividade, pois conhe-

cimentos científicos atestados e incontroversos norteiam conclusões acuradas.

Mas não é só. Ainda sobre a matéria, existem classificações relativas às toxicomanias, que abordam alterações comportamentais pela utilização de medicamentos, ou entorpecentes.

Ademais, acrescenta-se, ainda, ponderações em respeito aos aspectos endocrinológicos e psicológicos do agente, considerando-se os sentimentos provenientes do sistema límbico existentes entre a vítima e o criminoso na comissão de delito passional ou privilegiado. Desse modo, visualiza-se a contribuição da medicina legal para a ciência do *criminal profiling*.

Por derradeiro, englobam-se em seu corpo de estudo a análise cadavérica da vítima, nos casos de crime de homicídio indicando os tipos de lesões, temperaturas sofridas pelo corpo antes e posterior ao falecimento, causas da morte, como asfixia, envenenamento, tortura, por explosivos, etc (CROCE; CROCE JUNIOR, 2012).

Essas classificações indicativas, extraídas do exame cadavérico, informam aos profissionais de perícia o *modus operandi* do criminoso. A coleta dessas evidências são cruciais para a elaboração do provável perfil do autor do delito, facilitando a investigação por parte do *criminal profiling*. Portanto, a medicina legal é complementar ao *criminal profiling*.

2.4 *Criminal Profiling* e a Psicologia Jurídica

A psicologia jurídica, por sua vez, exerce um papel muito importante na obtenção do perfil criminal do autor do delito quando no exercício do *criminal profiling* por meio de suas classificações comportamentais. Nesse ínterim, Emilio Mira y López leciona que as personalidades psicopáticas se classificam em mitômana, histérica, explosiva, compulsiva, esquizoide, cicloide, perversa, astênica e instável (LÓPEZ, 2013). Passa-se a analisar cada uma delas:

2.4.1 Personalidades Psicopáticas

a) *Mitômana*: segundo LÓPEZ:

o tipo de personalidade mitômana, confabuladora ou pseudo-lógica se encontra caracterizado pelo predomínio e riqueza de

suas confabulações... estes tipos de mitômanos passam por pessoas de grande fantasia e pouca vontade, que vivem de ilusões e são amigas de fazer enredos. O que essencialmente as caracteriza, no entanto é sua reduzida capacidade de autocrítica refletida, em virtude da qual seu juízo de realidade se deixa vencer facilmente pelas aparências internas, projetando-as no plano da realidade exterior (2013, p. 299).

Destarte, as pessoas que possuem essa personalidade vivem em um mundo subjetivo, imaginativo, e confundem as projeções internas com a realidade externa, são vítimas de suas próprias mentiras.

b) Histórica: parecida com a anterior, a personalidade histérica também emerge do mundo subjetivo, imaginário, entretanto se diferencia em razão da inconstância das emoções percebidas, motivadas por essa introspecção descontrolada. O mesmo autor supramencionado, sustenta que a pessoa portadora desta personalidade não possui a capacidade de diferenciar o mundo real do imaginário, e atua preponderantemente de modo dramático, intenso em suas emoções, sendo superficial e volátil conforme as emoções que o ambiente lhe proporciona (LÓPEZ, 2013).

c) Explosiva: por sua vez, ainda conforme LÓPEZ (2013), a característica dessa personalidade é demonstrada através de comportamentos violentos, resultantes do acúmulo de sentimentos. O descarrego dessas emoções acumuladas é imprevisível, e leva ao agente, em certos casos extremos, o esquecimento das atitudes que tomou enquanto durava aquele ápice emocional. Outra característica dessa personalidade é a pacificidade de quem a possui, que de modo surpresa, rompe a neutralidade e se exalta extravasando tudo que manteve retido.

d) Paranóide: a personalidade paranoide caracteriza-se:

pela falta de lógica e neles se vê desde o primeiro momento, ou se depreende, a influência de um profundo desequilíbrio afetivo, o paranoide produz, ao contrário, à primeira vista, a impressão de ser antes de tudo um indivíduo raciocinante em alto grau e amigo até o exagero da verdade e da justiça. No entanto, na prática de sua vida, continuamente infringe os princípios que pretende defender [...] (LÓPEZ, 2013, p. 306).

Nesse sentido, os paranoides são contraditórios consigo mesmo, defendem princípios morais e éticos, mas desvirtuam-se em suas práticas, auto justificam-se, porém, baseados em mentiras dirigidas a si mesmos.

e) Compulsiva: o tipo de personalidade compulsiva se caracteriza através de uma dupla via de pensamento, o portador dessa personalidade crê que em si habitam duas personalidades, há um confronto de pensamentos, e há a escolha entre o que é considerado o mais racional. O tipo compulsivo é expresso também por seu comportamento de busca pela perfeição, porém ao passo de sua perseguição, quanto mais emprega valores éticos e morais, mais se fada ao fracasso de alcançá-los, pois nunca lhe é o suficiente. O agente portador dessa personalidade nunca se contenta consigo mesmo (LÓPEZ, 2013).

f) Esquizóide: a personalidade esquizoide se determina por comportamentos avessos e ilógicos dos usuais, os portadores dessa personalidade são pessoas que se comportam como se vivessem em um mundo completamente alternativo da realidade. São sensíveis a determinados estímulos psicológicos, porém são indiferentes a este. São pessoas contraditórias, pois sentem sentimentos profundos, mas expressam constantemente a indiferença (LÓPEZ, 2013).

g) Ciclóide: o inverso da anterior, a personalidade cicloide apresenta-se mais sociável, prepondera a característica extrovertida, adapta-se ao ambiente em que se insere e é mais amigável e intenso em suas relações. Difere-se do histérico porque não é superficial e dramático, não tem postura infantil e não se influencia com facilidade. Além disso, nota-se nessa personalidade alternância entre a hiperatividade e depressão, e preponderância em comportamentos mais maduros (adultos). Embora o portador dessa personalidade seja sociável e se adapte a qualquer ambiente, ele sofre com estados depressivos momentâneos e profundos (LÓPEZ, 2013).

h) Perversa ou amoral: A psicopatia perversa ou amoral é uma patologia acometida pelas pessoas que carecem das barreiras do superego ou, em outro termo, das barreiras da moralidade. Essas pessoas não encontram em si motivos lógicos que lhe impeçam de cometer delitos, não valorizam os comportamentos sociais como limites de convivência, apenas se excitam e praticam o delito sem sequer haver sombra dos reflexos que seus atos ocasionarão. Dessa forma, inexiste em perfis

psicopáticos amorais arrependimento, isso porque não compreendem a antijuridicidade do ato que decidem praticar, por essa razão são considerados inimputáveis (LÓPEZ, 2013).

2.4.2 Características de um Psicopata Perverso

Segundo destaca a Revista Brasileira de Psiquiatria, são características de um perfil psicopata perverso:

1) loquacidade/charme superficial; 2) auto-estima inflada; 3) necessidade de estimulação/tendência ao tédio; 4) mentira patológica; 5) controle/manipulação; 6) falta de remorso ou culpa; 7) afeto superficial; 8) insensibilidade/falta de empatia; 9) estilo de vida parasitário; 10) frágil controle comportamental; 11) comportamento sexual promíscuo; 12) problemas comportamentais precoces; 13) falta de metas realísticas a longo prazo; 14) impulsividade; 15) irresponsabilidade; 16) falha em assumir responsabilidade; 17) muitos relacionamentos conjugais de curta duração; 18) delinquência juvenil; 19) revogação da liberdade condicional; e 20) versatilidade criminal (MORANA; STONE; ABDALLA FILHO, 2006, p. 76).

O ponto mais importante na personalidade do psicopata é sua ausência de culpa e o modo como opera para obtenção do que deseja, calculadamente e friamente, completamente ausente do sentimento de culpa, ou de ponderações acerca das consequências sociais que seu desejo (no caso delito) trará.

Desse modo, um psicopata possui propensão ao crime, e por inúmeras caracterizações de *serial killers*, obtém-se a indicação desses perfis. Suas evidências marcadas na cena do crime revelam suas características na prática do *criminal profiling*, como será visto adiante.

2.4.3 Loucura, Crime e Violência

Viu-se anteriormente que ausência de limites morais, como a falta de culpa são característicos de uma personalidade psicopática perversa (LÓPEZ, 2013). Na sequência, viu-se que ainda é controverso e filosófico delimitar o significado do que seja a normalidade. A loucura

por sua vez, conforme supramencionado nos dizeres de Emilio López é todo o comportamento classificado como anormal.

Entretanto, há aqueles que padecem de limites pela falta das barreiras morais do ego e superego e de maneira estimulada por suas emoções e pensamentos internos, cometem atos criminosos sem o reflexo de sua ilicitude. Daí decorrem os crimes ocasionados pela loucura (CROCE; CROCE JUNIOR, 2012).

Um psicopata possui consigo a impulsividade e a falta de controle emocional, o que lhe proporciona violência, pois nenhum valor emocional de reprovação o impedirá de cometer o ato que premeditou por seus desejos. Destarte, via de regra, os crimes cometidos por *serial killers* o são por pessoas psicopatas (MORANA; STONE; ABDALLA FILHO, 2006).

O *criminal profiling* como ciência investigativa, visa traduzir as evidências coletadas no estudo da cena de um crime, com prováveis perfis e classificações psicológicas, a fim de auxiliar na elucidação da investigação da autoria do delito, e por conseguinte sua acusação, defesa e julgamento.

2.4.4 Efeito Lúcifer (Quem pode se tornar um homicida)

Esse efeito deriva da história bíblica do cristianismo, que relata a queda de um anjo chamado por “o portador da luz”, que pervertido pelos pecados foi banido do reino celestial e condenado eternamente.

No âmbito da psicologia isso relata simbolicamente o evento em que um ser considerado normal, atua de maneira anormal, ultrapassando as barreiras morais como se psicopata fosse. Em poucas palavras, qualquer ser “normal” que não tenha manutenção de suas necessidades básicas físicas e mentais, é capaz de ultrapassar as barreiras de seus “eus” e incorporar o fenômeno psicológico denominado efeito Lúcifer, cometendo atos anormais e até mesmo delituosos. Isso porque, o corpo forma-se estruturado através do sistema nervoso, comandado pelo cérebro. Neste mesmo órgão reside um sistema hormonal denominada libido e esse sistema emite por todo corpo hormônios através das glândulas endócrinas (CROCE; CROCE JUNIOR, 2012). Essas substâncias biológicas são produzidas conforme os pensamentos

que são maquinados pelo sistema psicológico – mente, e afetam diretamente o comportamento do ser humano independentemente de sua personalidade típica (LÓPEZ, 2013).

Nesse sentido, quando um ser racional, normal, se expõe a situações em que obriga o seu sistema límbico à produção de hormônios indicativos pelo instinto de auto-defesa, promovidos pela fome, perigo ou outra forte emoção, podem provocar colapsos nervosos, causando o descontrole emocional e conseqüentemente a comissão de uma conduta ilícita.

O que diferencia esse efeito da irracionalidade é que a última consiste num estado de ser permanente, onde o agente acometido permanece no estado patológico carecendo de tratamentos vitalícios, enquanto que o primeiro encontra-se em um estado psicológico temporário, que após terapias ou até mesmo medicamentos pode retornar ao seu estado mental natural (LÓPEZ, 2013).

Portanto, qualquer ser racional exposto a condições desumanas, imorais, extravagantes, que de certa forma o força a romper as barreiras do ego e superego, promove em sua psiquê o efeito Lúcifer, que é a perda do controle emocional e a comissão de atos anormais, que podem ser típicos ou atípicos pelo sistema penal brasileiro.

3 CRIMINAL PROFILING: Prática

Estabelecido o aporte teórico, cumpre agora compreender a questão prática do *criminal profiling*, conforme se observa a seguir.

3.1 Aplicação da Análise Comportamental na Investigação Criminal

A cena do crime é resultado de um ato cometido por um agente criminoso, que por razões e circunstâncias desconhecidas se desvirtuou dos comportamentos convencionais da sociedade. Nesse aspecto, quando o ato é cometido o criminoso expressa suas características psicológicas através da configuração do crime. Esses traços são apurados pelos profissionais multidisciplinares que compõem os grupos de investigação criminal (JUSTICE, 2000, p. 26-27).

3.1.1. Análise da Cena do Crime

De acordo com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, o método investigativo divide-se basicamente em 4 etapas:

- a) arriving at the Scene: Initial Response/ Priorization of Efforts;
- b) Preliminary Documentation and evaluation of the scene; c) Processing the Scene; d) Completing and Recording the Crime Scene Investigation (JUSTICE, 2000, p. 9).

a) Etapa nº 1: *Arriving at the Scene: Initial Response/ Prioritization of Efforts* – que traduzido significa, a Chegada na cena: Atuação Inicial/ Priorização de diligências. Nessa primeira instância de investigação, o guia investigativo leciona que um dos mais importantes aspectos de segurança da cena do crime é preservar a cena do mínimo de contaminação e interferência das evidências físicas. A atuação inicial em um incidente deve ser célere e metódica. Após a chegada, os agentes devem avaliar a cena e tratar a ocorrência como uma cena de um crime (JUSTICE, 2000, p. 11).

Outrossim, na primeira etapa é importante ao agente investigativo total atenção às evidências deixadas na cena do crime, desde sua chegada até sua saída, ponderando a presença dos objetos deixados como indicativos psicológicos e avaliando se há uma cena criminal além daquela em evidência. Além disso, é relevante que na chegada ao local verifique se há segurança aos agentes antes de iniciar os procedimentos investigativos. Nessa etapa há a avaliação preliminar e a tomada de medidas a fim da preservação da cena, como a instalação de faixas, cones etc.

Destarte, esta etapa da metodologia investigativa é no sentido, também, de ponderar a existência de risco para as pessoas que estão trabalhando na cena do crime, ou daquelas que estão a sua volta. Nessa etapa, deve ser considerado o ambiente em que se instala o crime, se é um local que possibilita contágio biológico, ou se há a presença de combustíveis propensos à explosão durante e depois da investigação, e outros fatores que comprometam o bem-estar físico das pessoas fisicamente envolvidas com a cena do crime (JUSTICE, 2000, p. 11-18).

b) Etapa nº 2: A segunda etapa por sua vez, consiste, em síntese, na avaliação da cena em que se percebe o crime, determinando o tipo do delito e o nível de investigação a ser conduzida. Caminhar por toda a cena, objetivando a avaliação de todas evidências físicas e psíquicas, com cautela, utilizando-se de meios hábeis a não contaminar a cena em seu aspecto físico e psíquico. O procedimento envolve a metodologia prática que consiste na utilização de protetores aos sapatos, materiais para coleta de substâncias genéticas, interrogatório com pessoas presentes no local, determinação do número de cenas daquele delito, estabilizar o controle de entrada e saída do local periciado, determinar e requerer investigações adicionais sobre evidências coletadas, manutenção da integridade da cena, etc (JUSTICE, 2000, p. 19 -21).

Em suma, a segunda etapa consiste na avaliação sob um aspecto geral, onde os investigadores realizam o “*walk-through*”, que é a caminhada pela cena, avaliando e preservando evidências, a fim de viabilizar sua análise profunda. Além disso, a colheita de depoimentos de pessoas que ainda se encontram presentes na cena, como suas informações de endereço, parentesco, etc., traduzindo-os em prova escrita para possível interrogatório futuro.

c) Etapa nº 3: A terceira etapa da investigação consiste na definição da equipe de pesquisa que irá atuar sobre o incidente. Nas anteriores houve o reconhecimento da cena, sua preservação e avaliação preliminar, a seguir, nesta etapa há a definição dos profissionais especializados naquele incidente para então se prosseguir a sua análise. A avaliação da cena do crime determinará o número de pessoas e quais responsabilidades irão exercer durante a investigação. Além disso, a preservação da segurança da cena, bem como da integridade dos agentes, ainda é prioridade nesta etapa, onde de maneira cautelosa, os agentes de investigação tomam as medidas necessárias para não se contaminar com possíveis materiais, e não desvirtuar a integridade física e psicológica da cena.

Em seguida, pela avaliação do tipo da cena criminal é determinado a espécie de documentação necessária para o seu processamento e perfilagem criminal. Nesse sentido, priorizam-se a coleta de evidências que em razão de fatores naturais brevemente sofrem perecimento.

O procedimento nesta etapa consiste em avaliar a necessidade de pessoas adicionais; avaliar as necessidades forenses e chamar espe-

cialistas para a cena do crime que demandar expertise específica ou equipamento; preservar a segurança dos agentes e das pessoas que se envolvem indiretamente com a cena do crime, bem como preservar as evidências físicas e psíquicas do delito; documentar o número de investigadores, selecionar investigadores capazes ao caso, a fim de coletar perfeitamente as evidências; limitar o número de acesso das pessoas diretamente envolvidas na cena; utilizar mecanismos de proteção contra contaminação; utilizar somente utensílios descartáveis quando na coleta de materiais biológicos; inventariar evidências físicas e psicológicas; fotografar completamente a cena, as evidências, as vítimas, pessoas envolvidas e perspectivas adicionais; documentar anotações, etc (JUSTICE, 2000, p. 23-28).

O procedimento e a prática da terceira etapa da investigação criminal é a tomada das medidas grosso modo, onde os agentes entram em contato direto com as evidências, não mais de maneira somente avaliativa como viu-se nos procedimentos anteriores, mas a fim de coletá-las enviando-as ao laboratório de pesquisa.

d) Etapa nº 4: Esta etapa consiste na reunião de todas informações acerca da cena do crime. Em suma, determina-se quais evidências foram coletadas, quais profissionais e quais pessoas foram envolvidas na investigação. Reúnem-se os especialistas a fim de identificar qual a medida técnica ideal a ser prosseguida, e inicia-se a próxima etapa prática (JUSTICE, 2000, p. 29-32).

O fim da última etapa investigativa deixa o estudo sobre a cena do crime como exclusividade e passa a exercer outras atividades investigativas, como o procedimento de interrogatório das pessoas que ainda eram presentes na cena quando houve a chegada da equipe investigativa, ou daquelas que indiretamente tiveram contato com a cena ou com a vítima, seja por sua aproximação ou por seu abandono posterior ao crime, ou ainda, a perícia sobre materiais genéticos evidenciados na cena e sua comparação com o banco de dados registrados no sistema público de segurança (JUSTICE, 2000, p. 31-32).

Portanto, a última etapa investigativa é a conclusão dos agentes acerca dos próximos procedimentos, bem como o registro de todo o estudo realizado sobre o local em que se instaurou o crime. Todas essas etapas servem como arsenal probatório que posteriormente, com a

captura do autor do delito, servirão de fundamento de acusação, defesa e subsidiará o julgamento.

3.1.2 Montagem do Perfil Criminal de um Homicida

Após a reunião de todas as evidências, inicia-se o trabalho do profissional de *Criminal Profiling*, que através de dados já caracterizados pela repetição e vínculos confirmados, firmam os aspectos psicológicos da cena do crime. Isso porque, assim como uma pessoa expressa sua personalidade através de seus comportamentos, a cena do crime expressa a personalidade de quem a produziu mediante configurações evidentes e tênues.

Os trabalhos iniciais de investigação começam com o envio de uma equipe multidisciplinar à cena do crime para coletar as evidências. Essas evidências são reunidas e avaliadas sob um aspecto geral e específico que revelam configurações mentais e indicativas de uma provável personalidade. Através dessa avaliação é possível mensurar os prováveis comportamentos que o homicida tem e os que a vítima teve ao se enquadrar no seu perfil preferido.

Ponderam-se, em seguida, todas as evidências por meio de um questionário que desenvolvido por Pinizzotto e Finkel, baseando-se em conhecimentos empíricos, como o estudo sobre a mente criminoso, técnicas forenses de investigação criminal, psicologia jurídica, etc., vinculam os fatos aos comportamentos do criminoso, bem como a sua personalidade. Como etapa seguinte, concluem pelos comportamentos do criminoso, antes, durante e após a comissão do delito, enquadrando-o em um provável perfil (KOCSIS, 2006).

Portanto, o *Criminal Profiling*, consiste nesta avaliação multidisciplinar de evidências físicas e psíquicas, como respostas de um enquadramento resultado de estudos teóricos e empíricos reduzidos a um questionário, de maneira a indicar os prováveis comportamentos do criminoso e seu provável perfil psicológico.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, tem-se que o *Criminal Profiling* é uma ciência que atua sobre a cena do crime, estudando as evidências físicas

e psíquicas como um todo, traduzindo-as em comportamentos e perfis psicológicos por meio de uma metodologia de enquadramento. Embora seja ramo da psicologia, não se confunde com as práticas clínicas, pois baseia-se sobre a cena do crime, e não sobre um paciente. Sua atuação promove respeito a todos os princípios constitucionais de Direito Brasileiro embora não seja empregado como método de pesquisa forense no Brasil.

A despeito dos crimes, elucida ao investigador se há a presença de múltiplas cenas criminais, que é a ocorrência de mais de um crime, ou se há a presença de mais de uma personalidade comportamental através das evidências colhidas. Além disso, percebe por suas avaliações a proporção da culpabilidade do agente criminoso, se agiu com dolo, culpa, etc.

O *Criminal Profiling* é uma ferramenta elucidativa para o sistema de justiça criminal, pois sustenta a acusação, defesa e julgamento. Promove a verdade por meio da aplicação multidisciplinar e empírica de conhecimentos e traça os comportamentos criminais de uma sociedade através da análise dos crimes que se instalam nesta. Portanto, como ferramenta de investigação, promove respeito à dignidade do ser humano e ao Estado de Direito e, principalmente, serve como garantia à segurança jurídica e a busca da verdade real.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal: Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, República Federativa. *Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro: Decreto-Lei nº 3.914/41*. Brasil: Poder Legislativo, 1994.

CROCE, Delton, e Delton Croce JUNIOR. *Manual de Medicina*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: A dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

INVESTIGATION, Federal Bureau of. *What are the primary investigative functions of the FBI?* s.d. Disponível em: <https://www.fbi.gov/about/faqs/what-are-the-primary-investigative-functions-of-the-fbi>. Acesso em: 23 out. 2019.

SIMAS, Tânia Konvalina. *PROFILING CRIMINAL: Introdução à Análise Comportamental no Contexto Investigativo*. Letras e Conceitos, Ltda., 2012

JUSTICE, U.S. Department of. *Crime scene investigation: A guide for law enforcement*. Washington D.C.: National Institute of Justice, 2000. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178280.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2020.

JUSTICE, U.S. Department of Justice; INVESTIGATION, Federal Bureau. *Serial Murder: Pathways for Investigations*. 2000. Disponível em: <https://www.fbi.gov/file-repository/serialmurder-pathwaysforinvestigations.pdf/view>. Acesso em: 17 mar. 2020.

KOCSIS, Richard N. *Criminal Profiling: Principles and Practice*. PHD. Totowa, New Jersey: Human Press Inc, 2006.

LÓPEZ, Emílio Mira Y. *Manual de Psicologia Jurídica*. 3º edição. São Paulo: VidaLivros, 2013

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral - Arts. 1º a 120 do CP*. 16º edição. São Paulo: Atlas, 2000.

MORANA, Hilda C. P; STONE, Michael H; ABDALLA FLHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, 2006.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro. *Domínio Público MEC*. 2009. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp091504.pdf>. Acesso em: 1 out. 2019.

ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral - 4º Ed. Rev.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANÁLISE DE UM CRIME: A DEFASAGEM DA TECNOLOGIA NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA EM RELAÇÃO À CRIMINALIDADE

Carolina Prado

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa nasceu de um olhar crítico a um evento criminoso ocorrido em setembro de 2018 na cidade de Bauru, interior de São Paulo. Em um contexto de imersão à tecnologia, analisar esse distanciamento entre os dotes da Segurança Pública, para enfrentar o Crime, o organizado e até mesmo o não, é impossível não sentir o impacto da diferença.

Neste sentido, os próximos blocos trarão o desenrolar da pesquisa de forma a demonstrar essa diferença partindo do crime escolhido, para a situação geral da Segurança Pública e, não obstante, a situação geral do Crime organizado.

De forma pormenorizada, são narrados os fatos passados no crime em questão, a dinâmica da ação planejada da quadrilha, além da descrição dos artefatos bélicos e tecnológicos que detinham em poder para a realização e o sucesso de tal prática. Bem como, já inicia o debate sobre a investigação pós fato e os elementos inicialmente apurados.

Obviamente, há necessidade de relatar também a situação da Segurança Pública, focada aqui neste ponto em especial, na Polícia Militar, considerada linha de frente do combate ao crime, seus dotes tec-

nológicos e bélicos. Expondo o armamento disponível à força militar e seus problemas e o que dizem especialistas sobre isso, como exemplo, a 7ª Edição do Fórum Nacional de Tecnologia e Inovação na Segurança Pública e o que ocorreu lá neste sentido, não é difícil imaginar a infinidade de limitações enfrentadas.

Por fim, uma exposição final desse raciocínio indutivo que classifica como defasado o poder tecnológico – e até mesmo bélico – da Segurança Pública, tendo em vista a mesma análise do Crime organizado vivenciado hoje.

Para tanto, utilizasse de método técnico científico hipotético indutivo, de pesquisa bibliográfica e informativa, com procedimento descritivo e abordagem qualitativa do problema.

1 O CRIME ORGANIZADO E BAURU - SP, EM SETEMBRO DE 2018.

O que foi enfrentado nessa data e apresenta perigo diário para a sociedade, até mesmo dentro das unidades prisionais brasileiras é o chamado crime organizado. Hierarquizado, regrado e comandado com muita disciplina, este que por muitos é chamado até mesmo de Estado Paralelo, não só pela característica organizacional como se exporá mais a frente, é um elemento que vem acompanhando o crescimento da modernidade e com ela, adquirindo forças para o sucesso de suas ações.

Buscando definir a ação do crime organizado propriamente dito, o que se pode obter é algo como um crime cometido por organizações criminosas, dentro de uma estrutura hierarquizada e funcionalizada. E é em virtude disso, que a repressão e o combate a esta modalidade criminosa é tão complexa e importante, além de levantar tantas indagações. A dificuldade do combate às organizações criminosas também se verifica pelo fato das mesmas utilizarem de estrutura e forma de atuações semelhantes às do Estado e seus agentes, às vezes, se utilizam até da própria estrutura do Estado, através da corrupção. Portanto, o combate a tais associações pode significar para a entidade estatal uma perseguição a si mesmo, outro grande e complicado problema. (RODRIGUES, 2015).

Ainda neste aspecto “Estado Paralelo”, há outra motivação para o nascer dessa expressão, como bem colocado por Felipe Madeira (2009) a seguir:

Através da simpatia dos moradores pobres, o crime organizado obtém, inclusive, poder político. É inegável o poder de voto presente na grande massa de moradores de favela no Rio de Janeiro, e em alguns casos, [...] as facções criminosas chegam a colocar participantes diretos no poder. O princípio é simples: de forma alguma o governo estaria disposto a lidar com um traficante. Mas com um presidente de uma associação de moradores, com certeza não haveria problema algum. Sabendo disto, o crime organizado utiliza estes representantes das comunidades como ferramentas para obter verbas e benfeitorias que convenham à atividade criminosa. Possuindo o apoio destes líderes comunitários, o Comando Vermelho possui meios de conseguir, indiretamente, benefícios do governo. Como nada relacionado ao crime é feito de forma pacífica, a oposição é simplesmente eliminada. Sabe-se de diversos casos em que estes líderes comunitários, ao recusarem colaborar com os traficantes, acabaram sendo assassinados a sangue frio e substituídos por outros que aderissem aos seus interesses. (MADEIRA, 2009).

Por conseguinte, o domínio desses territórios compreendidos nas favelas e áreas mais pobres é assumido pelos criminosos, que dominam inclusive a vida social da população, assumindo até obrigações socioculturais que deveriam ser realizadas pelo Estado, mas não são. Partindo deste pressuposto, este fenômeno passou a ser encarado como o surgimento de uma espécie de “Estado Paralelo”. (LEAL; ALMEIDA, 2012).

E toda essa estrutura integrante do Crime organizado e fornecida pelo mesmo aos moradores desamparados é conquistada principalmente pelo aspecto financeiro. Neste ponto observa-se incontáveis meios de se obter esse poder financeiro, mas os principais objetos de obtenção de lucro, são sem dúvida as diversas modalidades de tráfico.

Fora o aspecto financeiro e social do cenário do crime organizado brasileiro, ainda se inclui a globalização. Uma internacionalização dos crimes, especialmente nas fronteiras, por exemplo, com o Paraguai, Bolívia, Peru, Colômbia, etc. Entre as imprescindíveis características do crime organizado atualmente, pode-se destacar o aspecto global como uma das principais. Notadamente, nos últimos anos, as atividades criminosas ultrapassaram as divisas entre os Estados-Membros da União e sem seus limites obtiveram uma maior abrangência como espaço de atuação, além disso, as organizações criminosas contraíram relações para além das limitações fronteiriças do próprio país. Com isso diversas práticas ilícitas ultrapassaram o Brasil e se estabeleceram em âmbito internacional, instituindo uma cadeia de relacionamento monstruosa que pode transgredir até mesmo os limites marítimos. (SANTIBANEZ, 2012).

Santibanez (2012) perfaz seu entendimento sobre a internacionalização dos crimes organizados, citando tráfico de drogas, de armas, de pessoas e de órgãos além de crimes como lavagem de dinheiro, falsificações e fraudes sendo os principais que acontecem de forma globalizada, movimentando segundo dados da UNODC (Organização das Nações Unidas para o Controle de Drogas e Prevenção do Crime), bilhões de dólares anualmente.

Adentrando esse contexto, é mais fácil analisar o acontecimento do dia 05 de setembro de 2018, na cidade de Bauru, interior de São Paulo. Onde houve o que chamaram de roubo do ano.

Uma quadrilha com diversos integrantes e muito bem estruturada decidiu assaltar a agência do Banco da Caixa Econômica Federal, no centro da cidade e fizeram isso com carros blindados, *drones*, alta tecnologia de comunicação, armamento de porte grande, entre diversos outros artifícios que revelam um poder tecnológico e armamentista muito grande do crime organizado.

“Segundo a Polícia Federal, que ficou responsável pelas investigações, pelo menos 20 homens participaram da ação. Eles chegaram ao local com ao menos 08 veículos blindados.” (G1, 2018).

A dinâmica do roubo foi planejada aos detalhes, uma parte da quadrilha atacou as agências dos bancos do Bradesco e do Itaú, as quais se encontram próximas à agência da Caixa Econômica Federal, enquanto

outra parte já iniciava o roubo nesta última. Esses dois primeiros bancos, apenas as portas foram danificadas, alarmes disparados, e consequentemente, a Polícia acionada, desviando então para a ocorrência real do roubo na agência da Caixa Econômica Federal. (AGUIAR, 2018).

Além disso, foi colocado fogo em um carro também na mesma rua, o que se afirma juntamente com o ataque as agências do Bradesco e do Itaú, ser apenas para dispersar a Polícia e viabilizar o assalto ao banco da Caixa Econômica Federal que a consumação já havia iniciado.

A porta foi explodida e o conteúdo de um cofre esvaziado, funcionários em primeiro momento estimaram ao menos o valor de R\$ 10.000.000 (dez milhões de reais) no conteúdo do cofre, entre reais, dólares e pedras preciosas. (CARVALHO, 2018).

Enquanto o caos se instalava na região central de Bauru - SP, *drones* em poder da quadrilha sobrevoavam as redondezas do assalto para verificar e apontar quando a Polícia chegasse, e na chegada desta, a sofisticação deste crime se mostrou mais uma vez imponente ante a Segurança Pública.

Ao chegar e constatar o que estava acontecendo, a Polícia se deu conta da força do inimigo que estava enfrentando, fuzis, metralhadoras com capacidade de derrubar aeronaves, carros blindados, coletes a prova de balas e um posicionamento técnico montado pronto para se iniciar os disparos. O tiroteio durou cerca de uma hora, mas não houve feridos.

Este ocorrido mudou a rotina da cidade por alguns dias. Dezenas de homens fortemente armados travaram troca de tiros com a Polícia durante cerca de uma hora, explodiram o banco e fugiram com o conteúdo milionário de alguns cofres. Os criminosos se utilizaram de um *drone* para monitorar o policiamento na região durante a execução do fato. Nos primeiros momentos pós o crime, o grupo acabou abandonando alguns dos carros blindados em cidades da região. (LIBORIO, 2018).

1.1 Investigação

Diante deste crime onde as forças policiais se veem tão limitadas em relação às forças criminosas, o trabalho tanto durante quanto de-

pois do delito é dificultado. “O helicóptero Águia da PM, policiais militares de Bauru - SP e região, Força Tática, policiais civis e a Polícia Federal fizeram patrulhamento durante todo o dia. Porém, até as 17h15 nenhum suspeito havia sido localizado ou preso.” (G1, 2018).

Ainda no mesmo dia, alguns avanços foram alcançados com as investigações, carros foram encontrados, quantia relevante de dinheiro, mas nenhum suspeito foi identificado inicialmente. Uma operação conjunta das Polícias Civil, Militar e Federal recuperou entre reais e dólares ao todo um valor de R\$ 3,3 milhões (três milhões e trezentos mil reais) além de dois sacos lacrados com o logotipo da Caixa Econômica Federal contendo pedras que aparentavam ser preciosas. (FOLHA, 2018).

Conforme as investigações prosseguiram, segundo o que informaram as autoridades competentes, algumas pistas foram descobertas, um galpão próximo ao local dos crimes foi alugado para guardar os veículos, os vizinhos que participaram das investigações alegaram perceber movimentação sempre noturna no galpão, mas nada que causasse desconfianças em primeiro momento.

Conforme reportagem, o contrato de aluguel teria sido realizado por intermeio de uma imobiliária, com pagamento em adiantado e em dinheiro, a hipótese testada é que o documento tenha sido assinado por um “laranja”⁹. Entretanto, o galpão aparentemente não foi utilizado para guardar armas e explosivos, sendo que para isso seria necessário vigilância permanente ao imóvel, o que não ocorreu, segundo testemunhas. O caso está sendo conduzido na Delegacia da Polícia Federal de Bauru - SP - SP. (LIBORIO, 2018).

Ainda nas investigações iniciais, dois suspeitos foram localizados em Campinas - SP, a 259,3 km (duzentos e cinquenta e nove quilômetros e trezentos metros) de distância da cidade dos crimes. Assumiram participação no crime, mas a Polícia não revelou qual foi à participação destes. Junto com eles, foi encontrado R\$ 45 mil (quarenta e cinco mil reais), munições de fuzil, explosivos e materiais para detonação.

A Polícia acredita que essa localização em Campinas - SP seja a base operacional da quadrilha e que esta quadrilha é responsável por outros crimes.

9 Pessoa que disponibiliza seu nome e até conta bancária, para que outra, utilizando tais dados, faça negociações ilícitas sem expor sua identidade.

A descoberta da base envolveu um trabalho de inteligência e troca de informações entre todas Divisões do Deic (Departamento Estadual de Investigações Criminais). Policiais da 3ª Delegacia Divecar (Investigações sobre Desmanches Ilegais) monitoravam indivíduos considerados suspeitos de roubo de carga, onde a equipe detectou semelhanças entre os veículos usados no ataque em Bauru - SP e os utilizados nas ações nas estradas. (R7, 2018).

Até o momento, essas são as únicas informações disponibilizadas sobre as investigações deste caso, que seguem em busca dos criminosos e dos valores roubados, até então, sem a devida obtenção de êxito.

2 SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA

Após uma exposição do crime supracitado expondo o alcance financeiro, armamentista e até tecnológico do crime organizado atualmente, cabe-se agora expor a atual realidade da Segurança Pública brasileira.

Segundo Cesare Beccaria (2015), o que gera verdadeira segurança para a sociedade não é o rigor de uma possível pena, mas a certeza que ela será aplicada. Sendo assim, de nada adianta elevar o tempo de cumprimento das penas, o rigor das mesmas, tirar prerrogativas ou listas infinitas de leis e projetos de leis ovacionados por políticos e até pela sociedade se a impunidade ainda for uma certeza maior, se a linha de frente ainda é tão ineficaz nas suas atribuições.

O Crime organizado é uma cadeia enorme e institucionalizada, prender um ou outro individuo praticamente em nada muda, facilmente serão substituídos e o crime não para nem por um instante. Mesmo os líderes, uma prisão deste tipo pode abalar as estruturas, mas se a operação não envolver um prisão em grande escala, uma derrota de forças dentro e fora de unidades prisionais ou até mesmo em pontos específicos de cometimento de crimes importantes para o manter dessa cadeia, não irá de igual forma prejudicar o Crime organizado.

2.1 Armas que disparam sozinhas: “vinte e quatro mata sete”

Atualmente, A Taurus, Companhia brasileira de capital aberto com sede em São Leopoldo no Rio Grande do Sul, uma das três maio-

res empresas fabricantes de armas no mundo, é a que fornece a grande maioria dos armamentos utilizados pelas forças militares nacionais, com raras exceções, graças a uma política existente desde 1930, onde se proíbe a exportação de armas, se no país são fabricadas armas semelhantes (BRASIL, 2000), além de que, as de uso exclusivo das forças militares são fabricadas no país somente pela Taurus. (ALESSI, 2018).

Com essa política protecionista, mesmo em referidas tragédias com armas disparando sozinhas dentro do coldre, disparando quando caem acidentalmente – mesmo travadas – e rajadas disparadas quando configuradas para tiro único, as forças armadas não podem mudar o atual fornecedor.

Tantos são os casos reportados de falhas nos armamentos policiais, que já existem até apelidos para os modelos com mais ocorrência.

Deu três passos para trás em direção à viatura, e parou. Foi aí que sua pistola Taurus modelo 24/7 com capacidade para 15 tiros disparou. De dentro do coldre fechado. Sem que o gatilho fosse acionado. A bala calibre .40 perfurou a perna direita de Fontes, que foi socorrido por colegas. O projétil “entrou e saiu”, danificando tecido muscular no caminho e passando a alguns centímetros da artéria femoral do policial. Ele precisou passar por cirurgia e ficou 40 dias se recuperando no hospital, sem poder trabalhar. No final, o militar considera que teve sorte. [...] O incidente com Fontes não é caso isolado. Dentro das forças policiais o assunto é tão conhecido que a pistola 24/7, conhecida como vinte e quatro barra-sete, foi rebatizada de mata-sete, em função da sua baixa confiabilidade e grande número de incidentes. Advogados que trabalham com a APMDFESP¹⁰ afirmam que nos últimos anos ocorreram ao menos 500 casos de disparos de pistolas da marca Taurus sem o acionamento do gatilho. (ALESSI, 2018).

Diante tudo isso, no dia 21 de junho de 2017 aconteceu a sétima edição do Fórum Nacional de Tecnologia e Inovação na Segurança Pública contando com o SENASP (Secretaria Nacional de Segurança

10 Associação de Policiais Militares Portadores de Deficiência do Estado de São Paulo.

Pública), CONSESP (Colégio Nacional dos Secretários de Segurança Pública), CONCP (Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil), CNCG (Conselho Nacional de Comandantes Gerais da PM e CBM), CNPC (Conselho de Dirigentes Gerais de Órgãos Periciais Forenses do Brasil) e da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, além de diversas autoridades em Segurança Pública, e dentre diversas pautas discutidas, de tecnologias que facilitariam o combate ao crime a preservação da vida, o que mais preocupou foi a declaração das autoridades e a falta de esperança em alguns pontos.

É preciso «dar um salto» no uso de soluções em tecnologia ligadas à Segurança Pública no Brasil, ou as polícias seguirão enfrentando grandes dificuldades para combater o crime organizado. A declaração de Carlos Alberto do Santos Cruz, secretário nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, resume as preocupações apresentadas ontem, na abertura do 7º Fórum Nacional de Tecnologia e Inovação da Segurança Pública, que termina hoje, em Porto Alegre. [...] Também presente à abertura do evento, o secretário estadual de Segurança Pública, Cezar Schirmer, reforçou a impressão de que o Brasil ainda está “muito aquém do necessário” em novas tecnologias relacionadas ao tema da Segurança Pública. (NATUSCH, *apud* SCHIRMER, 2017).

Esse é o sentimento não só demonstrado por Cezar Schirmer, então secretário estadual de Segurança Pública do Rio Grande do Sul, mas de toda a sociedade além dos limites estaduais, o investimento é mínimo e ainda há toda a burocracia envolta em cada passo, já lento, dado pela evolução da Segurança Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tais defasagens supracitadas não são as únicas que assombram a Segurança Pública brasileira, o quadro militar efetivo reduzido, a superpopulação carcerária, falta de inovação e segurança em armas e acessórios, falta de atualização dos militares com cursos, técnicas, pre-

paro, equipamentos e até mesmo o suporte psicológico, em todos os sentidos intensificam a defasagem que hoje é enorme.

Em contrapartida, o crime ruma para o outro lado, sofisticação, tecnologia, ousadia da parte dos executores, exemplo perfeito a série de crimes cometidos em Bauru - SP em janeiro de 2018, onde as investigações restam inconclusivas.

A evolução tecnológica não pode ser interrompida, até mesmo pelos diversos benefícios que traz nos campos como o da saúde, por exemplo, mas uma característica marcante e histórica de toda evolução tecnológica que existiu, é seu alto preço inicial. No ritmo em que se encontra o Brasil em termos de Segurança Pública, as diversas inovações tecnológicas neste campo que já existem hoje, demorarão anos para serem implantadas. Até lá diversas outras surgirão e a história segue em termos de defasagem quando se compara ao que o crime organizado terá acesso a muito mais neste mesmo período de tempo.

Neste diapasão, como já citado nesta pesquisa, uma das maiores artimanhas que o crime organizado detém é o poder financeiro, sendo assim, a tendência do crime se atualizar frente às tecnologias e até mesmo às novidades bélicas antes da força policial é grande. Algo que pode começar a mudar se as forças políticas se unirem neste objetivo em comum.

O que gera esperança que essa mudança ainda pode acontecer é perceber, mesmo que ainda não seja o suficiente, que já existem atenções voltadas neste sentido, como quando se identifica investimento voltado para inibir o crescimento do nível estrutural do crime organizado, como a criação do Núcleo Especial no Rio Grande do Norte que acontece depois de preocupações voltadas para a sofisticação dos crimes, algo evidente atualmente, e com a crescente complexidade das ações criminosas que ensejam a criação de setores especializados para o intercâmbio de informações, planejamento e desenvolvimento de ações integradas e conjuntas com outros órgãos e instituições. (G1, 2017).

O que se espera é que esta visão seja elencada como maior prioridade do que agora e mais forças e investimentos sejam empregados para a comunicação de órgãos e trabalho em conjunto de forças policiais e estatais em prol do combate e diminuição desse crescimento estrutural, financeiro, bélico e funcional do crime.

E é com todo esse contexto que se conclui não dificilmente que o raciocínio indutivo aqui se aplica, já que a realidade de discrepância não é notada apenas o crime comentado, mas em um contexto amplo e histórico da Segurança Pública brasileira.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Plínio. Dois homens são presos suspeitos de roubar três bancos em Bauru. São Paulo: São Paulo: Set. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/dois-homens-sao-presos-suspeitos-de-roubar-tres-bancos-em-Bauru-06092018>. Acesso em: jul. 2019.

ALESSI, Gil. **A ameaça fatal das armas que disparam sozinhas no Brasil e nos E.U.A.** [s.l.] abr. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/23/politica/1524496451_378897.html. Acesso em: ago. 2019.

APÓS sofisticação de crimes, Polícia Civil cria núcleo especial no RN. **G1 Globo.** Rio Grande do Norte: 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2017/02/apos-so-fisticacao-de-crimes-policia-civil-cria-nucleo-especial-no-rn.html>. Acesso em: jul. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL, Decreto nº 3.665 de 20 de Novembro de 2000. Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados. Brasília: Distrito Federal: 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3665.htm. Acesso em: jun. 2019.

CARVALHO, Vagner. **Em noite de terror, quadrilha pode ter levado R\$ 10 mi de banco em Bauru.** Bauru: São Paulo: set. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/em-noite-de-terror-quadrilha-pode-ter-levado-ate-r-10-mi-de-banco-em-Bauru-SP.shtml>. Acesso em: set. 2019

CÂMERAS gravam ação de quadrilha que atacou agências bancárias em Bauru - SP; vídeo. **G1 Globo**. Bauru: São Paulo: 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/Bauru-marilia/noticia/2018/09/05/cameras-flagram-acao-de-quadrilha-que-atacou-agencias-bancarias-em-Bauru-SP-video.ghtml>. Acesso em: set. 2019

LEAL, G. A. S; ALMEIDA, J. R. M. de. **ESTADO, CRIME ORGANIZADO E TERRITÓRIOS: PODERES PARALELOS OU CONVERGENTES?** XIII Jornada do trabalho. Presidente Prudente: São Paulo: 2012. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/pdf/jtrab/n1/13.pdf>. Acesso em: set. 2019.

LIBORIO, Marcus. **Roubo a banco:** Polícia localiza galpão usado pela quadrilha. Bauru: São Paulo: 2018. Disponível em: <https://www.jcnet.com.br/Policia/2018/09/roubo-a-banco-policia-localiza-galpao-utilizado-pela-quadrilha.html>. Acesso em: ago. 2019.

MADEIRA, Felipe. O crime organizado perante a lei penal brasileira e a Constituição Federal. **Revista Âmbito Jurídico**. [s.l.]. 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6794. Acesso em: ago. 2019.

RODRIGUES, João Gaspar. **Crime organizado:** O que é isso? [s.l.]. dez. 2015. Disponível em: <https://jgaspar2013.jusbrasil.com.br/artigos/265386227/crime-organizado-o-que-e-isso>. Acesso em: ago. 2019.

SANTIBANEZ, Dione Antonio C. S. **A GLOBALIZAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA**. 2012. Tese (pós-graduação em sociologia) - Faculdade de Ciências Sociais de Goiânia, Universidade Federal de Goiás. Goiânia: 2012.

O PROTAGONISMO DO JUIZ CRIMINAL E A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA PRISÃO PREVENTIVA

Jairo Sousa

Introdução

O presente escrito deixa explícito que o indivíduo que fica preso preventivamente, além de não ter sido julgado ainda, perde diversos direitos que a prisão pena lhe confere.

Na condição de preso preventivo, o sujeito não se vale dos mesmos direitos do preso com trânsito em julgado, pois no último tópico alguns benefícios, que tem como requisito a condição de condenado não lhe são disponibilizados.

Salienta-se neste escrito que o juiz criminal, no exercício de sua função, deve se esmerar para obtenção de resultados conforme preceitos constitucionais. Nesse sentido, é salutar que o magistrado não se deixe influenciar pela comoção pública, mas que seu olhar esteja atento às garantias dos direitos fundamentais, de modo que sua decisão se alinhe com sua convicção e princípios constitucionais.

O magistrado possui liberdade ao prolatar suas decisões, desde que sejam devidamente motivadas. As decisões são vinculadas ao princípio do livre convencimento motivado, onde o juiz criminal julga de acordo com os fatos e conjuntos probatórios, desde que fundamentadas.

Na primeira parte deste artigo discorreu-se então sobre o papel do juiz no processo penal, enquanto na segunda parte foi trazido em nota alguns equívocos comumente encontrados em casos de prisão preventiva.

Por fim na última e terceira parte, discorre-se a respeito dos direitos fundamentais do indivíduo enquanto preso.

O juiz no processo penal

A figura do Juiz no processo penal é de suma importância para a garantia dos direitos do acusado. Vislumbra-se aqui um princípio constitucional chamado de Princípio do Juiz Natural, aquele que é previamente investido pelo Estado da competência para processar e julgar as demandas levadas ao judiciário.

Esse princípio possui previsão no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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:

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

O termo “autoridade competente” no dispositivo legal supra mencionado, é uma clara menção ao juiz natural, Conforme Capez (2018, p. 56):

Assim, é acertado dizer que a expressão *autoridade competente*, consignada no texto constitucional do mencionado art. 5º, LIII, deve ser lida como *juiz constitucionalmente competente* para processa e julgar (aquele cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais), de modo que não será juiz natural o *constitucionalmente incompetente*.

O Princípio do Juiz Natural se destina ao impedimento de arbitrariedades contra qualquer cidadão. Impõe a observância da imparcialidade na consecução processual, seja cível ou penal, além de ser fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Para Lopes Júnior (2014, p. 451), “o princípio do juiz natural é um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito”.

No entendimento de Barroso (1998, p. 35), “o postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia da ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado”, de maneira que o acusado de cometimento de qualquer crime tenha garantias de ser julgado perante um tribunal completamente imparcial, por um juiz togado, revestido de tal competência sob o prisma do ordenamento jurídico.

Importante consignar, que na relação processual existem ao menos três sujeitos, fragmentados em principais e acessórios. No entendimento de Capez (2018, p. 110):

Os sujeitos processuais subdividem-se em principais e acessórios (ou colaterais) [...] Os principais são o juiz, o autor (que pode ser o Ministério Público ou o ofendido) e o acusado. Os acessórios ou colaterais são o assistente, os auxiliares da justiça e os terceiros, interessados ou não.

Ressalta-se que o juiz é o representante do Estado-Juiz, que numa situação fática tem a competência de dizer o direito cabível. Nesse sentido, confere ao Estado, por intermédio do juiz natural, o direito de aplicar a pena, o *jus puniendi*.

No processo penal, a atuação do juiz está pautada na completa imparcialidade e independência. O Código de Processo Penal estabelece que em determinadas situações, onde a imparcialidade do magistrado é notoriamente questionável, ele deve se declarar como suspeito ou impedido, devendo outro julgado assumir. Nesse sentido Nucci (2013, p. 457), assevera que “estabelece-se o juiz competente para determinadas causas; após, concretizando-se a infração penal, busca-se o juízo certo, sem qualquer escolha ardilosa ou de má-fé”.

Após consumação de ilícito penal, o juiz é provocado para sua atuação jurisdicional, onde tem o dever de apreciar e aplicar a lei penal

com todos os instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico. O processo penal é a garantia que o juiz observará o contraditório e a ampla defesa para resolução de litígios.

O juiz criminal, no exercício de sua função, deve se esmerar para obtenção de resultados conforme preceitos constitucionais. Nesse sentido, é salutar que o magistrado não se deixe influenciar pela comoção pública, mas que seu olhar esteja atento às garantias dos direitos fundamentais, de modo que sua decisão se alinhe com sua convicção e princípios constitucionais.

O magistrado possui liberdade ao prolatar suas decisões, desde que sejam devidamente motivadas. As decisões são vinculadas ao princípio do livre convencimento motivado, onde o juiz criminal julga de acordo com os fatos e conjuntos probatórios, desde que fundamentadas. Para Giacomolli (2016, p. 215), “o Livre convencimento vincula-se ao poder decidir sem coação, sem afetação da capacidade de entendimento e determinação do órgão decisor, mas não no sentido de afastar a necessidade de justificação e de ultrapassar as limitações do devido processo”.

Destarte, a atuação do juiz no processo penal, guarda intrínseca conexão com os ditames constitucionais, tendo em vista que o Estado-Juiz não pode tolher a liberdade de locomoção de uma pessoa, senão mediante a observação do devido processo legal, com as devidas motivações prolatadas pelo magistrado.

Equívoco na decretação da prisão preventiva

Com o intuito de trazer uma melhor elucidação sobre o instituto da prisão preventiva, faz-se necessário uma detida reflexão sobre seus impactos no processo penal brasileiro.

A prisão preventiva se apresenta no nosso ordenamento jurídico como uma medida cautelar, ocorrendo previamente ao trânsito em julgado, desde que reste comprovado fato criminoso e evidências suficientes de autoria de crime, depois de observados as medidas cautelares contidas no art. 319, do Código de Processo Penal, ou seja, a prisão preventiva será aplicada subsidiariamente às medidas cautelares menos rigorosas.

O art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988, traz a previsão deste instituto.

Insta consignar que a Lei nº. 12.403/2011, trouxe importantes alterações no Código de Processo Penal, no sentido de harmonizar com os imperativos constitucionais a utilização do instrumento da prisão preventiva. Antes dessas alterações, o magistrado ao analisar as prisões em flagrante, se limitava em homologar o flagrante ou relaxar a prisão, admitia liberdade provisória onde o acusado se comprometia em comparecer quando solicitado, finalmente, poderia transformar a prisão em flagrante em preventiva.

Para a decretação da prisão preventiva, é fundamental que o magistrado observe os pressupostos do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, bastando a presença de uma delas, efetiva-se a prisão cautelarmente.

De acordo com Lopes Júnior (2006, p. 202), o *fumus commissi delicti* é um pressuposto que “permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto”.

O *periculum libertatis*, tem que ver com o efetivo risco que a liberdade do sujeito traz para a sociedade, instrução criminal e a devida aplicação da lei. Nesse sentido, ambos os pressupostos estão previstos no art. 312, do Código de Processo Penal:

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

É notório que as medidas cautelares receberam mudanças significativas, o flagrante, por si só não é mais suficiente para manutenção da prisão, é o entendimento que se tem do art. 310, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Contudo, alguns magistrados, talvez por força do hábito, têm ignorado as importantes alterações trazidas pela Lei nº. 12.403/2011. Em sede de *habeas corpus*, o relator ministro Rogério Schietti Cruz da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção unicamente em função de flagrante:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. PEDIDO DE SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. TERATOLOGIA. PRISÃO EM FLAGRANTE POR MAIS DE 24 HORAS. DEMORA NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Permite-se a superação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal quando, a um primeiro olhar, constatar-se flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. No caso dos autos, o investigado foi preso em 13/12/2018 e permaneceu custodiado unicamente em função do flagrante até o cumprimento da decisão que deferiu o pedido liminar. 3. Considerando que a prisão em flagrante se caracteriza pela precariedade, de modo a não se permitir a sua subsistência por tantos dias sem a homologação judicial e a convalidação em prisão preventiva, identifico manifesta ilegalidade na omissão apontada, a permitir a inauguração antecipada da competência cons-

titucional deste Tribunal Superior. 4. Ordem concedida para, confirmada a liminar, relaxar a prisão em flagrante do autuado, sem prejuízo da possibilidade de decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Determinada, ainda, comunicação ao CNJ. (STJ - HC: 485355 CE 2018/0340228-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 19/03/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2019).

O ministro salienta que o relaxamento da prisão não impede a possibilidade de decretação da prisão preventiva, se devidamente comprovado sua necessidade, ou medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do CPP.

A prisão preventiva possui caráter subsidiário, sua aplicação somente se concretizará depois de observadas outros requisitos evidenciando sua excepcionalidade, contudo, o que se vislumbra, é que alguns magistrados invertem essa lógica. O referido *habeas corpus* evidencia essa inversão, onde o relator menciona primeiramente a decretação de prisão preventiva para depois prever a possibilidade de outras medidas cautelares. Estamos diante de um flagrante equívoco, pois a maneira como alguns magistrados vem aplicando esse instrumento destoa da redação constitucional e infraconstitucional. É o que se depreende do art. 282, parágrafos 4º e 6º, do Código de Processo Penal, que clarifica a subsidiariedade da prisão preventiva:

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

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, **ou, em último caso, decretar a prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

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

Para a decretação da prisão preventiva, faz-se necessário a devida fundamentação, sob pena de nulidade, conforme preleciona o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (grifou-se).

O Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus* n. 108899 PE, sob relatoria da ministra Cármen Lúcia, concede relaxamento de prisão preventiva por falta de motivação:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA SEM A MANUTENÇÃO, REVOGAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Ao manter a prisão dos corréus na sentença de pronúncia, o Juízo de primeira instância não faz qualquer referência à manutenção da prisão preventiva anteriormente decretada em desfavor do Paciente, que está foragido desde 2004, e, mesmo não vigorando então a norma do art. 413, § 3º, do Código de Processo Penal, que obriga o juiz, desde 2008, a se manifestar a respeito da manutenção, revogação ou substituição da prisão cautelar, a Constituição da República afirma que todas as decisões judiciais têm que ser motivadas. 2. Ordem concedida.

(STF - HC: 108899 PE, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-059 DIVULG 01-04-2013 PUBLIC 02-04-2013).

Dessa maneira, fica latente que a prisão preventiva é uma medida excepcional, ou seja, sua aplicação deve ser realizada em último caso

depois de esgotados as hipóteses das medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do CPP.

Conforme o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0 do CNJ, em 2018 a quantidade de presos provisoriamente no Brasil totalizava 241.090, equivalente a 40,03% da população carcerária nacional. Esses dados levam em consideração os presos há um período superior de 90 dias.

De acordo estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 63% dos presos provisórios foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 37% receberam penas restritivas de direitos e medidas alternativas ou a decisão foi pelo arquivamento do caso ou pela prescrição da pretensão punitiva.

São alarmantes esses dados, pois configura uma realidade triste, a de utilizar a prisão preventiva em situações que poderiam ser aplicado outras medidas cautelares, além de explicitar a ineficiência do judiciário em não observar o princípio da duração razoável do processo.

Vislumbra-se que as alterações do CPP, previstas na Lei n.º. 12.403/2011, não foram claras para os magistrados, no sentido de conceberem a prisão preventiva como uma exceção e não regra, de maneira que a população carcerária só aumenta, enquanto a dignidade da pessoa humana é frontalmente atacada.

Para manutenção do preso preventivamente, é necessário que as medidas cautelares do art. 319 do CPP não possam ser aplicadas, caso contrário, estamos diante de uma afronta à tutela de liberdade de locomoção.

Na condição de preso preventivo, o sujeito não possui os mesmos direitos do preso com trânsito em julgado, pois alguns benefícios, que tem como requisito a condição de condenado não lhe é disponível.

O Supremo Tribunal Federal julgou em 06/06/2017 o HC 142177/RS, relatoria do Ministro Celso de Mello, onde os pacientes, embora pronunciados, permaneceram presos preventivamente por mais de sete anos. A prisão foi revogada em razão do excessivo prazo de duração da prisão, que segundo o relator essa duração é abusiva e irrazoável em se tratando de prisão cautelar.

No direito penal, equívocos dos magistrados causam danos irreparáveis, a dignidade da pessoa humana é jogada no lixo e a constituição frontalmente atacada.

Direito fundamental da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência estabelece que todo acusado durante um processo penal, é presumidamente considerado inocente, sendo que apenas com o trânsito em julgado esse estado pode ser alterado para culpado. Conforme previsão legal do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Segundo Lopes Júnior, (2014, p. 708):

A presunção da inocência (e as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático a abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

No entendimento de Giacomolli (2016), a presunção de inocência surge com a necessidade de confrontar as prisões arbitrárias, onde o sujeito era considerado culpado antes do trânsito em julgado. O sujeito era estigmatizado como um verdadeiro criminoso durante o trâmite processual, porém, quando do julgamento o resultado era diverso, completamente inocente.

A presunção de inocência é de fundamental importância no nosso ordenamento jurídico, evita arbitrariedades e danos irreparáveis àquele que de alguma maneira se encontra envolta em um processo penal.

Em síntese, depreende-se que o instrumento da prisão preventiva, em vários casos, tem sido utilizado pelos juízes criminais, de maneira equivocada, afrontando o princípio da presunção de inocência.

Ressalta-se que os danos causados aos indivíduos, vítimas das interpretações equivocadas de alguns magistrados, são irreparáveis. O

preso provisório, não usufrui dos mesmos direitos garantidos aos presos condenados, e ainda tem sua liberdade de locomoção tolhida pelo judiciário ilegalmente.

O preso provisório, para todos os efeitos, tem a presunção de inocência, até o trânsito em julgado. A questão que urge solucionar é: o preso preventivo pode usufruir dos mesmos benefícios concedidos ao preso condenado, conforme estabelece a Lei n.º. 7.210/1984, chamada de Lei de Execução Penal – LEP? Estamos diante de uma questão muito delicada, pois conferir os benefícios concedidos aos condenados, nos mesmos moldes aos preventivos, seria o Estado–Juiz desconsiderar a presunção de inocência.

Alguns benefícios estabelecidos pela LEP não contempla o preso provisório, por exemplo, o art. 36 da LEP concede ao preso condenado a possibilidade de realizar trabalho externo, enquanto o art. 31, parágrafo único, do mesmo diploma legal, proíbe o preso provisório de trabalhar em estabelecimento externo. Caso o preventivo tenha interesse em trabalhar para remição de sua pena e não há trabalho no interior do estabelecimento carcerário, esse indivíduo terá direitos cerceados.

Outro benefício mencionado na LEP está no art. 122, onde concede ao condenado, em regime semiaberto, o benefício da saída temporária, *in verbis*:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (grifou-se).

Fica evidente, que apenas os condenados terão possibilidade de usufruir da saída temporária.

O benefício da progressão de pena, que é a possibilidade do preso ser transferido de um regime mais severo para um regime mais brando, também contempla o preso provisório, conforme Súmula 716/STF, porém, na prática ainda se observa esse direito sendo cingido pelo judiciário. Exemplo disso vislumbra-se no *Habeas Corpus* n.º. 104721/MG, julgado pelo STF, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio:

EMENTA *Habeas corpus*. Processo penal. Prisão em flagrante pelo delito de tráfico de drogas. Artigo 33 da Lei n.º 11.343/06. Concessão da liberdade provisória. Superveniência da sentença penal condenatória. Substituição do título prisional. Prejudicialidade da impetração. Precedentes. Progressão de regime. Possibilidade antes do trânsito em julgado. Súmula n.º 716/STF. Observância dos requisitos objetivos. Delito praticado na vigência da Lei n.º 11.464/07. Cumprimento de mais de 3/5 da reprimenda. Concessão da ordem de ofício, para que juízo competente analise os requisitos subjetivos necessários à obtenção do benefício. 1. A superveniência de sentença penal condenatória com novo fundamento para a manutenção da prisão cautelar constitui novo título prisional, diverso, portanto, da prisão preventiva. Prejuízo da presente impetração. 2. Relativamente aos crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n.º 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto no § 2º do art. 2º da referida lei, ou seja, 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. 3. No caso, aplicando-se o patamar de 3/5 (três quintos) à pena de quatro anos e dois meses de reclusão aplicada ao paciente, necessário seria ter ele cumprido, no mínimo, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses no regime em que se encontra, o que já se consumou desde 2/1/12, tendo em vista a data da prisão em flagrante, ocorrida em 3/7/09. 4. Considerando o enunciado da Súmula n.º 716/STF, segundo o qual admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julga-

do da sentença condenatória, e, ainda, a informação extraída do sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na internet acerca da interposição de recurso especial apenas por parte da defesa, a observância do critério unicamente objetivo para a obtenção do benefício é consequência jurídica que se impõe, ressalvada, por óbvio, a análise do juízo competente de eventual presença dos demais requisitos subjetivos necessários à sua obtenção. 5. *Habeas corpus* prejudicado. 6. Ordem concedida de ofício, para que o juízo de piso examine a possibilidade da concessão de progressão de regime.

(STF - HC: 104721 MG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/02/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012).

É notório que a Lei de Execução Penal prevê de maneira mais acentuada direitos para o preso condenado, enquanto o preso provisório ainda tem seus direitos questionáveis. E para acentuar ainda mais, muitos estão na condição de preso sendo inocentes, ou com possibilidade de serem condenados com penas restritivas de direitos ou multas.

Importante mencionar que a prisão preventiva não afronta o princípio da presunção de inocência nem outros princípios constitucionais quando aplicado conforme os ditames legais. Mas quando sua aplicação destoa dos imperativos constitucionais e infraconstitucionais, estamos diante de uma verdadeira ilegalidade.

Considerações finais

O presente estudo abordou de maneira clara e objetiva o protagonismo do juiz criminal na aplicação da prisão preventiva. Salientou-se a importância do magistrado, como juiz natural, competente para decretar ou não a prisão preventiva.

Restou comprovado que o juiz é o representante do Estado, que numa situação fatídica tem a competência de dizer o direito cabível e aplicar o *jus puniendi*. Deve ser imparcial, e suas decisões devidamente motivadas.

A prisão preventiva é uma medida cautelar subsidiária, ou seja, sua aplicação ocorre quando observados outras medidas cautelares contidas no art. 319 do CPP. Possui caráter excepcional uma vez que sua aplicação tolhe liberdade de locomoção tutelada pela Carta Magna de 1988. Porém, o que se ver na prática, são alguns magistrados utilizando a prisão preventiva como regra, sem observar a totalidade das medidas cautelares.

Observa-se que a prisão preventiva, pode trazer danos irreparáveis ao indivíduo. Alguns direitos dos presos condenados não se estendem aos presos provisórios e muitos aguardam julgamento por tempo indeterminado.

Restou evidente que a Lei de Execução Penal traz maiores benefícios ao preso condenado do que ao preso provisório, havendo a necessidade de um olhar mais reflexivo para essa questão, tendo em vista se tratar da liberdade de locomoção garantida pela Carta Magna de 1988.

Portanto, a utilização da prisão preventiva deve ser profundamente analisada pelo judiciário, a fim de não causar danos irreparáveis aos indivíduos na condição de acusado de crime. A prestação jurisdicional deve ser célere, no sentido de manter pelo menor tempo possível o preso provisório, de maneira que seja garantido o princípio da duração razoável do processo, e ocorra o devido julgamento.

Referências bibliográficas

BARROSO, L. R. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Decreto Lei n.º. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Instituiu o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 de ago. 2019.

_____. **Lei n.º. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 08 de ago. 2019.

_____. **Lei n.º. 12.403, de 04 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto Lei n.º. 3.689/1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 05 de ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 485355 CE** 2018/0340228-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 19/03/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 108899 PE**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/12/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-059 DIVULG 01-04-2013 PUBLIC 02-04-2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 104721 MG**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/02/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 142177 RS**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/06/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe- DIVULG 06-06-2017 PUBLIC 14-06-2017.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal.** 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GIACOMOLLI, N. J. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal.* 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., A. **Introdução Crítica do Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

NUCCI, G. S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

EFEITOS DO AUMENTO DA CRIMINALIDADE EM RELAÇÃO À PRIVATIZAÇÃO DA SEGURANÇA E A DÉCIMA TERCEIRA EMENDA NORTE AMERICANA

Jairo Sousa

Introdução

No Brasil, a criminalidade tem sido uma realidade cada vez mais cotidiana. Os noticiários sobre violência, cada vez mais sensacionalistas, aumentam na população o sentimento de insegurança.

A impressão que dá, é que a atuação do Estado no combate ao crime tem sido ineficiente, de maneira que o cidadão, em busca da sensação de segurança, investe em um verdadeiro aparato de grades ou, dependendo da situação financeira, reside em condomínio fechado com segurança privada.

Destaca-se que esse sentimento de insegurança tem ocasionado um forte movimento no sentido de privatizar a segurança, contudo, insta consignar que no que diz respeito à privatização da segurança pública, é um tema bem delicado, tendo em vista sua complexidade, sendo necessária uma profunda reflexão sobre os efeitos dessa privatização.

Nesse cenário de ineficiência do Estado em proporcionar uma segurança efetiva, surgem vários debates sobre quais medidas seriam ideais para, de fato, a Administração Pública cumprir os ditames constitucionais.

O papel do Estado não é agredir e causar danos físicos e morais para corrigir o acusado do crime, mas assegurar o direito de cada cidadão à dignidade, fortalecendo uma comunidade cooperativa e saudável para as gerações atuais e as futuras.

Independentemente do crime cometido o indivíduo acusado tem direito à defesa e a imparcialidade no julgar, não devendo ser menos-prezado por sua cor, raça ou etnia. No documentário apresentado pelo Netflix, Ava DuVernay diretora do enredo apresentou as características do sistema prisional nos Estados Unidos (EUA), características essas que infelizmente se assemelham à maneira brasileira de lidar com o crime organizado e com os pequenos delitos.

No Brasil assim como nos EUA a maioria dos indivíduos encarcerados são de classe baixa e negros, mas o fato principal ainda é a forma arcaica e inquisitiva com que o sistema desmerece essas pessoas, pois é isso que são apesar do poder público não as tratar como tais, não há mais espaço para discriminação e segregação das raças. O ser humano deve ter seus direitos assegurados independente de cor ou filosofia de vida.

Diante deste cenário não favorável para a educação, recuperação e reintegração dos jovens e adultos envolvidos no crime, aumentam as taxas de delitos, a população encontra-se presa, sem saber mais a quem recorrer. Para apaziguar, o poder público notícia altos investimentos no setor de segurança pública.

Existe uma teoria criminológica chamada de Etiquetamento Social, que parte do pressuposto, que o criminoso é rotulado pela massa social, conforme seu comportamento e as relações em que estão inseridos.

Em 2018 ocorreu um fato que exemplifica bem a questão do etiquetamento social, onde um segurança de um shopping na cidade de Salvador-BA, tentou retirar do estabelecimento e impedir um homem de pagar refeição a um garoto de 12 anos, negro, vestido com a camiseta do Esporte Clube Vitória. Outro caso aconteceu, também em Salvador-BA, durante uma abordagem policial onde o militar agrediu um jovem com murros, chutes e insultos racistas, pelo fato do jovem ser negro e ter cabelo *black power*.

À justiça brasileira e todos os profissionais incumbidos de fortalecer e resguardar os direitos dos cidadãos, competem não serem coniventes

com a discriminação das raças ou tratamento diferenciado para os presos de diferentes classes sociais. O dever da justiça é assegurar os direitos e não oprimir, massacrar e privar o cidadão dos seus direitos.

Nas páginas a seguir será discorrida a relação do modelo prisional brasileiro, o sistema carcerário e as ambiguidades presentes na privatização do setor de segurança no país. Serão também apresentadas algumas pontuações lembradas e trazidas pelo documentário do Netflix “13th” que faz referência à décima-terceira ementa constitucional dos EUA bem como os impactos da privatização no aumento da criminalidade no país.

Privatização “Ficta” no setor de segurança no Brasil

Ainda no ano de 2014 a revista Exame trouxe alguns dados acerca dos investimentos no setor brasileiro de segurança, na época da matéria já se percebia um aumento gritante nos investimentos para o referido setor, porém sem mudanças consideráveis, o que ocasionou pesquisas e levantamentos mais afincos.

Notou-se que os gastos de bilhões apresentados em relatórios que afirmavam gastos com a segurança no país, eram direcionados a pensões e seguridade social dos policiais e não para as políticas de segurança em benefício da população brasileira.

O cenário da (in) segurança brasileira mostra que o poder público em que pese ter transferido para a população os custos com a sua segurança, ainda assim, não solucionou os problemas e percalços presentes no país, apesar de todo o discurso de proteção à população, não é o que se vê, assim como coloca Huggis (2010, p. 546):

No Brasil, a privatização do controle social surgiu para proteger uma população de “verdadeiros cidadãos”, cada vez mais segmentada, isolada e “cercada” socialmente, daqueles contingentes marginalizados e deslegitimados como “criminosos perigosos”, uma designação que reforça o status desses últimos como não-cidadãos. Nesse sistema privatizado, tanto os supostos criminosos quanto os agentes de seu controle social são segregados, primeiro, em grupos especiais de “outros” deslegi-

timados, que devem ser controlados para o bem dos interesses especiais legítimos e, segundo, em diferentes tipos de agentes pagos por segmentos privilegiados da população para servir a seus interesses particulares.

A Segurança Pública apresenta diversas modificações a partir das transições político-administrativas que o Estado Brasileiro tem vivenciado. Sobre o Estado repousa o dever de monitorar a marginalização, objetivando a redução das discrepantes desigualdades sociais e assegurar a inviolabilidade do direito à segurança, trazendo garantia da ordem pública e da integridade das pessoas e do patrimônio, conforme previamente estabelecido no art. 144 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 144. A segurança pública, **dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - Polícia federal;

II - Polícia rodoviária federal;

III - Polícia ferroviária federal;

IV - Polícias civis;

V - Polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - Polícias penais federal, estaduais e distrital.

(grifou-se).

Note que o dispositivo constitucional supra mencionado, deixa claro que o Estado tem o dever de garantir a segurança pública, de modo que são apresentados, taxativamente, os órgãos necessários para essa garantia. Contudo, o dispositivo estabelece também que todos são responsáveis e devem contribuir para a consecução dessa segurança.

Os serviços de segurança privada passaram por um grande aumento nos últimos anos, a própria sociedade tem buscado essa alternativa para proteção de seus imóveis, propriedades e até mesmo de sua famí-

lia, não raro encontram-se cartazes e anúncios informativos de cursos de segurança, empresas que oferecem o serviço e cada vez mais tem sido naturalizada essa atuação da segurança privada.

Não que seja algo ruim, mas a sociedade tem o direito de receber segurança por parte do Estado e, quando ele falha, a população não vê outra forma de solucionar a questão senão buscando empresas de segurança privada. O que assusta é o fato de serem destinados milhões de reais anualmente para o fim da segurança, mas as vantagens não são vistas, pelo contrário, a criminalidade apenas cresce e cada dia até mesmo os oficiais escolhidos para proteger a sociedade encontram-se desprotegidos e vulneráveis.

Com a sensação de insegurança latente, a privatização da segurança tem sido uma realidade cada vez mais intensa, essa dinâmica pode ser nomeada como privatização ficta da segurança, considerando que, do ponto de vista jurídico constitucional a segurança pública, em tese, não poder ser privatizada.

Nesse sentido, a terminologia “privatização ficta da segurança”, exemplifica bem essa situação, onde o cidadão frente à ineficiência do Estado na segurança investe recursos para sua segurança pessoal, simulando a sensação de segurança, quando na verdade o “mundo externo” continua o mesmo.

O Estado tem atuado de forma sistemática concedendo à iniciativa privada o direito de exercício de garantir a segurança aos cidadãos. Não são necessárias longas pesquisas para perceber que o número de empresas privadas no setor de segurança é numeroso.

Pinheiro (2019) afirma que a baixa *performance* do setor econômico foi um dos fatores que contribuíram para o processo de privatização no Brasil. A privatização limitou a autonomia do governo no momento de adoção de políticas econômicas intervencionistas, fato este que obrigou o uso de técnicas mais direcionadas para o crescimento do mercado e economia do país.

Os cidadãos sentem-se inseguros e desprotegidos aumentando assim a busca por alguma ação por parte das autoridades, essa pressão faz com que os governantes tomem medidas rápidas não tão eficazes e que em longo prazo não reduzem os índices da criminalidade e violência no país.

Décima terceira emenda

O instigante documentário recentemente lançado pelo Netflix, o famoso “13th” – título que referência à décima-terceira emenda constitucional dos EUA, o documentário despertou uma grande comoção diante da realidade do sistema penitenciário norte-americano, no qual grande parte assemelha-se com o cotidiano penal brasileiro.

Ava DuVernay diretora do documentário apresentou de modo contundente a realidade do sistema prisional norte americano bem como a necessidade de pensar o sistema penal de forma crítica e não apenas como uma masmorra punitiva.

A décima-terceira emenda entrou em vigor em 1865 com a finalidade de abolir a escravidão e a servidão voluntária. A partir desta emenda, a toda pessoa é garantido o direito de permanecer livre sem qualquer tipo de privação de liberdade, a não ser em casos de punição pela prática de crime.

Nos anos seguintes à abolição da escravidão havia muitos negros livres que, anteriormente eram considerados fontes de fortuna para seus senhores, quando ocorreu a abolição, a elite branca sentia-se desconfortável com a liberdade dos negros que outrora viviam a realizar seus desejos e caprichos. A convivência entre negros e brancos de forma liberal com acesso aos mesmos locais tornou-se insustentável.

A população branca não se conformava em ter que frequentar os mesmos ambientes que a classe negra, e foi diante deste cenário que atitudes foram iniciadas para manter a população negra debaixo da cerviz com direcionamento do povo branco. Várias condutas disfarçadas de melhorias foram adotadas para torná-los novamente lucrativos, diversas condutas outrora inofensivas foram criminalizadas, com o fim de enclausurar o maior número possível de pessoas que pudessem trabalhar nas instituições penitenciárias.

O instrumentado sistema penal foi utilizado pela elite branca para incriminar os vulneráveis. Pequenos erros foram sendo exacerbadamente valorizados e dignos de grandes punições com o intuito de manter sob cerviz os menos favorecidos.

O documentário norte-americano retrata a realidade brasileira, onde o Estado parece letárgico diante do sistema penal cruel. Uma

total conivência com punições exageradas às pessoas mais vulneráveis que cometem crimes menos ofensivos, enquanto a burguesia controla não apenas o poder, mas aplicam golpes milionários e pior que isso, sequer recebem punições severas, a severidade na punição só funciona para os menos favorecidos, assim como mostrado no documentário que apesar de retratar o contexto penitenciário dos Estados Unidos, muito se assemelha as práticas documentadas no território brasileiro.

Os considerados pequenos traficantes sofrem retaliações severas quando pegos pelo sistema prisional, enquanto os grandes comandantes do crime aproveitam para gozar de férias por toda parte do mundo em clima de liberdade e soberania, ora, mas onde estão as medidas punitivas? Talvez sirvam apenas para reduzir o potencial e crescimento da população mais vulnerável da sociedade. Nesse sentido, Andrade (2009, p. 83) assevera:

Em relação ao Direito Penal positivo, viu-se que seu significante (lei escrita) e seus significados (decisões dos magistrados e interpretações) construíram um sistema diferenciador, no qual restam bastante claros seus objetivos valorativos, de classe e manutenção de uma estrutura socioeconômica determinada. O papel das leis penais, primordialmente, é manter esta estrutura e punir severamente os membros das classes subalternas que ousarem atacá-la.

Nos EUA encontra-se a maior população carcerária do mundo, com base em pesquisas e levantamentos estima-se que há em torno de 2,3 milhões de pessoas encarceradas e destas, uma grande parcela é composta por indivíduos negros. (ROTH, 2018).

O sistema penal dos EUA foi ampliado com a intenção de aumentar a lucratividade para as empresas que são responsáveis pela gestão dos cárceres, o fornecimento de mão de obra barata dos presos com o fim de reduzir os custos e ampliar os lucros das empresas privadas gestoras dos presídios. Essa prática levanta diversas discussões e dá a entender que quanto mais presos melhor para as empresas e seus lucros e o que deveria ser uma punição educativa torna-se na verdade apenas uma parte do grande jogo sujo do crime organizado.

No Brasil assim como nos EUA basta que alguém acuse e que suspeitas sejam levantadas para que alguém seja punido ou privado de liberdade o que foge completamente aos direitos de cada cidadão à dignidade humana e a liberdade.

Avanço da criminalidade no cenário da privatização da segurança no Brasil

É aterrorizante o aumento da violência no país, a sensação que está presente na sociedade é o medo e insegurança. Vislumbra-se tanta ineficiência na estrutura policial, comprometendo o combate ao crime.

A população vive trancafiada atrás de grades, mesmo com os altos “investimentos” no setor de segurança a criminalidade cresce e assusta colocando em risco a vida de milhões de brasileiros diariamente. O número de vigilantes contratados por empresas privadas no Brasil quintuplicou nos últimos anos e mesmo assim houve =crescimento da criminalidade.

Sistemas eletrônicos, blindagem de veículos, seguranças particulares, equipamentos para os vigilantes e tantos outros fatores foram os responsáveis pelos investimentos milionários no setor de segurança, tanto dinheiro direcionado para o setor deveria proporcionar um pouco mais de segurança para os cidadãos que arduamente trabalham para sustentar o país com impostos absurdos, mas não é o que ocorre, restando então a dúvida do quanto de fato tem sido direcionado para a segurança das pessoas no país e o quanto tem sido desviado para lotar o caixa das empresas privadas.

A população carcerária no Brasil é formada em sua maior parte, de pessoas negras, e iletradas, além do fato de a maioria delas estarem reclusas por delitos como furto, tráfico de drogas ou roubo.

O sistema de segurança pública possui instrumentos capazes de reduzir a criminalidade, no entanto, a falta de investimento nas estruturas dos diversos presídios, não possibilita, por exemplo a devida ressocialização do preso.

O Direito Penal brasileiro é considerado como garantista, pois suas estruturas têm a finalidade de ressocializar o preso, garantindo a dignidade da pessoa humana. Contudo, vislumbra-se uma dualidade, o ideal positivado em lei e a realidade, onde em tese o diploma legal

traz instrumentos eficazes, mas de fato, em muitos casos, a aplicação legal não é efetiva por diversos fatores.

A crise de segurança pública afeta todo o mundo, e no Brasil não poderia ser diferente, as elevadas taxas de incidência criminal crescem em disparada ao longo dos anos, as discussões acerca da criminalidade ocupam o tema central dos noticiários diariamente, mas a solução parece ainda está bem longe.

As políticas preventivas outrora aplicadas não demonstraram eficácia no combate e redução dos delitos, tantas medidas ineficazes abriram espaço para novas propostas e estratégias, dentre elas a privatização da segurança pública que tem estado cada dia mais em pauta.

O tema da criminalidade muitas vezes foi palco de promessas políticas e debates em mesas de destaque, uma pauta que embora seja antiga e diária, parece ser um dos maiores desafios do governo para com a sociedade brasileira.

Os financiamentos e intervenções nacionais, estaduais e municipais não têm conseguido abarcar a demanda de crimes, e apesar da terceirização e ampliação dos investimentos, a população encontra-se desacreditada e desprotegida quando o assunto é segurança.

O modelo policial brasileiro é inquisitivo e opressor, em situações adversas alguns funcionários da segurança demonstram despreparo e incompetência quando o assunto é defender a população. Quando as políticas não funcionam como deveriam quem arca com as consequências mais uma vez é o cidadão brasileiro que além de pagar elevados tributos para ter uma segurança adequada, ainda precisa recorrer ao serviço particular o que também não garante segurança completa.

Como resolver essa problemática? Estamos diante de um tema extremamente complexo, onde os atores principais, Estado e sociedade, devem unir forças para o combate eficaz da criminalidade. Conforme Moura (2011), uma das maneiras eficientes de combater a violência, seriam medidas extrapenais, onde o Estado centraliza esforços na prevenção, implementando mais programas sociais e menos tentativas de criminalizar condutas e exacerbar penas.

Diante disso são necessárias execução de novas medidas que abarquem a prevenção e não a opressão dos cidadãos, políticas que beneficiem a população e que reduzam o sentimento de insegurança.

Considerações finais

Portanto é possível concluir que os efeitos da criminalidade no Brasil continuam aumentando e apesar dos grandes investimentos no setor de segurança, as medidas não têm sido suficientes para coibir as práticas iníquas.

É natural o conceito de descentralização dos serviços nas políticas preventivas do Estado, entretanto em alguns casos não se pode simplesmente transferir à terceiros os deveres constitucionais da Administração Pública.

No Brasil o desafio é muito grande para conter a violência. O sentimento de insegurança só aumenta, fazendo com que a população tente absorver aquilo que é dever do Estado.

Assim como mencionado no documentário “13th” lançado pelo Netflix, abordando a décima-terceira emenda constitucional dos EUA, o Brasil não tem buscado a recuperação e reintegração dos presos, mas alimentado as estatais responsáveis pelo setor de segurança, enquanto os presos são uma espécie de “mão-de-obra barata” para o referido setor.

Ava DuVernay diretora do documentário conseguiu trazer à tona muitas discussões a respeito de algumas medidas urgentes que precisam ser tomadas para reduzir a criminalidade e não fomentar o crime.

Para piorar a situação, o etiquetamento social, tem atribuído às classes menos favorecidas, ao negro, ao ressocializante, um estigma de criminoso.

A população brasileira encontra-se com um forte sentimento de insegurança, de maneira que cada vez mais a privatização de determinadas áreas da segurança vem crescendo aceleradamente.

O Brasil precisa urgente de medidas assertivas e eficazes que não apenas reprimam o crime, mas que ofertem a oportunidade de ressocialização e reintegração das pessoas que hoje são mantidas no cárcere do crime. Uma das maneiras de combater a violência, seriam a implementação de medidas extrapenais, onde o Estado através de políticas públicas direcione as ações para programas sociais.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, L. R. **Direito penal diferenciado**. Florianópolis: Conceito, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CANO, I. Políticas de segurança pública no brasil: tentativas de modernização e democratização versus a guerra contra o crime. **Revista Internacional dos Direitos Humanos**, n.5, 2006.
- DUVERNAY, A. et al. 13th. **Netflix**, 2016.
- EXAME. Com grades na porta de cada edifício dos bairros endinheirados, o Brasil aumenta a despesa com segurança privada com a deterioração dos índices de violência. **Revista Eletrônica**. 2014. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/brasil-intensifica-processo-de-privatizacao-da-seguranca/>> Acesso em: 29/12/2019.
- HUGGINS, M. K. Violência urbana e privatização do policiamento no brasil: uma mistura invisível. **Caderno CRH**, Salvador, v. 23, n. 60, pp. 541-558, set./dez. 2010.
- MOURA, V. V. **Estratégias extrapenais para resolução da violência**. Trabalho de conclusão de curso (Direito) – Universidade Católica de Brasília – UCB, Taguatinga, 2011.
- PINHEIRO, A. C. et al. **Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil**. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/15306/1/Cap%201-%20Os%20antecedentes%20macroecon%20C%20B-4micos%20e%20a%20estrutura%20intitucional_P_BD.PDF> Acesso em: 30/12/2019.
- ROTH, K. **Relatório Mundial**. Human Rights Watch. Disponível em <https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313415> Acesso em: 30/12/2019.

TRÁFICO E USO DE DROGAS ILÍCITAS DENTRO DO CONDOMÍNIO

Maria Isabel da Silva

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o uso de drogas sem autorização, ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consubstancia-se, como uma grave ameaça ao equilíbrio das estruturas socioeconômicas, sendo notórios os prejuízos causados nos micro e macro espaços da sociedade (NASCIMENTO, 2012).

Apesar da questão ser objeto de saúde e segurança pública, o consumo de drogas ilícitas quando afeta a coletividade pode gerar questionamentos dentro do ordenamento jurídico quanto à medidas adequadas e concernentes à cada caso em particular, neste ponto, o tráfico e o uso de entorpecentes nas dependências do condomínio, seja na área comum ou privativa, é um repto.

Entretanto, importa esclarecer o conceito de droga e entorpecente, pautando-se na legislação brasileira.

1.1 CONCEITOS DE DROGA E ENTORPECENTE

A lei 5.991/73, que dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, em seu artigo 4º, inciso I, estabelece que:

-“Droga é toda substância ou matéria-prima que tenha a finalidade medicamentosa ou sanitária”.

Diferente da palavra “entorpecente” que possui seu conceito revelado no artigo 1º da Portaria SVS/MS nº 344/1998, que aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, define:

- “Entorpecente é substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes”.

Todavia, a lei 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, no seu art. 1 parágrafo único, considerou que para seus fins definem-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência (NASCIMENTO, 2012).

Na lei 11.343/2006, é possível constatar sua abrangência de aplicação, no que diz respeito às substâncias entendidas como drogas, já que sinaliza no seu art.1, parágrafo único, que além dos entorpecentes, é considerada droga, **qualquer** substância ou matéria-prima que têm a finalidade medicamentosa ou sanitária que possuísse suas aplicações restritas ou proibidas (GANEM, 2019).

2. DROGAS EM CONDOMÍNIO: USO E TRÁFICO

De acordo com a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira é estimada em 210,1 milhões de habitantes¹¹; o mesmo Instituto revela que até 2010, foram catalogadas mais de 7 milhões de unidades condominiais (casas e apartamentos); ou seja, considerando que cada núcleo familiar seja

11 Os dados da pesquisa sobre o número de habitantes brasileiros, foram publicados em 28 de agosto de 2019 no Diário Oficial da União.

composto por quatro indivíduos, em torno de 21 milhões de pessoas residem em condomínio.

O narcotráfico é descrito como a venda de substâncias ilícitas, caracterizado, deste modo, como uma atividade ilegal. De acordo com a pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz, concluída em 2017, 3,563 milhões de brasileiros consumiram drogas ilícitas em período recente e ainda, segundo o Relatório sobre as Drogas (2010) realizado pela Secretaria Nacional de Políticas sobre as drogas, no Brasil, as pessoas com idade entre 12 e 65 anos, que fizeram o uso de qualquer droga ao longo da vida (exceto tabaco e álcool) foi de 22,8%. E ainda, no mesmo documento, aponta-se que até 2009, o número de registro de ocorrências na **situação de posse e tráfico de drogas** em nosso país foi de 362.990 mil casos concretos. Com relação ao crime de tráfico de drogas, São Paulo é o estado com a maior porcentagem de registros.

Conforme o estudo realizado pela Organização Nações Unidas (ONU) *in* Relatório Mundial sobre Drogas 2019, o faturamento obtido por meio da venda das substâncias ilícitas é de pouco mais 400 bilhões de dólares, correspondendo a aproximadamente 8% do comércio internacional.

Segundo Kahn, gastos feitos diretamente pelos indivíduos ou empresas para a compra do bem “segurança” ou perda de patrimônio direta em função do crime, diga-se, tráfico de drogas, são valores que deixam de ser produzidos ou ganhos pela sociedade em razão do medo da violência - custos estes intangíveis. Dentro deste contexto, encaixa-se o condomínio suas particularidades e, conseqüentemente, seu prejuízo patrimonial frente à esta problemática.

Não é incomum que dentro dos condomínios haja ocorrências de problemas envolvendo o uso e tráfico de drogas ilícitas. “Os gestores condominiais apresentam certa dificuldade em agir nas situações envolvendo entorpecentes. Alguns usuários utilizam a área comum para fazer o uso e até o descarte das substâncias ilícitas. E este crime é progressivo” afirma o Delegado de Polícia Luís Renato Davini².

Dr. Renato explica que, o uso de drogas, em grande parte dos casos, começa pelo próprio morador do condomínio, o denominado uso doméstico, logo, há um emparceiramento com outros usuários - uso em grupo; uma “mula” é encarregada de transportar a droga e assim,

progressivamente instaura-se uma cadeia do vício, o que se constitui como característica do instituto do tráfico privilegiado, estabelecido no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Essa modalidade de tráfico de drogas é, na realidade, uma causa de diminuição de pena e o referido texto legal determina que:

- § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Não é excessivo salientar que, o agente que transporta entorpecente no exercício da função de “mula” (a pessoa que realiza o transporte de droga transfronteiriço), integra ou não organização criminosa, e portanto, não afasta a aplicação da minorante estabelecida no art. 33, §4º da Lei nº11.343/06, conforme o entendimento da 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ (Agravo Regimental no REsp 1.772.711).

Diante de tal cenário, surge a questão: em condomínios, sendo considerada **propriedade**, a teor do art. 1.331 do Código Civil, uma unificação das áreas comuns e privativas, estariam os usuários, traficantes e “mulas”, amparados pela Constituição Federal de 1988, artigo 5º, Inciso XI, sobre a inviolabilidade de domicílio? Há permissão para se fazer o que quer e quando quer?

Nosso ordenamento jurídico possibilita interpretações diversas sobre a matéria, exploremos.

3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO X REPRIMENDA

Artigo 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.”

Em face ao caput do artigo 5º, é possível notar que o direito à vida vem antes do direito à propriedade (último), o que denota que

sem a vida não há propriedade; a vida é primordial e direito fundamental.

Nos termos do Código Civil, Art. 1.336, Inc. IV, constata-se esta mesma ordenança:

Art. 1.336. São deveres do condômino:

IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Sossego, saúde e segurança são direitos inerentes à pessoa, portanto, sobrepõem aos da propriedade.

A inviolabilidade de domicílio e direito à intimidade fica sujeito à prioridade de conservação da vida: pessoa sobre coisa; direito à vida, direito de personalidade, e por fim, direito de propriedade/direito real das coisas, respectivamente. Vale ressaltar que, embora a violação de domicílio seja considerada ilegal, existem exceções para casos específicos expressos na carta magna: flagrantes de crimes, desastres, para prestação de socorro ou por determinação judicial, neste último referido, a operação apenas pode ser realizada durante o dia (BORGES e MORAIS, 2019).

Especialistas convergem sobre o assunto, para Oliveira (2012), advogado condominialista, o uso de entorpecentes no condomínio é sempre ilícito pelo fato de ser considerado crime. Quando o ocorrido se der na área comum, o gestor condominial, ou qualquer cidadão, pode relatar o fato à autoridade policial, cabendo no âmbito administrativo, as aplicações de penalidades (advertência e/ou multa) contidas na convenção ou aplicadas com base no art. 1336, IV do Código Civil. Caso o consumo de entorpecente ocorra dentro da unidade condominial, compete também à polícia a repressão, cabendo novamente a qualquer cidadão, tanto ao morador quanto ao síndico, a formalização fundamentada da denúncia, contanto que o infrator fazendo o uso da droga ilícita, perturbe o sossego, a saúde e/ou a segurança da coletividade, que também serão objeto de providências administrativas. Rodrigo Karpat, especialista em direito condominial compactua do mesmo entendimento:

Contudo, caso o consumo de entorpecente ocorra dentro da unidade condominial, a situação muda de figura. Ao síndico, não caberá inibir essa prática, exceto se o infrator fizer uso da droga a ponto de perturbar o sossego, segurança e a saúde, de acordo com o Art. 1.336, Inciso IV, do Código Civil” (KAR-PAT, 2016).

Sobre a situação de tráfico e/ou uso de drogas ilícitas dentro dos condomínios, Paniza e Bell (2018), evidenciam que a administração condominial, liderada pelo síndico, deve agir tanto para prevenir, quanto para reprimir a utilização de substâncias ilícitas.

Como forma de repressão ao ato ilícito mencionado, Paniza e Bell (2018), indicam que o síndico poderá advertir o condômino infrator e aplicar multa, caso o fato se reitere, com base no que dispõe o artigo 1.337 do Código Civil, tendo em vista o comportamento antissocial e a incompatibilidade de convivência com os demais integrantes do condomínio. Eis o que estabelece o mencionado artigo:

Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.

3.1 POSSÍVEIS AÇÕES DE COMBATE AO USO E TRÁFICO DE DROGAS NOS CONDOMÍNIOS

Segundo o Ministro do STF Luís Roberto Barroso, nas últimas duas décadas, as políticas públicas informativas e de advertência sobre os males do cigarro, droga lícita, fez o consumo entre a população

adulta ser reduzido de 35% (trinta e cinco por cento) para 14% (quatorze por cento). Nesse mesmo lapso temporal, o consumo das drogas ilícitas apresentou aumento significativo (BARROSO, 2017).

A política empregada ao combate às drogas ilícitas ainda que, destinada a erradicar do globo todo um leque de substâncias entorpecentes, as diretrizes proibicionistas, terminam, ainda que de forma não proposital, por produzir um efeito contrário. Números atuais explicitam que organizações criminosas do narcotráfico se fortaleceram, uma variedade maior de drogas ilícitas fica a disposição dos usuários ou consumidores, e a violência que acompanha todo o negócio ilegal não para de crescer. Enormes quantias são gastas em trabalhos de repressão, prevenção, política de redução de danos e cuidados médicos para tratamentos dos usuários por parte do Estado; ao passo que, em caráter privado, empresas perdem pela produtividade de seus trabalhadores adoecidos. Tais argumentos estão patentes no próprio Relatório Brasileiro sobre drogas (2010) realizado pela Secretaria Nacional de Políticas sobre as drogas no Brasil.

Em se tratando de condomínio, o registro e a comprovação de incidência de tráfico de entorpecentes no bairro, e na circunvizinhança, é fator de desvalorização patrimonial gradativa. Haja vista o caso da “Cracolândia” paulista (região Central de São Paulo), onde a reunião de usuários de drogas ilícitas só agravou uma desvalorização que já era crescente.

Sabendo que além da desvalorização patrimonial, o consumo e tráfico de drogas ilícitas pode colocar em risco a segurança dos moradores, bem como molestar o conforto e a privacidade de suas residências, é importante salientar que ações devem ser tomadas no próprio condomínio de forma a trabalhar medidas preventivas e paliativas sobre o referido crime dentro daquela coletividade (PANIZA e BELL, 2018).

Primeiramente, vale realçar que o mero consumo de substância ilícita, em seu sentido literal isolado, não é vedado pela legislação penal, porém as ações acessórias a tal ato são consideradas ilícitas pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, conforme exposto abaixo:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem au-

torização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Desta forma, embora a mencionada lei tenha previsto penas distintas da privativa de liberdade aos que portam droga para consumo pessoal, enfatiza-se os perigos iminentes que rodeiam o consumo de drogas, tais como o tráfico de drogas ilícitas e a atuação do crime organizado.

Ademais, a mudança na estratégia de enfrentamento parece ser a medida mais inteligente; a adoção de medidas pacíficas e humanizadas para lidar com a traficância, conseqüentemente, reduzirá seu poderio político e econômico (BARROSO, 2017).

Aconselha-se que na fase preventiva, o síndico poderá divulgar avisos, nas áreas comuns do condomínio, sobre o caráter ilícito do uso de drogas, além de expor as punições que os responsáveis sofrerão, caso a prática ilegal seja identificada e dificulte a convivência com os demais condôminos.

O condomínio pode apoiar, promover e divulgar campanhas educativas antidrogas por meio de palestras e encontros entre os condôminos. Poderá criar também comissões e/ou um “conselho juvenil” com a finalidade de agregar, orientar e conscientizar os jovens, pais, crianças e adolescentes (PASCHOAL, 2017).

No que diz respeito à segurança, a iluminação, o monitoramento e a gravação de imagens e sons das áreas comuns por meio do CFTV, tende a desestimular o tráfico e o consumo de entorpecentes, bem como garante de prova, caso algum fato ilegal ocorra. Igualmente será produtivo o investimento no preparo dos funcionários do condomínio para enfrentar a questão (PASCHOAL, 2017).

Caso o problema já esteja enraizado, o mais sensato é que a primeira abordagem seja a mais conciliatória e amistosa possível, trabalhando por manter uma relação amistosa entre a gestão condominial e os condôminos (PASCHOAL, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto que, a decisão de consumir ou não drogas ilícitas diz respeito à uma escolha individual, tal usuário, ao optar pelo uso de determinada substância deve se responsabilizar pelo seu ato, e arcar com multas, penas ou prisões quando o consumo abusivo oferecer risco à liberdade ou à saúde de terceiros. Como hoje acontece com os cigarros, através de multas para uso em locais fechados ou o uso em determinados espaços públicos, regidos pelo Decreto Nº 8.262, De 31 De Maio De 2014 e Lei 12.546/2011, e para a bebida consumida em excesso através do pagamento de multas ou privação da liberdade, sendo a matéria legislada pela Lei Seca (lei 11.705/2008). Em ambos os casos não se retiram a liberdade individual de escolha, onde cada consumidor pode optar em consumir ou não seu cigarro ou sua bebida, mas sabe que ao consumir estará sujeito às aplicações penais previstas em lei.

Para ocorrências de uso e tráfico de drogas ilícitas dentro do condomínio, conclui-se que a aplicação do ordenamento jurídico, pode e deve ser adotada, ainda que reconhecidos estes como uma residência e área de uso privativo, uma vez que, mesmo reconhecendo a Constituição Federal a inviolabilidade de domicílio, também prevê, em seu artigo 5º, inciso II, que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Logo, o Código Civil ao disciplinar sobre Condomínios Edilícios, em seus artigos 1.331 e seguintes, caracteriza sua formação pela união de propriedades privativas e comuns, além de cuidar das regras básicas de melhor convivência do cidadão em condomínios edilícios, estabelecendo uma proteção à coletividade também nas questões comportamentais, tais como estabelecidas no art. 1.336, IV (OLIVEIRA, 2019).

Assim, a liberdade que a noção do direito de propriedade possui, enquanto um direito fundamental (Constituição Federal, art. 5º XXII), em condomínios edilícios e semelhantes, não é absoluta, uma vez que está relativamente ligada às normas internas condominiais, autorizadas por lei e deliberadas pelos próprios condôminos em expressiva maioria conforme determinação legal.

Ainda que democrático, o condomínio em certos aspectos não garante a liberdade na configuração contemporânea, mas sim como

uma “liberdade dos antigos”, onde as ações dentro do condomínio se restringem às deliberações coletivas, respeitando principalmente regras internas e legislação vigente.

Sobre a liberdade dos antigos, discorreu Henri-Benjamin Constant de Rebeque:

“A liberdade dos antigos consistia em exercer colectiva, mas diretamente, várias partes da soberania, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar sentenças, em examinar contas, os actos de gestão dos magistrados, em fazê-los comparecer perante o povo, em submetê-los a acusações, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que se dava isso que os antigos chamavam de liberdade, eles admitiam como compatível com tal liberdade colectiva a sujeição do indivíduo à autoridade do conjunto. – Todas as acções privadas estavam sob uma vigilância severa. Nada era concedido à independência individual, nem no tocante à religião” (CONSTANT, 1985, p. 09)

Assim, mesmo para o assunto de Drogas no condomínio edilício, o bem estar da coletividade é priorizado ante o interesse individual; podendo o usuário, traficante ou transportador do entorpecente, ser detido, ainda que resida e/ou esteja em unidade autônoma residencial.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARROSO. Luis Roberto. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=CHXJV5Pz09s>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BORGES, Beatriz de Almeida; MORAIS, Pâmela. **Inciso XI – Violação De Domicílio**. 2019. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/artigo-5/violacao-de-domicilio/> > Acesso em: 07 abr. 2020.

BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 de março 2020.

BRASIL JÁ TEM MAIS DE 210 MILHÕES DE HABITANTES, APONTA IBGE. 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-tem-mais-de-210-milhoes-de-habitantes-aponta-ibge/>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº 8.262, de 31 de maio de 2014. Altera o Decreto nº 2.018, de 1º de outubro de 1996, que regulamenta a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996 e Lei 12.546 de 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/decreto/d8262.htm>. Acesso em: 10 de mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.991, De 17 De Dezembro De 1973. Dispõe Sobre O Controle Sanitário Do Comércio De Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos E Correlatos, E Dá Outras Providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15991.htm> Acesso em: 10 de mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 09 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.705, de 19 de Junho de 2008. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo

lo automotor, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111705.htm> Acesso em: 09 mar. 2020.

BRASIL. Portaria Nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html> Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Relatório brasileiro sobre drogas** / Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas; IME USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempliuk e Lúcia Pereira Barroso. – Brasília: SENAD, 2009. 364 p. Disponível em; <<https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/relatorios-politicas-sobre-drogas/relatoriobrasileirosobredrogas-2010.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. in

Filosofia política, Rio Grande do Sul, Número 2, 1985, pg. 09–25.

GANEM, Pedro Magalhães. **O que é droga para fins de caracterização do tráfico de drogas?** 2019. Disponível em: <<https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/695507525/o-que-e-droga-para-fins-de-caracterizacao-do-traffic-de-drogas>> Acesso em: 07 abr. 2020.

HISTÓRIA DO COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>> Acesso em: 10 mar. 2020.

KAHN, T. “Pesquisas de vitimização”. in **Revista do Ilanud**. São Paulo, Ilanud, n.10, 1998.

KARPAT, Rodrigo. Drogas dentro do condomínio, **in Revista Direcional Condomínios**, 2016. Disponível em formato on-line: <<https://www.direcionalcondominios.com.br/sindicos/rodrigo-karpat/item/2449-drogas-dentro-do-condominio-medidas-que-cabem-ao-sindico.html>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

NASCIMENTO, Pablo Everton M. **Considerações acerca das consequências penais do uso de drogas ilícitas no direito brasileiro**. 2012. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/21873/consideracoes-acerca-das-consequencias-penais-do-uso-de-drogas-ilicitas-no-direito-brasileiro>> Acesso em: 27 mar. 2020.

OLIVEIRA, Cristiano De Souza. **Sou síndico, e agora? Reflexões sobre o Código Civil e a vida condominial em 11 lições**. São Paulo: Exclusiva Publicações, 2012.

OLIVEIRA, Cristiano De Souza. **Parecer Airbnb: Condomínio – Locação Por Temporada –**

Uso De Aplicativos – Função Social Da Propriedade –Inexistência De Alteração De Destinação –Limites Das Deliberações De Assembleias E Normas Internas Condominiais. São Paulo. 2019. Disponível em:< <https://assets.airbnb.com/help/airbnb-opinion-cristiano-souza.pdf>> Acesso em: 07 abr. 2020.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. APRESENTA DOCUMENTOS SOBRE A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/informacoes-adicionais.html>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

PANIZA, Gustavo; BELL, Rodrigo C. Uso de drogas no condomínio. **In O Estado de São Paulo**. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/uso-de-drogas-no-condominio-o-que-fazer/>> Acesso em: 27 mar. 2020.

PASCHOAL, João Paulo Rossi. Há consumo de drogas entre meus vizinhos, e agora?, **in Revista Direcional Condomínios**,

2017. Disponível em formato on-line: < [https://www.direcional-condominios.com.br/sindicos/joao-paulo-rossi-paschoal / item/2881-ha-consumo-de-drogas-entre-meus-vizinhos-e-agora.html](https://www.direcional-condominios.com.br/sindicos/joao-paulo-rossi-paschoal/item/2881-ha-consumo-de-drogas-entre-meus-vizinhos-e-agora.html)>. Acesso em: 07 abr. 2020.

PUBLICAÇÃO TRAZ ENTENDIMENTOS ATUALIZADOS DO STJ SOBRE A LEI DE DROGAS. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-25/publicacao-traz-entendimentos-atualizados-stj-lei-drogas>. Acesso em: 10 mar. 2020.

REALE, Miguel. **Novo Código Civil, Exposição de Motivos**, datada em 16 de janeiro de 1975. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 27 de março 2020.

RESULTADO IBGE NÚMEROS DE UNIDADES RESIDENCIAIS NO BRASIL. 2010. Disponível em <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/3152#resultado>>. Acesso em 10 mar. 2020.

Relatório Mundial sobre Drogas 2019: 35 milhões de pessoas em todo o mundo sofrem de transtornos por uso de drogas, enquanto apenas uma em cada sete pessoas recebe tratamento. 2019. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/relatorio-mundial-sobre-drogas-2019_-35-milhes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-por-uso-de-drogas-enquanto- apenas-1-em-cada-7-pessoas-recebe-tratamento.html>. Acesso em: 07 de abr. 2020.

DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: ANÁLISE DO HC COLETIVO 143.988/ES

Egídio Santos Martiniano Júnior

INTRODUÇÃO

Diante de uma nova realidade pautada em violações de caráter coletivo, ainda que de direito individuais, decisões recentes do Supremo Tribunal Federal têm entendido pela possibilidade de impetrar-se *Habeas Corpus* coletivos, visando tutelar afrontas a direitos de uma coletividade possivelmente determinada.

No caso do HC coletivo 143.988/ES, o flagrante caso trazia grave violação à diversos direitos fundamentais como à vida e saúde, em razão do cerceamento da liberdade, bem como, à dignidade humana, em razão da superlotação da UNINORTE, Casa de Internação de adolescentes em conflito com a lei. Diante desse caso, indagar-se-á até que ponto o *Habeas Corpus* é eficaz na efetivação e proteção de direitos fundamentais, atuando, principalmente, como no presente caso, na defesa dos adolescentes, alvos de absoluta atenção especial por parte do Estado, diante da Doutrina da Proteção Integral prevista no art. 227, CF/88, inaugurando, inclusive, uma nova ótica de proteção à estes sujeitos de direito, o que, na casuística, não se foi observado.

Deste modo, através de uma breve análise sobre o remédio constitucional de *Habeas Corpus*, sua origem no Brasil e no mundo e so-

bre o HC coletivo, intenta-se analisar o julgamento pelo STF do HC 143.988/ES, a fim de verificar qual foi a relevância da aplicação do instituto em comento na proteção à dignidade humana dos adolescentes internos.

1. Habeas Corpus como instrumento para concretização de direitos fundamentais

Em um Estado Democrático de Direito, princípios e leis criados por ele mesmo limitam sua própria atuação. A existência de um dispositivo constitucional que visa garantir a liberdade do agente contra o excesso punitivista ilegal, ao constranger-se o direito fundamental à liberdade de alguém, configura genuína estrutura democrática.

Previsto no art. 5º, LXVIII, CF e no art. 647, CPP, o Habeas Corpus, espécie de ação autônoma de impugnação, ou, do ponto de vista constitucionalista, remédio constitucional, é comumente utilizado quando houve o cerceamento ilegal do direito de ir e vir de alguém, ou, ainda, quando há também a iminência de coação ilegal contra a liberdade de locomoção, logo, aduz-se haver duas espécies de Habeas Corpus: a) liberatório; e b) preventivo, sendo que o objeto deste *writ*, obviamente, “viene determinado por una pretensión de naturaliza constitucional, ya que incide em el derecho a la libertad”. (SENDRA, *apud* MARCÃO, 2016)

Referido direito à liberdade, consubstanciado tanto no preâmbulo da Carta Magna quanto no art. 5º, CF, traduz muito mais que o direito de ir e vir, mas, além, a liberdade em sentido muito mais amplo.

A liberdade é expressão bastante ampla. É gênero que comporta diversas espécies. Observa-se que, com a evolução histórica da humanidade, a liberdade era restrita em relação ao homem e à sociedade. Com o tempo, esta sociedade primitiva se consagra em Estado e, a liberdade passa a ser combatida pelo indivíduo em relação ao Estado. (MATTOS JUNIOR, p. 20, 2009)

A questão gira entorno não apenas do homem em si, mas também da atuação do próprio Estado que não pode ser arbitrária e desenfreada, logo, mesmo num Estado Democrático de Direito, valer-se de remé-

dios para socorrer máculas em sua estrutura, são vitais para a boa organização e estabilidade das normais sociais.

Em verdade, se se fala em Estado Democrático, supor-se-á uma organização pautada na democracia propriamente, enquanto modelo de governo com participação popular, e, “de Direito”, por estabelecer regramento que proteja o povo e limite sua própria atuação.

Com isso, se ainda assim há excessos e desvios, como garantir a justa correção? Surge neste esteio o instrumento do Habeas Corpus, que hodiernamente é muito mais concebido como um “santo” remédio aplicável em diversas situações de descumprimentos fundamentais, sobejando o que se entende por coerção de liberdade do campo penal, para mais propriamente na acepção sociológica.

Nesta senda, a “(...) redação original do art. 72, § 22, da Constituição de 1891 que dizia, “dar-se-á habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder” (SOUZA, p. 76, 2008), já induzia ser mais ampla a aplicação do Habeas Corpus, do que meramente liberatório, como previsto hoje na redação do inciso LXVIII do art. 5º, *in verbis* “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”.

Ademais, tinha como ferrenho defensor desta tese Ruy Barbosa, onde entendia:

Se a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o habeas-corpus com os mesmos limites dessa garantia durante o Império, a Constituição de 1891 teria procedido em relação ao habeas-corpus como procedeu relativamente à instituição do júri. (...) o habeas-corpus hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o habeas-corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade” (BARBOSA, *apud* SOUZA, p.76, 2008)

De toda sorte, tem-se que para desempenhar todos os direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna, imprescindível é que haja a garantia da liberdade de forma inequívoca, senão, restará prejudicado a maioria dos direitos em completude, se não todos.

1.1 Origem histórica do Habeas Corpus

Atribui-se o surgimento do writ aos barões ingleses em 1215, que:

(...) impuseram ao rei João Sem Terra a *Magna Charta Libertatum*, cujos princípios do *writ of habeas corpus* se catalogaram em seu capítulo XXIX, em que “se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia prática, imediata e utilitária da liberdade física (...)” (MIRANDA *apud* MOSSIN, 1995, p. 17)

(...) a Magna Charta, imposta pelos barões ingleses, em 15 de junho de 1215, ao rei João Sem Terra, foi ato solene para assegurar a liberdade individual, bem como para impedir a medida cautelar de prisão sem o prévio controle jurisdicional. (MARQUES *apud* MOSSIN, 1995, p. 17)

Como se pode observar, o surgimento do Habeas Corpus se deu de maneira compulsório ao então monarca João Sem Terra, de modo que tal requisição se justificou justamente no combate aos excessos do Estado totalitário, visando garantir as liberdades individuais do homem.

À época, o Habeas Corpus não era bem o remédio como conhecemos hoje, mas um princípio que deveria, em tese, conter a atuação desenfreada do Estado. Nas lições de Hélio Tornaghi “o *habeas corpus* é, no Direito Inglês do qual se origina, uma ordem de apresentação pessoal de alguém (...) O juiz que a presença física de alguma pessoa”. (TORNAGHI, *apud* MOSSIN, 1995, p. 18) Ou seja, visualiza-se que o objetivo do *habeas corpus* era garantir que o preso pudesse ser ouvido pelo juiz e então verificada sua necessidade de cárcere, traduzindo também uma proteção a mais contra as arbitrariedades do Monarca, entretanto, insta salientar que por mais que tenha sido uma

vitória a criação do writ, infelizmente fora desrespeitado continuamente pelo rei.

Com o passar dos anos e contínuos reinados que ignoravam tal preceito, observou-se que não bastava a mera proclamação do princípio contido na Magna Carta, mas sim um sistema processual aplicável que permitisse a proteção do direito à liberdade. Com isso, surge a Segunda Carta Magna, na personificação do *habeas corpus act*, em 1679. (MIRANDA *apud* MOSSIN, 1995, p. 21)

1.1.1 Habeas Corpus no Brasil

No Brasil, até a partida de Dom João VI para Portugal, não havia na legislação nacional qualquer espécie de tratativa a respeito do *habeas corpus*, porém, o Decreto de 23 de maio de 1821, cuidou de introduzir o remédio constitucional no país (MOSSIN, 1995, p. 25). Não obstante, ainda, introduzir no direito pátrio o referido instituto, estabeleceu também a “prisão em flagrante, como forma legal e justa de detenção individual. (...) Essas garantias individuais se encontram alinhadas na atual Constituição Federal e no Código de Processo Penal em vigor, daí vertiginosa importância que teve aquela legislação.” (MOSSIN, 1995, p. 27)

Contudo, foi apenas com o advento do Código de Processo Penal de 1832, que veio instrumentalmente regulado o *habeas corpus*, onde, portanto, tem-se como seu marco introdutório regular e eficaz. (MOSSIN, 1995, p. 29)

Deste modo, aduz ser recente a origem do *writ* no ordenamento jurídico brasileiro num primeiro momento, e, ainda mais recente, sua aplicação instrumental, posto que não deixou de sofrer outras alterações ao longo da evolução legiferante, como supracitado.

1.2 Habeas Corpus Coletivo

Embora não haja previsão expressa em qualquer diploma normativo interno, em fevereiro de 2018, com o julgamento do HC 143.641/SP, inaugurou o STF o entendimento de cabimento do *habeas corpus* impetrando em favor de uma coletividade. A ordem concedida seria

em favor de presas grávidas, mães de crianças de até 12 anos ou responsáveis por pessoas com deficiência, se estendendo, ainda, às meninas adolescentes em situação de medida socioeducativa de internação.

Na época, o relator Min. Ricardo Lewandowski, iniciou seu voto justificando ser necessária coragem para inovar no ordenamento jurídico visando salvaguardar direitos em risco:

É um momento histórico que exige que prestigieemos este vetusto instrumento de proteção dos direitos fundamentais, que é o habeas corpus. Lembro do caso recente da homologação do acordo dos planos econômicos – atingimos universo de 650 mil ações em trâmite. Nós três [Gilmar e Toffli], de forma pioneira e corajosa, prestigiamos um instrumento que não tem originalmente abrangência coletiva, prestigiamos solução abrangente para situação que vinha se arrastando há duas décadas. E tratava-se de direitos meramente patrimoniais. É chegada a hora de exercermos um pouco de coragem. Entendo que este remédio, como apresentado, na sua dimensão coletiva, é efetivamente cabível. O STF tem admitido os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que direitos de determinadas coletividades estão sob risco de lesões graves. (STF, 2018, on line)

Ademais, embora criticada a abertura de precedente, na opinião de alguns tribunais como o STJ e mesmo doutrinadores, pelo fato de a lei requerer que na petição do *writ* seja identificado o paciente, o que fica impossível ou mais dificultoso no caso do HC coletivo, em verdade, pode-se rechaçar tal argumento em dois vieses:

a) o primeiro, sob interpretação da CF, nas palavras de Guilherme Madeira:

É preciso que o Código de Processo Penal seja lido à luz da Constituição Federal de 1988. Quando elaborado o Código não se pensava em demandas de natureza coletiva, mas apenas em demandas individuais. Posteriormente com a evolução do pensamento e das relações sociais passou-se a entender pelo cabimento de demandas de natureza coletiva que poderiam ser

tuteladas inclusive por meio de ação civil pública. (DEZEM, p. 1233, 2018)

b) nas palavras do próprio relator do HC supracitado, que afirmou ter na realidade sim identificação das pacientes: “Desmembrei o processo em dois. Estamos neste HC lidando com um universo perfeitamente delimitado. Deixei para situação futura os outros Estados [que não enviaram informações].” (STF, 2018, on line)

Após o primeiro reconhecimento do HC coletivo do chamado “caso das presas grávidas”, tivemos alguns outros também famosos, de modo que chegamos ao objeto do presente estudo, a ser posteriormente estudado, qual seja, o HC coletivo 143.988/ES.

2. Doutrina da Situação Irregular e Proteção Integral

A chamada Doutrina de Situação Irregular, que vigeu de sua inauguração no Código Mello Mattos (Lei 6697/79) até o sucedâneo hodierno de 1988, trazia um tratamento bem diferente à criança e ao adolescente, que, embora já numa fase tutelar, não os via como sujeitos de direitos. À época, previa o referido diploma assistência, proteção e vigilância aos menores que, conforme art. 1º, Lei 6697/79, eram:

Art. 1º. Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;
 II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.
 Parágrafo único. As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação. (BRASIL, 1979)

E a denominada “Situação Irregular” era explicada pelo art. 2º:

Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 - b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
- II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- III - em perigo moral, devido a:
- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
- IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- VI - autor de infração penal.

A situação irregular caracterizava-se pelo menor que tinha privado de si condições essenciais de subsistência, ausência dos genitores, maus tratos, e afins, que de fato traziam à casuística, uma situação tida como irregular, ou seja, fora daquilo que se almejava para um bom desenvolvimento da criança e do adolescente.

Porém, na realidade, acaba que as intervenções estatais se davam de maneira discricionária, por vezes motivadas em questões puramente econômicas, onde se “expunha as famílias populares à intervenção do Estado, por sua condição de pobreza” (RIZZINI *apud* LEITE, p. 14, 2005)

Ou seja, culminou-se esta era do direito da infância e juventude brasileira, não pela tutela dos jovens como sujeitos de proteção e especial atenção da sociedade, família e estado, mas “‘resolver’ o problema dos menores, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle (...) por mecanismos de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e educação” (RIZZINI *apud* LEITE, p. 10, 2005)

Outra característica desta ineficiente tutelar, foi o fato de que “A doutrina da situação irregular acaba por não distinguir entre menores

necessitados de proteção, em função de seu estado de carente, e menores necessitados de reforma.” (SHECAIRA, p. 34, 2015).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma nova concepção sobre o tratamento das crianças e dos adolescentes, na chamada Doutrina de Proteção Integral.

Referido avanço no tratamento especial concedido, surgiu de tratados internacionais que já sinalizavam a nova ótica sob a qual o menor deveria ser cuidado e protegido, especialmente a Convenção dos Direitos da Criança, adotada integralmente pelo Brasil.

(...) calcada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tendo, ainda, como referência documentos internacionais, como Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, aos 20 de novembro de 1959, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing - Res. 40/33 de 29 de novembro de 1985, as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil - Diretrizes de Riad, de 1º de março de 1988 e a Convenção sobre o Direito da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990. (FERREIRA; DÓI, p. 02, MPPR)

No ordenamento jurídico interno, foi o art. 227, da Carta Magna/88 que cuidou de positivizar a nova doutrina, que prescreve, *in verbis*:

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. (BRASIL, 1988)

Ou seja, inaugurada a Doutrina da Proteção Integral, tem-se o menor de idade como sujeito titular de direitos, devendo ser obrigação não apenas da família, mas da sociedade e do Estado, a absoluta prioridade na proteção e cuidado dos direitos inerentes. Trata-se de verdadeira efetivação do princípio da dignidade humana, justamente para com aqueles que mais merecem proteção e cuidado, afinal, encontram-se em uma fase de formação de seu entendimento enquanto membro de uma sociedade.

Não somente isso, também com o advento do ECA em 1990, balizado por essa nova doutrina, buscou não apenas conferir direitos às crianças e adolescentes em estado de vulnerabilidade social, mas a todas, por entender que a infância e a juventude são fases onde impera a especial condição da pessoa em desenvolvimento.

Com isso, um conjunto de medidas foram previstos no ECA com o escopo de concretizar tais direitos, aliando atuação do governo com políticas públicas e outras medidas, expandindo a atuação do ministério público na fiscalização e proteção dos menores de idade, bem como, conferindo papéis aos Poder Judiciário (AMIN, 2011, p. 14-15), ou seja, criando o chamado Sistema de Garantias Nacional, que converge toda sua atuação na promoção factual de direitos infanto-juvenis.

Tal Sistema de Garantias, na lição de Alexandre de Moraes, traz que “O Estado, no cumprimento de sua obrigação constitucional, promoverá a programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de atividades não governamentais (...)” (2011, p. 2006).

Diante disso, uma ideia central deve prevalecer: todo o ordenamento jurídico no que tange a proteção de direitos da criança e do adolescente, vem com o escopo de protegê-los, inclusive quando se fala em medidas socioeducativas, que como o próprio nome indica, visam educar, não punir.

2.1 Medida socioeducativa de internação

Quando falamos de um sistema de punição para os adolescentes infratores, sob a ótica da proteção integral, em verdade, não há que se analisar as medidas previstas no ECA pelo punitivismo e tratamento

dado aos imputáveis, mas sim entender que a função das medidas socioeducativas são outras:

O sistema de responsabilização presente no Estatuto pressupõe, pois, a existência de crime ou contravenção como causa objetiva, eficiente e necessária para o acionamento do sistema, sem dispensar as condições subjetivas (dolo e culpa). Do ponto de vista objetivo, estabeleceu-se um sistema que não pode prescindir dos atos aos quais correspondem condutas descritas como crimes ou contravenções. Porém, é variável a intensidade da responsabilização, porquanto há uma relativização do princípio da proporcionalidade em função do superior interesse da criança. (SHECAIRA, p. 172, 2015)

Assim, prevê o art. 112, do ECA, no inciso VI, dentre outras, a aplicação de medida de internação nos casos em que haja ocorrência de ato infracional grave, desde que o adolescente seja capaz de arcar com a medida, correspondendo à adolescentes, os maiores de 12 anos e menores de 18 anos, como preleciona o art. 2º, in fine.

Posteriormente, no art. 121, organizando melhor, temos o artigo que define a medida de internação enquanto privação de liberdade:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária. (BRASIL, 1990)

Ou seja, aduz-se que a aplicação da medida de internação constitui *ultima ratio* a ser aplicada ao adolescente infrator, possuindo o limite de três anos máximos para cumprimento, sendo que também não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser periodicamente reavaliada por autoridade competente, que deve sempre avaliar a necessidade de permanência e conversão desta medida por outra.

Cabe ressaltar que todas essas determinações previstas no ECA, foram, e muito, influenciadas por tratados e convenções internacionais. Inclusive, sobre a internação dos adolescentes, destacam-se as Regras Mínimas das Nações Unidas, que:

(...) regulam minuciosamente desde o ambiente físico dos estabelecimentos institucionais até as recomendações de educação formação profissional e trabalho que devem ser desempenhadas quando da institucionalização do infrator. (SHECAIRA, 2015, p. 60-61.)

(...) A ideia central dessas regras é que só você poderá privar o jovem de liberdade como último recurso e por um mínimo período, medida que deve ser limitada a casos excepcionais. (SHECAIRA, 2015, p. 61.)

Com isso, infere-se que o objetivo da medida socioeducativa de internação é mais que meramente punir o adolescente, mas muitas vezes retirá-lo do meio social que pertence e quem sabe recuperá-lo inserindo-o em outro meio, ou por meio da promoção de estudo e ensino profissionalizante que toda unidade de internação deve ter.

3. Análise do HC Coletivo 143.988/ES

O HC Coletivo 143.988/ES, impetrado pela Defensoria Pública do Espírito Santo, alegava haver grave violação aos direitos humanos na Casa de Custódia UNINORTE, pois, ao invés de comportar 90 adolescentes, conforma a capacidade, possuía 201 internos.

Num primeiro momento, o HC havia sido denegado, porém, posteriormente, após interpor agravo regimental contra esta decisão que não conheceu o *writ*, é que fora concedida a Ordem.

A Defensoria relatou na petição que a superlotação ocorria desde 2015, tendo sempre acarretado rebeliões, motins, violências internas entre os reeducandos, etc, de modo que no estabelecimento, dado a falta de estruturação, não havia separação por idade, porte físico ou mesmo o tipo de ato infracional, o que apenas corroborava pra calamitosa situação.

Ainda, relata a impetrante que vários foram os relatos dos adolescentes sobre tortura e maus tratos por parte dos agentes e da própria Secretaria de Justiça do Estado do Espírito Santo. Também narrara que os adolescentes viviam a maior parte do tempo nos quartos, não tendo oportunidade quase nenhuma de tomar sol etc, senão nos dias de visita, sendo, inclusive, o tratamento neste sentido comparado ao do Regime Disciplinar Diferenciado - RDD.

Outra situação que denotava as graves violações à dignidade humana, era as condições de higiene e limpeza, com acúmulo de lixo, esgoto exposto, mau cheiro, altas temperaturas, insetos e outros bichos.

Por fim, se verificou ainda que há na referida Casa de Custódia um elevado número de mortes entre os reeducandos, o que apontou como mais um motivo necessário à concessão da Ordem do HC em nome de todos os internos da UNINORTE devido ao flagrante quadro de violação dos direitos humanos e da dignidade humana.

O relator do caso Min. Edson Fachin, quando de sua análise, lembrou do HC 143.641/SP “das presas grávidas”, onde admitiu o *habeas corpus* coletivo para discutir direitos individuais e homogêneos. Após, pontuou que diante das flagrantes situações de violação à dignidade humana e aos direitos humanos, é necessário intervir na Casa de modo a diminuir a quantidade de internos, deste modo, acata a su-

gestão da Defensoria em adotar o princípio do *numerus clausus*, ou seja, para a entrada de um novo adolescente, retirar-se-ia outro, de modo a equilibrar.

Ele reconhece que a falta de vagas para transferências para outras unidades de internação, são temas de exaurida discussão na ação civil pública ajuizada outrora pelo MP, porém, que a manutenção da presente situação acaba por afrontar o próprio art. 227, CF/88, que dispõe o dever da família, sociedade e Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, direitos como à vida, à saúde, dignidade, respeito, liberdade, etc, bem como coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Ainda, elencou a importância da dignidade da pessoa humana e o valor intrínseco da pessoa, principalmente quando em relação a aplicação das medidas privativas da liberdade, que estabelece o direito à proteção especial, e traz princípios como da brevidade e excepcionalidade, sendo obrigação do Estado proporcionar condições necessárias para a execução das medidas socioeducativas ao adolescente em conflito com a lei.

Trouxe à baila regras da Convenção sobre os Direitos da Criança, que preveem uma série de ações promovidas pelo Estado e suas instituições públicas, visando proteger e cuidar das crianças e adolescentes, inclusive, zelando para que nenhuma criança seja submetida a tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Logo, constata o Exmo. Min Fachin. que:

(...) nesta dimensão, depreendo que na ambiência do adolescente em conflito com a lei, as medidas socioeducativas privativas de liberdade, deverão ser cumpridas em estabelecimentos que ofereçam dignas condições, em respeito à sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento. (STF, 2018, p. 09)

E decide então:

A solução apontada, qual seja, aplicação do princípio do *numerus clausus*, para o momento, é a que melhor se ajusta para minimizar e estabilizar o quadro preocupante.

O percentual de 119% é extraído da taxa média de ocupação dos internos de 16 estados, aferido pelo CNMP em 2013. Por ora, por ausência de outros parâmetros, compreendo razoável o índice informado na exordial como a fixação de limite de internos que cumprem a medida socioeducativa de internação na UNINORTE de Linhares/ES. (STF, 2018, p. 10)

Determinando:

(...) que na Unidade de Internação Regional Norte em Linhares/ES, onde há execução de medida socioeducativa de internação, a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos em 119%, procedendo-se a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%;

subsidiariamente, caso a transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o mencionado percentual máximo de ocupação;

na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares; (STF, 2018, p. 11)

Assim, após verificada as flagrantes situações de violação à infirmitades de direitos fundamentais dos adolescentes internados na UNINORTE, felizmente entendeu o exmo. min. Fachin pela concessão da Ordem oficiando a liberação para regime domiciliar ou mesmo a transferência para outras unidade de internação, a fim de conferir a estes jovens não meramente o cumprimento da medida, mas também oportunidade de, em condições possíveis, salvaguardar direitos e quem sabe trazer algo que forneça a estes jovens condições de mudar de vida.

Importante destacar, por fim, que os efeitos do HC 143.988/ES não se limitaram apenas ao Espírito Santo, posto que, conforme despacho do relator min. Fachin em 23 de maio de 2019, por meio de petição subscrita pela Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, associada as Defensorias dos estados da Bahia, Ceará, Pernambu-

co, Rio Grande do Sul, São Paulo, Tocantins e do Distrito Federal, concedeu a extensão liminar dos efeitos do HC ora analisado por requerimento destas, expandindo as determinações do HC Coletivo para todos os adolescentes internos das instituições dos respectivos estados das Defensorias.

Logo, os estados da Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio de Janeiro, apenas, devem adotar a utilização do critério *numerus clausus*, a fim de que seja determinado o limite de superlotação não superior à 119%, devendo transferir o excedente, ou, sendo impossível, que o magistrado atenda ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, qual seja, ser incluído em programa de meio aberto, até que seja atingido o mencionado percentual de ocupação, sendo que na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que sejam convertidas as medidas de internação em internações domiciliares.

CONCLUSÃO

Quando do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da possibilidade de se impetrar *Habeas Corpus* coletivo para tutelar direito individuais em situações de flagrante ameaça de direito de uma coletividade, abriu-se então precioso precedente que felizmente é aplicado pelos Tribunais em situações realmente necessárias. No caso do HC coletivo 143.988/ES, não foi diferente. Existia uma situação de superlotação, com condições sub-humanas violadoras de uma série de princípios como a dignidade humana, à vida e à saúde, e, não somente, em especial atenção ao caso, completamente fora do que a doutrina da proteção integral prescreve, quanto a atuação do Estado quanto a punição de adolescentes em conflito com a lei. Deste modo, ver a efetividade do *writ*, que de fato trouxe mudanças positivas no caso concreto do presente HC, na proteção dos direitos humanos e da dignidade humana, demonstra que hodiernamente o *Habeas Corpus* possui atribuição muito maior que outrora lhe fora conferido, garantindo, através da liberdade, que diversos outros direitos sejam salvaguardados, principalmente quando tratamos de dignidade humana no cárcere.

REFERÊNCIAS

- BLUM JÚNIOR, João Conrado; OLIVEIRA, Bruna Mayara. HC coletivo para presas grávidas e mães: críticas à recente decisão. **Migalhas**, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276149,81042-O+HC+coletivo+para+presas+gravidas+e+maes+criticas+a+recente+decisao>. Acesso em: 20 de out. de 2019.
- BRASIL. Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979. **Código de Menores**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 09 de nov. de 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de out. de 2019.
- BRASIL. Lei 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 de out. de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 143.641/SP**. Paciente: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC-143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 20 de out. de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 143.988/ ES**. Paciente: todos os adolescentes internados na unidade de internação Regional Norte. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 17 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5189678>. Acesso em: 17 de set. de 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 1343 p.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DÓI, Cristina Teranise. **A proteção integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas**: Comentários ao art. 143 do ECA. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>. Acesso em: 23 de out. de 2019.

LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. **Juizado da Infância e da Juventude**, Porto Alegre, ano 3, nº 5, p. 9-23, 2005. Disponível em: <http://jjj.tjrs.jus.br/doc/artigos/edicao-05.pdf#page=9>. Acesso em: 07 de nov. de 2019.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-10.

MARCAO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 1168 p.

MATTOS JUNIOR, Ruy Ferreira. Direitos Fundamentais e Direito de liberdade. **Direitos Fundamentais e Democracia**, vol. 6, 2009. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/241/0>. Acesso em: 19 de out. de 2019.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: ed. Atlas, 2011, 2006 p.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**: Antecedentes Históricos, Hipóteses de Impetração, Processo, Competência e Recursos. São Paulo: Atlas, 1995, 275 p.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 268 p.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança: Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008. 75-82 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496909/RIL177.pdf?sequence=8#page=76>. Acesso em: 21 de out. de 2019.

A INEFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Carolina Faria do Prado

INTRODUÇÃO

É de se agregar, que o Brasil tem um governo que rara e timidamente admite os inúmeros problemas que possui com o seu sistema carcerário, que vêm também visivelmente ignorando fatos como a desordem total na prática da Lei de Execução Penal.

Um exemplo desta desordem é o desalinhamento que fica entre lei/execução, quando se é citado o artigo 3º da mesma, onde são assegurados todos os direitos ao internado e ao condenado, exceto aqueles que a própria lei atinge (como a liberdade), mas dentro das penitenciárias vivenciam direitos diária e cotidianamente violados, especialmente o constitucionalmente protegido princípio da dignidade humana (Art. 1º, inciso III da Constituição Federal) com torturas, tratamento desumano, falta de saneamento básico, menos que o mínimo de espaço para cada um, homens e mulheres presos juntos (penitenciárias mistas), sujeira e esgoto em meio aos indivíduos, alimentação totalmente inadequada, descumprimento de exames e atividades periódicas, dentre inúmeros outros desalinhamentos com a norma. (BRASIL, 1984).

Realidade que torna impossível o cumprimento (já complicado) dos intuitos da pena, especialmente o intuito ressocializador da mesma.

Essa pesquisa confronta os fatos relacionados à crise carcerária brasileira com teorias clássicas hobbesianas e se utiliza de método hipotético – dedutivo com procedimento descritivo e abordagem qualitativa do problema, levando em consideração pesquisa bibliográfica e confronto de teses. Objetiva demonstrar que esse sistema carcerário problemático talvez seja o esboço de um Estado omissivo que oferece rigor e descaso penal como forma de autoimposição.

1 THOMAS HOBBS E O ESTADO

Thomas Hobbes (1588-1679), um filósofo político e matemático inglês, influenciado pela Reforma Anglicana, que mantinha fortes ideologias sobre o Estado e sobre o chamado *estado de natureza*. Hobbes foi um *contratualista* que tinha uma visão peculiar sobre o Estado e principalmente sobre o porquê do homem precisar dele. (WEFFORT, 1999, p. 44).

Para melhor introduzir as ideias de Hobbes, será necessário começar pelo anteriormente referido *estado de natureza*, onde Hobbes testa a tese de que o homem por si só não é capaz de viver em comunidade sem uma liderança opressora, já que na hipótese sem essa liderança se comportaria como ‘selvagem’, a ideia “*bellum omnia omnes*” (o homem é o lobo do homem). O estado natural do homem então é o estado de medo, já que entre suas ideias o filósofo afirma que nenhum homem pode ser tão forte ou tão inteligente ao ponto de não temer que outro o supere. (BRAGA, 2018).

Partindo da premissa de que os homens viveriam então em completo caos e guerra constante, sem nenhuma espécie de garantia, o Estado, deveria ser a esperança.

Daí surge *O Leviatã (1651)*, livro onde o autor trata do Estado fazendo alusão a um monstro bíblico cujas características seriam a grandiosidade e opressividade. Nesse livro Hobbes defende que o homem deveria entregar sua liberdade em troca da paz que o Estado deve proporcionar, tal paz se referia ao fim do caos de homens sem leis e com medo constante da morte, também representaria o começo de uma organização. Essa opressão é defendida seguindo uma linha de pensamento onde para que se haja real submissão e obediência se faz

necessário um Estado soberano, defende ainda que essa soberania deve ser absoluta, ou seja, o Estado não estará sujeito à suas próprias regras. Conceito que dá a necessidade de frisar que igualmente necessário é preciso que o povo tenha esperança que esse Estado seja capaz de gerar essa tão desejada paz, dando à luz ao binômio *medo/esperança*, que para Hobbes, é o básico e necessário para uma sociedade organizada. (WEFFORT, 1999, p.58).

1.1 Medo e Esperança no sistema carcerário brasileiro

A ligação que se cabe fazer com a crise carcerária brasileira é voltada para a insuficiência do Estado. É de acordo que hoje, mesmo que ainda longe dos ideais, são os direitos fundamentais. São ganhos valiosos para a civilização. Devem então, buscar preservação.

Toda essa reflexão foi feita, para que se chegue ao ponto de debater que um Estado soberano que não deve respeito às suas próprias leis, não é viável, menos ainda um que oprime seu povo para garantir sua obediência.

O que deve existir, é punição para aqueles que transgredirem as regras – sejam eles povo ou os próprios governantes – punição justa, eficaz e de preferencia rápida para então alcançar os atuais três intuitos da pena, punir, prevenir e *ressocializar*.

E não se usar dessa punição (personalíssima do Estado) como uma forma de separação dos homens em sociedade, que marginalize os egressos e privilegie pessoas selecionadas sem critérios legais e morais. Levando em consideração ainda a péssima consequência dessa falta de norte das unidades prisionais de se tornarem lugar de qualificação de crime pela falta da individualização, organização e separação correta de agentes. (EZEKEKE, 2011).

Não é o vigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual

se apresenta alguma esperança de impunidade. (BECCARIA, P. 67 2015).

Conclui-se neste ponto, que o governo com suas atitudes omissas e tendenciosas na tentativa de convencer a população de que é esse tratamento subumano que criminosos merecem, usa o poder de punir para oprimir, para separar e para privilegiar sempre dividindo cada vez mais o povo e marginalizando homens.

2 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O Estado é detentor uno do *ius puniendi* e sendo assim, é o único capaz de aplicar punição àquele que transgredir normas, como bem ensinado por Rogério Greco a seguir.

Ius puniendi que pode ser entendido tanto em sentido objetivo quando o Estado através de seu poder legislativo e mediante o sistema de freios e contrapesos exercido pelo Poder Executivo cria as normas de natureza penal proibindo ou impondo um determinado comportamento sob ameaça de uma sanção como também em sentido subjetivo quando esse mesmo Estado através do seu poder judiciário executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo praticando uma infração penal. (GRECO, 2017. p. 01).

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984), ou como é popularmente chamada “LEP”, é criteriosa e detalhada nas suas disposições, levando em conta a dignidade do preso, prevê diversas assistências, suportes, tanto ao apenado quanto ao egresso, sem contar inúmeras outras disposições que formariam um ambiente propício à ressocialização, como a seguir;

O art. 1º da LEP, dispõe que “*A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”, já deixando claro o desacordo com a realidade executada no trecho “*harmônica integração social*”. (BRASIL, 1984).

É visto que tendo uma Constituição Federal como a brasileira, detalhista e rígida, normas pesadas e mal fiscalizadas, o cumprimento perfeito de cem por cento do ordenamento ainda é uma realidade distante, mas o desacordo do efetivado com a LEP, que existe para regulamentar todo o processo de execução da pena, é escandaloso.

Características muito importantes são regulamentadas pela LEP, como o tamanho mínimo que as celas deveriam ter; o tratamento dos apenados; as atividades que deveriam desenvolver; os exames periódicos; assistências garantidas; todas essas regulamentações não atingem apenas os apenados, mas também os egressos principalmente de forma a auxiliá-los a retornar à vida em sociedade.

Como exemplo: os arts. 5º e 6º trazem que se deve individualizar por meio de Comissão Técnica cada indivíduo para que sua pena privativa seja também individualizada e adequada para cada um; o art. 10 diz que é dever do Estado dar assistência ao condenado e ao internado que se estenderá ao egresso com intenção de orientá-lo ao retorno à vida em sociedade, o art. 11 lista as assistências como material, jurídica, à saúde, educacional, religiosa e social; o art. 25 lista as assistências ao egresso que são orientação para voltar à vida em liberdade e concessão se necessário de alojamento e alimentação por dois meses; todo o capítulo III trata do trabalho do apenado, que a não ser que seja pena restritiva de prestação de serviços à comunidade, deve ser remunerado e resguardado com toda a legislação brasileira; art. 41 traz os direitos do apenado em dezesseis incisos resguardando direitos como alimentação e vestuário suficientes, previdência social, igualdade de tratamento, audiência especial com diretor do estabelecimento, entre outros; o art. 53 reza o que deveriam ser as sanções disciplinares como repreensão, advertência verbal, isolamento adequado, suspensão ou restrição de direitos, e inclusão em regime disciplinar diferenciado; o art. 88 assegura em regime de reclusão, cela individual com dormitório, lavatório e aparelho sanitário, com área mínima da cela de seis metros quadrados (6m²). (BRASIL, 1984).

Tais informações são só um esboço de tudo que a LEP prevê e regulamenta, mas o que chama atenção é que a maior parte da lei, não se aproxima nem de longe da realidade. As execuções são feitas de forma contrária, como se lei anterior nenhuma as definisse. Adiante será relatado como é, na prática a execução penal no Brasil.

2.1 Crise de execução penal

A execução penal encontra-se em crise no Brasil, o processo como um todo se encontra em desacordo, desde inocentes presos e culpados soltos, até pessoas mantidas presas mesmo depois de seu tempo estipulado em sentença ter sido cumprido, falta de penitenciárias, colônias e casas de albergado, progressão por salto, superlotação, privilégio para pessoas próximas ao sistema, entre tantas outras reclamações possíveis.

A falta de individualização da pena também gera um grande desalinamento no objetivo do cárcere, Cesare Beccaria (1738-1794), têm uma visão interessante sobre essa problemática.

Se for estabelecido o mesmo castigo a pena de morte por exemplo para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos Morais obra de muito séculos cimentada por ondas de sangue estabelecida com lentidão sobrepunando mil obstáculos edifício que só se pôde levantar com socorro dos mais sublimes motivos e o aparato das mais solenes formalidades. (BECCARIA, 2015, p. 72).

Não só a questão da não individualização, mas do presos condenados com os presos processuais no mesmo ambiente, denotam grande preocupação com a dignidade dos presos e com os futuros egressos.

3 A REALIDADE CARCERÁRIA ATUAL

‘Escolas do crime’, é um termo constantemente utilizado para definir as prisões atuais, sem a individualização da pena e a separação por delito, os delinquentes convivem em superpopulação, facilitando a pratica de delitos dentro do cárcere e ainda dificuldade o combate contra o crime organizado.

O sistema carcerário no Brasil tem como finalidade proteger, reeducar e reintegrar o detento para o convívio em sociedade.

No entanto, percebe-se que esse sistema traz em si muitas contradições, fazendo com que seus reflexos positivos se voltem de maneira negativa, a ponto de ser chamado de escola do crime. O encarceramento, na análise da sociedade, é positivo, pois se utiliza de ferramentas ideais no contexto socializador do apenado. Já na análise negativa, o encarceramento surge como uma fábrica de criminosos. Dessa forma, ao invés de ser considerado um lugar de reabilitação, o cárcere é visto como um lugar que não recupera ninguém, e os detentos ainda saem piores do que quando entraram nas prisões. (JÚNIOR, 2014).

Ademais, a realidade das penitenciárias brasileiras hoje, se encontra piorada em aspectos múltiplos. O descaso estatal encontra embasamento no ódio populacional. Ódio esse que nasce de uma sociedade atemorizada pelos acontecimentos expostos pelos meios de comunicação em massa, que passa a concordar com as conclusões precipitadas da mídia e a solicitar também uma resposta rápida, por parte do Estado, (GRECO, p.73 2017) que na maioria das vezes significa aumento de pena ou supressão de direitos, inflando o sistema carcerário e agravando os já famigerados problemas carcerários que aparentemente, não serão pautas políticas tão cedo.

Tudo o que foi disposto anteriormente deve ser comparado com o que vem a seguir, começando por talvez o maior dos problemas do sistema prisional brasileiro que matou só no ano de 2017 mais de uma centena de presos no Brasil, as *facções criminosas*.

A presença dessa classe nas penitenciárias não se dá por uma influencia externa, mas tomando literalmente a frente dos estabelecimentos prisionais de dentro deles. (JUNIOR, 2014).

Logo no início do ano de 2017, dia primeiro de janeiro em Manaus, ocorreu o segundo maior motim da historia do Brasil, com cerca 60 mortes de presos (JADE, 2017), perdendo apenas para o Massacre do Carandiru em 1992, com 111 mortos. (CABRAL, 2016).

Isso porque as unidades prisionais brasileiras estão tomadas pelo crime organizado, acontecem conflitos de facções constantemente, conflitos de poder, guerras internas declaradas. Mas, como se não bastasse rebeliões e motins, existem denúncias e grandes suspeitas de envolvimento dos próprios diretores dos presídios para que seja permitida a movimentação dos líderes das facções. (JADE, 2017).

3.1 Rebeliões janeiro de 2017

Dia primeiro, em Manaus – MA, foi o pontapé inicial para o desencadeamento de rebeliões, o motivo claro, a facção Família do Norte (FDN) atacando os integrantes da facção Primeiro Comando da Capital (PCC) que apesar de originar-se em São Paulo, já se faz presente em todo o território nacional. O ataque foi brutal, houve pratica de degolamento e esquartejamento, agentes ficaram horas junto a corpos mutilados como reféns até serem liberados, nenhum agente foi morto. 184 presos fugiram nas unidades penitenciárias de Maranhão no mesmo dia, sendo 56 recapturados até o dia 3 de janeiro. (JADE, 2017).

O intuito da facção FDN na penitenciaria de COMPAJ (Complexo Penitenciário Anísio Jobim) com sua rebelião era disputar com a facção atacada (PCC) a liderança do crime local, desencadeando resposta e outras rebeliões no país que, segundo líderes das próprias facções, as unidades estariam ligadas, se dando por isso, o desencadeamento. (JADE, 2017).

Após esse ocorrido, uma série de rebeliões aconteceu. Dia 6 de janeiro em Roraima, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (Pamc), pelo menos 33 presos foram mortos. Em Rio Grande do Norte, dia 14 de janeiro na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, pelo menos 26 presos morreram em rebelião, durou quase dois dias e foi resolvida sem conflito com agentes, segundo a Secretaria de Segurança Publica. A Penitenciária de alcaçuz é considerada a maior do estado e tem vaga para 620 indivíduos, contendo atualmente por volta 1083 presos em regime fechado. Pouco depois de controlada a rebelião e dos policiais militares deixarem o local, os presos voltaram a se rebelar, mas desta vez subindo nos telhados com bandeiras improvisadas das facções, como se estivessem comemorando uma vitória, gritando “a vitória é nossa”. (JADE, 2017).

No Paraná, dois presos morreram e 28 fugiram na Penitenciária de Piraquara dia 15 de janeiro, em Curitiba. Segundo a Secretaria Estadual da Segurança Publica, o ocorrido foi devido a uma explosão próxima à unidade que abriu buracos nos muros que a cercam. Em Minas Gerais dia 16 de janeiro, no presídio Antônio Dutra Ladeira, na cidade de Ribeirão das Neves, presos fizeram motim reivindicando melhorias

na unidade e nos procedimentos para com eles e suas famílias e foi lá em entrevista, que o representante dos presos disse estar ciente da guerra de facções, pois todas as unidades estariam interligadas. Em São Paulo, uma rebelião no Instituto Penal Agrícola de Bauru, resultou na fuga de 200 presos. Em Santa Catarina, detentos do Presídio Regional de Lages fizeram motim no dia 19 de janeiro, sem reféns, mortes ou fugas. (JADE, 2017).

Frisa-se que esses relatos levam em conta apenas eventos ocorridos do ano de 2017, para que esteja claro que esse problema é atual e cresce cada ano. Problema que faz parte da história carcerária brasileira, haja vista o episódio de outubro 1992, o Massacre do Carandiru em São Paulo capital, quando em resposta a uma rebelião foram mortos 111 detentos por policiais militares, resultando na prisão de muitos policiais envolvidos, ministros que deixaram seus cargos e diversas críticas quanto a atuação tanto da polícia quanto dos governantes envolvidos. (CABRAL, 2016).

3.2 Superlotação

Com os dados da Penitenciária de Alcaçuz citados anteriormente, inicia-se um discurso sobre a superlotação das unidades prisionais brasileiras, problema que além de intensificar o primeiro já dito das facções criminais, disputa com o mesmo a liderança dos mais urgentes no Brasil.

Atualmente o difícil é achar uma unidade prisional no Brasil que não esteja superlotada, em todos os Estados, em maioria esmagadora das unidades. Em celas onde o limite seria dez pessoas, são alojados trinta, até quarenta indivíduos em condições precárias. O que contribui para que as unidades sejam controladas pelos apenados, contribui também para rebeliões, entrada de objetos proibidos dentro das cadeias como celulares e armas, contribui para proliferação de doenças e epidemias, entre diversos outros fatores que só dificultam ainda mais a ressocialização. (BELOTTO, 2017).

Outro fator extremamente forte para a contribuição da superlotação é o fato de que grande parte dos indivíduos são presos provisórios esperando julgamento. (JADE, 2017).

Primeiro que não deveriam estar presos junto com os condenados, segundo a LEP, depois que os dados divulgados no começo do ano de 2019 pela INFOPEN (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça) demonstram que os presos provisórios ocupam sozinhos 54,1% das vagas prisionais estaduais, sendo que são apenas 33,1% da população carcerária de prisões estaduais. (DEPEN, 2019).

Segundo o mesmo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2019, São Paulo tem 144.793 vagas e uma taxa de ocupação de 161,4%; Rio de Janeiro 31.463 vagas e 170,5% de ocupação; Minas Gerais 45.462 vagas e 171,5% de ocupação; Mato Grosso do Sul 10.290 vagas e 163,1% de ocupação. De forma geral, o Brasil tem 459.710 vagas com exceção das penitenciárias federais, e nesse sentido tem 163,5% de ocupação. A superlotação é indiscutível. (DEPEN, 2019).

Outro ponto fraco do sistema carcerário é a progressão de regime. Por falta de lugar, presos cumprem toda sua pena em regime fechado, mesmo cumprindo todas as exigências para progredir de regime, acontece também as progressões por salto forçadas. Presos de regime fechado que completam todas as exigências para progredir para o semi-aberto, porém quando não existir vagas neste, continuariam a cumprir a pena no regime fechado até que se cumprissem todas as exigências para o aberto e aí, se houver vagas no aberto, seriam transferidos. Isso quando progredirem.

Ainda na linha problemática, a superlotação e também o descaso político rende um abandono para com as prerrogativas da pena, a LEP prevê que os apenados estudem, trabalhem, façam atividades diversas para que possam alcançar um ideal reformado, mas a realidade é que segundo a INFOPEN 14,67% da população carcerária geral brasileira está atualmente em atividade educacional e 19,08% em atividade em programa laboral. (DEPEN, 2019).

Essa superlotação também é combustível para o alastramento de doenças e epidemias. Na realidade são diversos os fatores que contribuem para este ponto, a superlotação, a limpeza insuficiente do ambiente, a falta de saneamento básico muitas vezes sequer rede de esgoto existe e toda a sujeira corre a céu aberto nos pátios e corredores, a

infestação de insetos e até mesmo ratos e pombos, a falta de fiscalização correta relacionada à uso de drogas e prática de tatuagens, falta de produtos de higiene pessoal, alimentação inadequada, etc. Além de tudo, depois de doentes ou machucados, assistências médicas e remédios também são raros e ineficazes, são constantes os relatos de presos medicados e tratados de forma equivocada, doentes por longos períodos e mesmo assim sem sequer uma visita de um enfermeiro, menos ainda um médico. (TOMAZ, 2010).

4 RESSOCIALIZAÇÃO NÃO É ILUSÃO

Para que a realidade dessa crise carcerária mude, são necessárias mudanças estruturais em todos os aspectos. Inclusive no aspecto social.

A criminalidade vem sendo bem notória, em todos os meios de comunicação, são anunciados os crimes mais horrendos e absurdos, o que causa, com certeza, a indignação na sociedade, que diante do processo de ressocialização também faz parte, pois todas as pessoas que cometem algum crime, não permanecem todo tempo de sua vida nas prisões, logo se não houver adaptações e melhorias durante o processo de execução da pena, o retorno do apenado será mais problemático do que o motivo do seu isolamento. (YURIE, 2015).

No Brasil já funcionam modelos experimentais de penitenciárias com maior contato com trabalho, com a comunidade, estudo, capacitação, tratamento digno, direitos assegurados, assistências jurídicas, dentre outras diversas qualidades que todas as unidades deveriam ter. São chamadas de APACs (Associação de Proteção e Amparo aos Condenados), existem por volta de 30 unidades em Minas Gerais e Espírito Santo, abrigando aproximadamente 2,5 mil detentos. Tem aproximação com a religião cristã, características de permitir grande contato com as famílias dos presos e com a comunidade e talvez a mais ousada característica, os agentes não usam armas de fogo na segurança. (KAWAGUTI, 2014).

Esse sistema baixou a taxa de reincidência dos presos significativamente. Porém há controvérsias, a taxa de fuga seria bem maior do que as penitenciárias comuns. Para que o modelo já aplicado desse certo, é feita uma rígida seleção dos presos que poderiam integrar nessas unidades. Violentos, líderes de facções e aqueles que cometerem crimes

hediondos ou assemelhados a hediondos muito dificilmente teriam tal oportunidade. O que não reduziria os benefícios, já que a grande maioria dos apenados brasileiros não faz parte desses grupos.

O estado do Espírito Santo adotou o modelo americano de edifícios prisionais, com alas separadas, metálicas, com salas específicas para tratamentos odontológicos e psicológicos, foi notado que esse modelo dificultou as ações das facções, diminuiu motins e fugas significativamente. (KAWAGUTI, 2014).

Já os estados de Alagoas, Goiás e Mato Grosso do Sul apostaram em modelos que trouxeram melhorias para a ressocialização. Por exemplo, o alogano Centro Ressocializador da Capital, se baseia num tratamento mais respeitoso seguindo um modelo espanhol de cárcere. Porém também é de modo rígido que são selecionados os presos que integram essas unidades, baixando para apenas 5% o índice de reincidência, já que os presos tem tratamento e assistência dignos, trabalho tanto na própria unidade como externo em empresas conveniadas e já sai integrando um programa de governo para que se trabalhe em uma dessas empresas conveniadas possibilitando maiores chances de uma mudança real de vida. (KAWAGUTI, 2014).

Outro sistema carcerário que é valido se citar, é o japonês. Lá o foco de toda atividade desenvolvida é para que o condenado se arrependa do que fez. Regras seguidas rigidamente, muitas obrigações e atividades, todos sem exceção devem trabalhar, o contato com familiares é bem regulado e a disciplina é o principal elemento. A higiene e limpeza também são princípios indiscutíveis, o numero limite de presos por cela, o tratamento de respeito mútuo e a rigidez garantem que o preso não tenha tempo para pensar em outra coisa se não na disciplina. (O SISTEMA, 2017).

São diversos os modelos eficazes que podem ser citados para que se prove que a ressocialização existe e que o sistema precário é o causador dessa taxa mínima de existência no Brasil. Mas a realidade é que o Brasil já tem seu modelo, e este poderia sim ser eficaz se fosse aplicado. Se todas as disposições da LEP fossem ao menos premissas para a execução na realidade, o sistema seria muito mais eficaz e melhor, se o Estado se fizesse presente na tentativa de aplicar a lei e de punir aqueles que não o fazem, não levaria muito tempo para as mudanças mesmo que pequenas e lentas, aparecerem.

Além do mais, não só o cárcere em si tem que ser reestruturado, programas sociais que antecedem à prática do crime, programas destinados ao egresso, para dar suporte à sua ressocialização, dentre diversas outras possibilidades. (GRECO, 2017, p. 247).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir, é atribuída a ineficácia dos intuitos da pena no Brasil ao descaso do Estado. Nessa conta também se credita a interferência na vida do egresso, já que este mesmo depois de cumprida a pena, continuará pagando por ela por toda a vida na sociedade, mesmo que esse se encontre em um quadro de mudança.

Outro ponto importante de se frisar é a possibilidade existente de mudança dessa realidade, uma verdadeira e eficaz aplicação da LEP, uma lei não arbitrária e que respeite a dignidade da pessoa humana e o ordenamento jurídico que rege a execução.

É necessário também que dentro das unidades, o incentivo ao crime e as associações criminosas acabe, que o Estado retome o poder das penitenciárias, que lá dentro não haja distinções nem privilégios, que o trabalho e a educação sejam sempre obrigatórios e que os condenados recebam tratamentos ao menos dignos a si.

Com a realidade mudando, as porcentagens melhorando e o Estado se esforçando para reabilitar essas pessoas, aos poucos a sociedade irá mudar junto. O preconceito será difícil de ser vencido, mas ao menos as possibilidades podem melhorar significativamente.

Neste contexto conclusivo, o que se tentou criar foi um quadro onde a teoria de Medo e Esperança de Thomas Hobbes, que diz respeito às imposições negativas para se legitimar enquanto “Leviatã”, enquanto força maior, ao invés de fazer o que os contratualistas da época chamariam de contrato social. A falsa esperança de que retirar o transgressor da sociedade e fazer com que sofra com supressão de seus direitos e fazer assim a Segurança Pública ser garantida. Mas a realidade é o apenado voltando para a sociedade com o histórico de crimes que o levaram ao cárcere, somado a tudo que viveu lá. Isso deveria render um saldo positivo, mas ainda não rende.

REFERÊNCIAS

- BELOTTO, Olivia. **Os problemas da superpopulação nos presídios**. Publicado em 2017. Disponível em: <http://redacao3as.colband.net.br/tag/superlotacao-dos-presidios/>. Acesso em: 2017.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BRAGA, Giampaolo Morgado. **A nossa cotidiana guerra de todos contra todos**. Publicado em 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/a-nossa-cotidiana-guerra-de-todos-contra-todos-23249436>. Acesso em: abr. 2020.
- BRASIL, Constituição Federativa do. Promulgada em 8 de outubro de 1988. Assembleia Constituinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: mar. 2020.
- BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. **Congresso Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: mar. 2020.
- CABRAL, Danilo Cezar. **Como foi o massacre do Carandiru**. Publicado em 2016. Disponível em: <https://mundoestranho.abril.com.br/crimes/como-foi-o-massacre-do-carandiru/#>. Acesso em: abr. 2020.
- EZEOKEKE, Cornélius Okwdili. **Pena mais rígida: Justiça ou Vingança**. 2 ed. Fortaleza: Premium, 2011.
- GRECO, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2017.
- JADE, Líria. **Entenda a crise no sistema prisional brasileiro**. Publicado em 2017. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: abr. 2020.

JÚNIOR, Aderaldo Ribeiro de Queiroz. **A realidade carcerária: um retrocesso à ressocialização.** Publicado em 2014, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29379/a-realidade-carceraria-um-retrocesso-a-ressocializacao>. Acesso em: abr. 2020.

KAWAGUTI, Luis. Prisões modelo apontam soluções para crise carcerária no Brasil. Publicado em 2014. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140312_prisoes_modelo_abre_lk.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Junho de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTk3ZTdmMDEtMTQxZS00YmExLWJhNWYtMDA5ZTllNDQ5NjhlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: abr. 2020.

TOMAZ, Kleber. **Presos convivem com ratos e doenças em cadeias lotadas de SP.** Publicado em 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/07/presos-convivem-com-ratos-e-doencas-em-cadeias-lotadas-de-sp.html>. Acesso em: abr. 2020.

O SISTEMA carcerário no Japão: Disciplina, foco, organização, limpeza e rotina. Diário do Brasil. Publicado em 2017. Disponível em: <https://www.diariodobrasil.org/o-sistema-carcerario-no-japao-disciplina-foco-organizacao-limpeza-e-rotina/>. Acesso em: abr. 2020.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política.** Vol 1, São Paulo: Ática, 1999.

YURIE, Dayane. **Prevenção, punição e ressocialização.** Publicado em 2015. Disponível em: <https://dayaneyurie.jusbrasil.com.br/artigos/170403247/prevencao-punicao-e-ressocializacao>. Acesso em: abr. 2020.

CONDIÇÕES E CONTRADIÇÕES DA LIBERDADE DA PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL SUBMETIDA À MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO.

Pedro Hiago Santos Marques

1 INTRODUÇÃO

O legislador, ao consagrar o instituto das medidas de segurança, concebeu uma espécie de sanção penal de escopo exclusivamente preventivo e de cunho terapêutico, idealizada para tratar indivíduos inimputáveis e semi-imputáveis considerados perigosos em razão de transtorno mental e evitar a prática de futuras transgressões penais por estes (MASSON, 2014a).

Desse modo, a existência de uma resposta penal diversa da pena permite que o Judiciário exerça o múnus de ressocializar o agente inimputável, ou excepcionalmente o semi-imputável, que perpetra fato típico, bem como dá-lhe - especificamente na espécie internativa¹² - poder-dever de afastar a pessoa com transtorno mental considerada perigosa do convívio social, sem, contudo, aplicar-lhe uma punição, isto, em tese.

12 Existem duas modalidades de medidas de segurança. A primeira, mais branda, consiste em tratamento ambulatorial, já a segunda, consiste na internação em Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTP).

No entanto, parte-se da hipótese de que a medida de segurança em sua modalidade internativa é executada sob a égide de uma lógica segregacionista, lógica esta diametralmente oposta ao ideal legislativo e científico vigente, que se revela a partir de contradições teóricas e práticas no seu cumprimento.

Dito isto, o objetivo da presente pesquisa é analisar a medida de segurança de internação aplicada no Brasil, perscrutando alguns de seus fundamentos teóricos e elementos práticos, a fim de identificar as contradições existentes entre o modo em que se opera o seu cumprimento e os requisitos fixados para o restabelecimento da liberdade do paciente, observando, para tanto, o referencial humanista da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as diretrizes terapêuticas traçadas pela psiquiatria moderna e pela Lei nº 10.216 – Lei da reforma psiquiátrica, e a factível ineficiência do Estado enquanto garantidor de direitos e promotor da custódia.

Destarte, para a consecução desse estudo analítico, realiza-se uma pesquisa de natureza básica, uma vez que tem por finalidade ampliar o conhecimento científico sobre a matéria abordada sem, no entanto, desempenhar aplicabilidade imediata; se utiliza do método científico dialético, ao propor a análise dinâmica e totalizante do real como parte de um contexto social, e não isoladamente, no caso, a percepção das contradições existentes entre as condições para o restabelecimento da liberdade do paciente e a ineficiência/ineficácia do tratamento fornecido pelo Estado na aplicação da medida de segurança de internação, tendo por objetivo de estudo o explicativo, pelo qual busca identificar fatores vários que integram a realidade observada e explicam o fenômeno estudado; e, por fim, utiliza como procedimento técnico a pesquisa bibliográfica e documental, realizando apreensão de informações e aprofundamento teórico a partir do estudo e análise de materiais já publicados e de documentos que não receberam tratamento analítico.

2 DESENVOLVIMENTO

As medidas de segurança foram idealizadas como instrumentos de proteção social e ainda de terapia individual, revelando a sua dúplici natureza, preventiva e assistencial (SANTOS, 2014). Vê-se, ainda,

que há relação de interdependência entre as duas funções reservadas à referida medida, isto porque, no que se propõe tratar, estabilizar ou reestabelecer a higidez da saúde mental do paciente, tal atuação estatal visaria claramente possibilitar a futura reintegração do inimputável e semi-imputável à sociedade, garantindo que sua liberdade não ofereça mais riscos à população. De outro ponto, percebe-se que o cerceamento do gozo da liberdade para o sancionado em questão só pode existir para fins terapêuticos – sobretudo após a entrada em vigor da Lei nº 10.216/2001 (Lei da reforma psiquiátrica), quando o quadro de saúde do mesmo assim o exigir, posto que é vedada a imposição de castigo àqueles que não têm culpabilidade.

Desta feita, a medida de segurança é sanção que se impõe ao inimputável para seu tratamento, e seu adequado tratamento é a razão permissiva para a imposição de tal sanção.

No entanto, cumpre indagar: está a medida de segurança estacionária – sendo esta consistente na internação em estabelecimento de custódia e tratamento psiquiátrico – a produzir os resultados que dela se esperam, quais sejam a cura e a reinserção social do agente inimputável? Ou estaria o instituto, na prática, apenas a serviço da preventividade social¹³, realizando a restrição ilimitada da liberdade do doente mental a despeito de seus direitos fundamentais sob o manto institucional do tratamento terapêutico?

1.1 A DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA E AS CONDIÇÕES LEGAIS DA DESINTERNAÇÃO

Planejada para durar até a cessação da periculosidade do paciente, consoante consigna o art. 97, §1º, do Código Penal, o termo indeterminado das medidas de segurança encontrou entrave na interpretação Constitucional realizada pela jurisprudência pátria, que,

13 Em linhas gerais, a teoria da prevenção especial advoga que o Direito Penal exercite seu poder coator em esforços preventivos unicamente destinados ao infrator, a fim de que sua resposta iniba ou impeça que ele volte a delinquir. Faz oposição direta a teoria da prevenção geral, que volta atenção à coletividade, seja para incutir o medo da punição pelo exemplo da pena severa e retributiva ou reforçar valores tutelados pela Lei, compelindo a todos de delinquir (BITENCOURT, 2018).

como legítima fonte do direito, limitou o poder punitivo do Estado à obrigatoriedade da definição de um prazo limite, mesmo que acerca desse prazo ainda não haja consenso. Em apertada síntese, é necessário relatar que, historicamente, a medida de segurança em qualquer de suas modalidades foi concebida para ter duração máxima indeterminada, porém condicionada à cessação da periculosidade do paciente. Seguindo esta regra, o Estatuto repressivo determina que sejam feitos periodicamente exames periciais para aferir se a periculosidade do paciente subsiste ou se cessou, em resposta à terapêutica ofertada no período em que esteve submetido ao cumprimento da sanção, cuja duração mínima pode ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Em caso da permanência do estado de periculosidade, é autorizada a continuidade do cumprimento da medida e assim sucessivamente até que um dia o paciente alcance o ideal médico-legal (ou faleça). Dada esta conjuntura, percebe-se que o legislador brasileiro de 1984¹⁴ criou a possibilidade de uma sanção penal perpétua, apenas com previsão de duração mínima.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consagrou de maneira inequívoca a vedação de penas de caráter perpétuo como cláusula pétrea¹⁵, a doutrina e a jurisprudência passaram a se manifestar contrariamente à duração máxima indeterminada das medidas de segurança, alegando ferir frontalmente, senão o texto constitucional, o valor implícito trazido por ele (BITENCOURT, 2018).

Com uma interpretação constitucional e garantista, os tribunais superiores passaram a adotar entendimentos favoráveis acerca da limitação ao cumprimento da medida de segurança, consignando o Supremo Tribunal Federal o limite temporal de 30 (trinta) anos, levando em conta o prazo máximo para a pena no Brasil. Já o Superior Tribunal de Justiça fez interpretação diversa e consolidou o entendimento de que a maior duração possível para a medida de segurança é equivalente a pena máxima em abstrato do tipo penal transgredido pelo inimputável,

14 Referência à Lei nº 7.209/1984, diploma legal que reformou a parte geral do Código Penal Brasileiro de 1940.

15 Art. 5º, XLII, b, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

argumentando em favor de uma maior individualização da sanção penal, entendimento este cristalizado na Súmula 527 do STJ (BRASIL, 2015b).

Hodiernamente, parcela da doutrina crê que após a edição da aludida súmula do STJ, em 2015, houve consolidação da matéria, no sentido de que, como corolário das decisões dos Tribunais Superiores, restou o entendimento de que a duração máxima da medida de segurança deve ser o tempo cominado da pena máxima em abstrato do tipo incorrido, devendo este tempo nunca ultrapassar o lapso de 30 (trinta) anos. Contudo, embora haja farta jurisprudência de ambos os tribunais, o tema continua ambivalente.

Apesar do consenso da impossibilidade de uma internação terapêutica perpétua, existe, por outro lado, indefinição de um limite certo de duração, o que causa insegurança jurídica nos indivíduos submetidos a essa resposta penal. O regramento e a execução das medidas de segurança se tornou estanque, tendo como principal argumento a inarredável comprovação pericial da cessação da periculosidade, pretensa salvaguarda da sociedade e do próprio paciente.

2.2 CRÍTICAS AO EXAME PERICIAL E AO CONCEITO DE PERICULOSIDADE

Sucedem que, desta forma, se a libertação não vier pela morte, pelo transcurso de 30 anos, ou do período previsto como pena máxima em abstrato para o fato ilícito cometido - a depender de quem julga, o internado imprescindível, como primeira condição intransponível, de um prognóstico favorável, uma previsão médica fundada em critérios técnicos, porém falível e imprecisa.

Santos (2014) alerta que as medidas de segurança, em geral, possuem por fundamento legitimador a previsão da prática de transgressões baseadas na periculosidade apresentada pelo inimputável (ou semi-imputável) e, por conseguinte, a prevenção da reincidência através do tratamento. No entanto, o instituto, em especial a medida de internação, vivencia verdadeira crise justificada na inconsistência desse fundamento, uma vez que a psiquiatria moderna, bem como parte significativa da doutrina desacreditam da capacidade premonitória do exame pericial

em indicar a probabilidade de que o paciente tenha condutas contrárias à lei, bem como parcela ainda mais expressiva da comunidade acadêmica crê que a internação consistente na privação completa da liberdade de ir e vir e do convívio com a comunidade não seja um caminho que leve à cura ou a estabilização do indivíduo.

Esta periculosidade criminal consiste no “[...] conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade de alguém praticar ou tornar a praticar um crime” (CRUZ, 2009, p. 56), sendo pressuposto das medidas de segurança atuais. Caracteriza-se por fazer um juízo de possibilidade, de certo modo etéreo e distante, posto que é juízo de probabilidade da reiteração de conduta lesiva à sociedade, cujo risco pode ser palpável, dadas as circunstâncias do agente. É ela o fundamento mais imediato a justificar a restrição da liberdade do inimputável.

Segundo Cia (2011, p. 17), o enfermo mental em conflito com a lei gera temor na sociedade que “[...] não o quer solto pelas ruas. Isso se deve muito mais à imprevisibilidade de suas condutas do que a uma real necessidade de controle do número de crimes cometidos por esses indivíduos, pois estes não são expressivos”.

O indigitado pressuposto deixou de ser presumido após a reforma penal de 1984. Desde então, graças ao sistema biopsicológico de reconhecimento da inimputabilidade, coube a atuação conjunta dos Magistrados e Peritos a possibilidade de transpor a imputabilidade relativamente presumida a todos os maiores de idade e declarar a quem de direito a qualidade de inimputável. Fica a cargo do juiz a análise psicológica aparente que se apresenta pela personalidade e reações do réu durante o processo, quanto ao perito, deve se debruçar sobre os fatores biológicos, tentando identificar patologias, deficiências ou distúrbios responsáveis por alienar da razão o periciado. Os resultados das duas análises deverão ser assimilados e ponderados pelo julgador que, entendendo ter sido o agente a época dos fatos incapaz de compreender o caráter ilícito do que perpetrava, como também de determinar-se conforme esse entendimento, deverá substituir o normal juízo de culpabilidade pelo especial juízo de periculosidade, determinando, em obediência ao artigo 97 do Código Penal, a imposição de medida de segurança em face do inimputável (MASSON, 2014b).

Santos (2014, p. 640), professor catedrático da Universidade Federal do Paraná, desenvolve a crítica chamando a atenção para uma supervalorização do exame pericial confeccionado por profissionais da psiquiatria, cuja conclusão acaba por definir a formação do convencimento do juiz:

O problema começa com a falta de credibilidade do prognóstico de periculosidade criminal: se a medida de segurança pressupõe prognóstico de comportamento criminoso futuro, então inconfiáveis prognósticos psiquiátricos produzem consequências destruidoras, porque podem determinar internações perpétuas - em condições gerais ainda piores do que as da execução penal. Na verdade, parece comprovada a tendência de supervalorização da periculosidade criminal no exame psiquiátrico, com inevitável prognóstico negativo do inimputável - assim como, por outro lado, parece óbvia a confiança ingênua dos operadores jurídicos na capacidade do psiquiatra de prever comportamentos futuros de pessoas consideradas inimputáveis, ou de determinar e quantificar a periculosidade de seres humanos. Em resumo, a crise das medidas de segurança estacionárias é a crise da prognose de periculosidade e da eficácia da internação para transformar condutas ilegais de inimputáveis em condutas legais de imputáveis. A inconsistência desses pressupostos explica a convicção generalizada sobre a necessidade de redução radical das medidas de segurança estacionárias.

Percebe-se que o racionalismo jurídico quer transformar em matemática simples, em probabilidade, uma questão que é deveras complexa e que merecia ter como *locus* de discussão não o campo do direito penal, mas sim a área da saúde pública. Ora, por se basear na probabilidade de um risco, a periculosidade identificada pela perícia torna-se praticamente irrefutável, afinal, como comprovar que não se fará o que ainda pode ser feito? (CRUZ, 2009).

Ainda sobre o exame pericial e a constatação da periculosidade, não foi comprovado cientificamente a relação vinculante existente entre doenças e transtornos mentais e periculosidade, sendo esta última,

uma noção simbólica do medo da sociedade em razão da imprevisibilidade dos atos dos doentes mentais, sendo ferramenta de justificação do controle social. Sabendo disso, entende-se que o conceito de periculosidade, expressa mais um valor moral e político do que propriamente científico (DINIZ, 2013).

Na maioria dos estados da federação, o exame pericial é alinhado unicamente à visão do psiquiatra forense que o confecciona, um exame que pode ser considerado limitado se comparado com a perícia médica realizada no estado do Rio Grande do Sul, exceção à regra, que conta com um quadro multiprofissional composto de psicólogos, enfermeiros, terapeutas ocupacionais e assistentes sociais, além do psiquiatra (SANTOS, FARIAS e PINTO, 2015).

Diniz (2013, p. 15), rasga o véu da institucionalidade e afirma categoricamente que “[...] não há periculosidade inerente aos diagnósticos psiquiátricos. O diagnóstico psiquiátrico não é determinante para a infração penal cometida pelo louco”.

Ao observar a realidade dos ECTPs quando coordenou o censo geral de 2011, a professora da Universidade de Brasília descobriu que o índice de reincidência pela prática de homicídios entre toda a população submetida à medida de segurança era, até então, de apenas 5% (DINIZ, 2013). Para efeito comparativo, a reincidência da prática de homicídios entre imputáveis chegava, em 2015, à porcentagem de 5,7%, percentual alcançado apenas por pesquisa representativa, feita análise amostral de 817 processos em cinco estados brasileiros (BRASIL, 2015a).

Salo de Carvalho (2003 apud CRUZ, 2009) compreende periculosidade como uma categoria abstrata e marcada pela ideologia defensivista e pela ausência de qualquer sentido objetivo, mas que se popularizou no “senso comum teórico” dos juristas. Estudiosos do assunto afirmam que, por mais embasada que esteja no histórico do paciente e nas particularidades da patologia apresentada, o exame responsável por aferir a periculosidade do agente nunca será seguro, e sempre passível de referendar excesso na duração da internação, posto que se trata de um prognóstico, e não de um vaticínio. Conceitos imprecisos como a periculosidade devem ser considerados perniciosos à justiça, como bem critica o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Amilton Bueno de Carvalho em sede de acórdão em que foi relator:

[...] A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva – que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) – tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito – considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se – torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social [...] Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto! [...] (BRASIL, 2003, s/p apud CRUZ, 2009, p. 163).

1.3 INEFICÁCIA E INEFICIÊNCIA DO TRATAMENTO E PROCESSAMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO

Dando continuidade ao estudo, mesmo que desconsideradas todas as críticas feitas à supervalorização do exame pericial e a abstração e impropriedade técnica/científica do conceito de periculosidade, o internado se depara com outro grande empecilho à sua liberdade assim que adentra o estabelecimento de custódia e tratamento psiquiátrico: a própria terapêutica da internação.

Mesmo num modelo hermético de execução das medidas de segurança estacionárias, sem a presença de fatores externos e internos de ineficiência, ou seja, em um sistema de custódia e terapia funcionando em completa adequação às exigências legais e sanitárias, ainda assim, pouco exitosa seria a experiência da internação, resultando, invariavelmente, em poucos casos de cura e ressocialização dos internados. A psiquiatria do século XXI vem reconhecendo a ineficácia do tratamento psiquiátrico de internação, ineficácia esta decorrente do próprio pressuposto lógico do internamento: o afastamento do indivíduo da comunidade. A segregação, segundo especialistas, impossibilitaria ou dificultaria o restabelecimento da higidez mental e a conseqüente reinserção do indivíduo na comunidade (CIA, 2011).

Como conseqüências inerentes a uma internação prolongada podem ser elencadas a perda total ou parcial do contato com o ambien-

te externo, familiares e amigos; a submissão do paciente às ações dos profissionais, responsáveis por medicar, alimentar e garantir, de todo modo, a manutenção de sua vida; a perda de perspectivas para além da realidade do internamento, a sedação medicamentosa e o ócio forçado cotidianos (CIA, 2011).

É a vivência diária com tais fatores negativos que, em muitos dos casos, acabam acarretando um fenômeno psiquiátrico conhecido como cronificação, onde a pessoa acometida por transtorno mental de natureza transitória ou curável, termina por apresentar quadro irreversível em decorrência do ambiente favorável ao agravamento ou desenvolvimento da patologia. Esse entendimento é defendido por grandes nomes da psiquiatria moderna como Russell Barton, Erving Goffman e o próprio Franco Basaglia¹⁶, psiquiatra italiano fundador da psiquiatria democrática e uma das vozes mais relevantes do movimento antimanicomial mundial. (PANDE e AMARANTE, 2011).

O paciente internado, dessa forma, passa a apresentar um quadro de neurose institucional que se manifesta através de um comportamento apático, submisso e autômato – como um lobotomizado dos anos 50, podendo perder, inclusive, a noção de identidade, a autonomia e a vontade de realizar atividades práticas do dia-a-dia, como as relacionadas à higiene pessoal (CIA, 2011). Após 1 ou 3 anos de internação nas condições descritas, a lei sugere que o paciente esteja apto a passar por outra perícia médica, na expectativa cínica de que este tenha tido progresso, no entanto, raros são os casos em que se evidenciam resultados positivos que permitam a desinternação ou mesmo a liberação.

No entanto, não bastasse a prejudicialidade do próprio regime de internação, há que ser considerados todos os fatores endógenos e exógenos que afetam a eficiência do tratamento oferecido, que foram abstraídos da análise anterior a fim de conservar sua pureza.

16 Na Itália da década de 1960, o psiquiatra Franco Basaglia deu o passo inaugural do movimento mundial de luta antimanicomial, cuja tônica era a crítica ao internamento hospitalar e a ausência de integração do doente mental na comunidade. Décadas mais tarde, o movimento culminaria em reformas psiquiátricas no mundo, que, especialmente no Brasil, tinham como principal característica a reinvidicação da cidadania do louco (NETO, 2003).

Se agregadas à internação pesam as acomodações celulares e insalubres; os tratamentos coletivos sem individualização em função da doença ou transtorno sofrido pelo paciente, nem em função do seu histórico; a frequente falta de medicamentos; a ausência de atividades ressocializadoras como a formação escolar ou profissional; ausência de interações sociais; a incoerência de terapia ocupacional (CIA, 2011); o déficit de pessoal qualificado (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA, 2010?); e, por vezes, a violência física (BOURGUIGNON, 2016) e psicológica (CONSTANTI, 2018), verdadeiros crimes de tortura, então, pode-se dizer que a cura ou a cessação da periculosidade nesses ambientes deletérios são verdadeiros milagres quando se operam.

CIA (2011, p. 24), com razão, noticia que “informações oficiais a respeito da execução das medidas de segurança no Brasil são escassas, o que certamente dificulta o levantamento dos problemas enfrentados”. Nesta linha, denuncia a Pastoral Carcerária Nacional (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2018, s/p), organização de importância histórica na defesa intransigente dos direitos humanos:

[...] Grande parte das pessoas desconhece a existência de tais estabelecimentos. A falta de conhecimento público a respeito de dados institucionais é, certamente, um fator que contribui para a invisibilidade em relação aos manicômios judiciais e à população neles custodiada.

.....

O último Infopen¹⁷, relatório produzido e lançado no último dia 08¹⁸ pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, aprofunda a invisibilidade dos manicômios judiciais ao abordar tais estabelecimentos de maneira apenas tangencial.

17 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

18 A nota publicada em fevereiro de 2018 critica o relatório do Infopen referente a dezembro de 2016, último até aquela data. Em 2019, foi publicado novo relatório, seguindo os mesmos padrões do anterior, desta vez referente a junho de 2017, sendo este o último levantamento a que se tem acesso até esta data.

A ineficiência da medida de segurança estacionária, não só em relação ao método, inepto desde a concepção, mas também em relação à sua execução, aviltante em muitos dos estabelecimentos de custódia e tratamento psiquiátrico brasileiros, diminui sobremaneira as chances dos pacientes internados saírem da internação em melhor estado do que entraram, ou pior, de simplesmente saírem do ambiente detentivo, uma vez que o Estado condiciona à desinternação ou liberação a um resultado positivo ao tratamento por ele ofertado, tratamento este incapaz de possibilitar a cura esperada, e prometida.

Segmentos da luta antimanicomial, amparados nas descobertas da neurose institucional, entre outras consequências da internação, denunciam que os fundamentos práticos e teóricos sob os quais fora edificado o modelo asilar ainda reproduzido no Brasil restam superados pela comunidade científica e descredenciados pela experiência empírica, e avaliam os efeitos dessa institucionalização como verdadeiras catástrofes coletivas, responsáveis por distanciar o indivíduo cada vez mais da reabilitação psicossocial (SANTOS, FARIAS e PINTO, 2015).

Essa contradição entre a exigência da cessação da periculosidade do paciente diante de uma terapêutica fadada ao fracasso que lhe é imposta é a tônica da crítica mordaz de CIA (2011, p. 39):

Esse ciclo aprisiona o indivíduo, que se encontra coativamente internado para alcançar uma cura que nunca se efetiva. [...] o tratamento psiquiátrico dispensado nos hospitais psiquiátricos não tem, em si mesmo, uma probabilidade de acerto suficientemente grande que justifique a hospitalização e suas decorrências. Ademais, uma grande incoerência é apontada: quando há cura ou melhora, o resultado é creditado ao trabalho do hospital; quando elas não ocorrem, o fracasso é explicado pela natureza rebelde da doença e as dificuldades que traz, e não à incompetência do hospital para lidar com aquela situação.

Há ainda consequências da duração indeterminada da medida de segurança estacionária que quase sempre passam despercebidas das estatísticas, são números que se perdem em meio a tantos problemas a saltar às vistas. São os invisíveis, os esquecidos do sistema prisional, os

prisioneiros do sistema de saúde, ou qualquer outro epíteto que defina o paciente internado por mais tempo que o limite admitido pela jurisprudência, incurso num regime de abandono perpétuo.

O já citado estudo censitário de 2011, último censo geral a que esta pesquisa teve acesso, ao visitar todos os ECTPs do país encontrou 18 pacientes internados por mais de 30 anos, todos idosos, correspondendo apenas à 0,5% da população total de internados na medida estacionária. Esses indivíduos, abandonados pelas famílias, sem haveres nem origem conhecidos, apesar da falta de informações acerca de suas vidas após 2011, pode-se inferir que, em sua maioria, senão totalidade, já falecera, sozinhos em suas celas, sem conforto, sem consolo, e alguns sem nome. Foram de encontro à liberdade. Noutra giro, 21% desta população, número expressivo correspondente a 606 pacientes, estavam internados há mais tempo do que o previsto pela pena máxima em abstrato do ilícito que cometeram. O número preocupa ainda mais porque não existia expectativa para a desinternação desses indivíduos, que a cada ano tornam-se mais invisíveis, potenciais albergados de um regime perpétuo, do qual só serão anistiados pela morte (DINIZ, 2013).

Muitos dos custodiados em regime perpétuo são eufemisticamente denominados de ‘abrigados’, tendo em vista que muitos são anônimos, dos quais não se sabe quase nada, ou ainda podem ter sido abandonados, perdido o contato com seus familiares, enfim, não têm para onde voltar. As administrações de alguns HCTPs adotam como condição extralegal para a desinternação de paciente um vínculo familiar, alguém que se responsabilize por ele dali em diante, no entanto, o que se desconsidera é que o contato com amigos e familiares é perdido no período de internação, sobretudo, se este for extenso (PRADO e SCHINDLER, 2017). Tal conjuntura acaba por propiciar internações que se prolongam no tempo sem um motivo válido, fazendo do internado um morador da instituição, prática completamente reprovável, não se podendo confundir uma ECTP, de caráter essencialmente penal, com abrigos ou hospitais psiquiátricos civis (CONSTANTI, 2018).

O abandono ou simplesmente a perda de contato entre o paciente e seus entes queridos, deve-se, por vezes, à distribuição geograficamente esparsa dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátricos

e alas de tratamento psiquiátricos pelo território nacional. Raros são estados como São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais que possuem mais de uma instituição do gênero sob sua administração. A maioria das unidades federativas só possuem um ECTP, sendo que oito delas sequer o possuem, tendo que recorrer aos estados vizinhos (BRASIL, 2019). Como resultado, o necessário deslocamento do paciente proveniente do interior o afasta da família, que, sem recursos para superar a distância e visitar o ente querido com frequência, acaba por desligar-se dele (CONSTANTI, 2018).

Segundo Kátia Mecler (2006 apud CRUZ, 2009), a lógica posta pelo sistema das medidas de segurança é praticamente inalcançável aos indivíduos com transtornos mentais mais severos, haja vista que o perito, para constatar cessada a periculosidade, além da exigência de ausência dos sintomas da patologia – o que já pode ser considerada uma meta utópica diante do tratamento asilar, exige também do paciente um bom comportamento dentro da instituição e a aceitação de sua família ou responsável legal do retorno ao convívio doméstico. Destarte, variantes médicas e não médicas cada vez mais afastam a desinternação ou liberação do paciente da sua esfera pessoal de autonomia, dependendo sua liberdade não só da melhora do seu quadro de saúde, mas de toda uma conjuntura social na qual está inserido.

Essa situação tende a ser digerida sem embargo pela maioria da população, que acredita ser a manutenção da internação *ad vitam* um imperativo da precaução social, fazendo dela “[...] uma espécie de prisão perpétua legitimada socialmente, produto do mal-estar presente na convivência com a diferença radical ou com o louco-criminoso na contemporaneidade” (SANTOS, FARIAS e PINTO, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tantos entraves práticos e teóricos que se apresentam intransponíveis pelo inimputável ou semi-imputável internado, que termina por não ter controle nenhum sobre tais fatores que definem sua vida e liberdade, conclui-se que a lógica da medida de segurança estacionária revela uma contradição insuperável, um contrassenso.

Ao condicionar a duração da medida de segurança detentiva e, conseqüentemente, a liberdade do paciente à cessação de sua periculosi-

dade, o Estado se incumbe de promover um tratamento psiquiátrico eficaz, capaz de operar reações positivas no indivíduo sujeito à internação. Todavia, o modelo de internação ainda vigente de forma majoritária nos estabelecimentos de custódia é o modelo asilar, que corta as relações do internado como mundo exterior, comprovadamente em prejuízo do progresso de seu quadro clínico, além do que, a estrutura dos ambientes de internação e sua administração ineficiente não favorecem a ressocialização, nem a cura. Portanto, o Estado Brasileiro condiciona a liberdade de um cidadão ao sucesso ou eficiência da atividade pública, mas a atividade realizada essencialmente dificulta ou mesmo impossibilita este sucesso, posto que ineficaz e ineficiente.

São de hialina clareza todos os problemas aqui identificados. Não se operam no escuro ou na clandestinidade, pelo contrário, muitos são institucionalizados e derivam de uma longa tradição manicomial que a Lei da Reforma Psiquiátrica não conseguiu expurgar do sistema de custódia terapêutica. Até mesmo os defensores da necessidade da internação para a proteção social, como Greco (2017), admitem a ineficácia e ineficiência das medidas de segurança de internação, argumentando que é inegável que o tratamento dado pelo Estado aos pacientes é deficitário, e que os juristas devem abandonar o raciocínio teórico e romântico de que a medida de segurança efetivamente ajudaria o paciente em sua cura, uma vez que a dimensão dos fatos comprova que muitas vezes o regime de internação piora a condição do enfermo.

Entendido isto, percebe-se que o Estado brasileiro faz uma escolha utilitarista. Pelo bem da coletividade, aprisiona o indivíduo que pode vir a ofendê-la novamente, uma vez que a imprevisibilidade das suas condutas é inadmitida e requer contenção.

Ferrajoli (1997, p. 89 apud CRUZ, 2009, p. 139), expoente do garantismo penal, ensina que “[...] nenhuma maioria, sequer por unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social”, o que confirma a flagrante inconstitucionalidade na execução das medidas de segurança detentivas, uma vez que viola princípios básicos como legalidade e proporcionalidade, bem como ofendem direitos fundamentais do paciente como a dignidade da pessoa humana, liberdade e até mesmo a isonomia, considerando que, em decorrência de seu

transtorno mental e de suposta periculosidade, o inimputável ou semi-imputável é, na prática, alijado do campo de proteção constitucional e legal ínsito a qualquer cidadão brasileiro, a qualquer pessoa humana, podendo cumprir sanção penal por tempo indeterminado e de forma mais dura e penosa que imputáveis cumpririam se dolosamente infringissem o mesmo tipo penal.

O louco é sujeito de direitos e merece atenção especial do Estado. Mesmo os violentos, perigosos e imprevisíveis devem ser submetidos a um sistema penal que respeite uma limitação temporal certa a bem da justiça, como também necessitam de um tratamento que verdadeiramente traga resultados positivos para si, e, por conseguinte, para toda a sociedade. Enfim, merecem um cuidado digno, uma vez que, embora não pareça, foram absolvidos pela justiça¹⁹, que assim o fez, pois neles enxergou uma inocência trágica. É esta inocência que hoje, encerrada em manicômios eufemizados, é castigada mais ferozmente do que a culpa manifesta.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. 2010?. **Hospitais de Custódia no Brasil: avaliação e propostas**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.abpbrasil.org.br/comunicado/arquivo/comunicado104/MANUAL_FORENS_E-18_10_Joao_2.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. 2018. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação.

BOURGUIGNON, Natália. G1. 28 jul. 2016. **Paciente é acorrentado em hospital de custódia no ES, mostra vídeo**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2016/07/video-mostra-paciente-acorrentado-em-hospital-de-custodia-no-es.html>>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2019. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN

19 Segundo o art. 386, parágrafo único, III, que prevê a absolvição imprópria.

Atualização – Junho de 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. 2015a. **Reincidência criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2015b. **Súmula nº 527**: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/87992022/sumula-527-do-stj>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

CIA, Michele. 2011. **Medidas de segurança no direito penal brasileiro**: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Editora Unesp.

CONSTANTI, Giovanna. Carta Capital. 13 ago. 2018. **Manicômios judiciais funcionam como prisão e têm “novo conceito de tortura”**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/manicomios-judiciais-funcionam-como-prisao-e-tem-novo-conceito-de-tortura/>>. Acesso em: 28 out. 2019.

CRUZ, Marcelo Lebre. 2009. **A inconstitucionalidade da medida de segurança face a periculosidade criminal**. 2009. 213f. Dissertação de mestrado – Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Curitiba.

DINIZ, Debora. 2013. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil**: censo 2011. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília.

GRECO, Rogério. 2017. **Curso de direito penal**: parte geral, v. 1. 19. ed. Niterói - RJ: Impetus.

- MASSON, Cleber. 2014a. **Direito penal esquematizado** – Parte geral – Vol. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.
- MASSON, Cleber. 2014b. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método.
- NETO, Fuad. Kyrillos. 2003. Reforma psiquiátrica e conceito de esclarecimento: reflexões críticas. **Mental**. Ano I, n. 1, p. 71-82.
- PANDE, Mariana Nogueira Rangel; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. 2011. Desafios para os centros de atenção psicossocial como serviços substitutivos: a nova cronicidade em questão. **Ciência & Saúde Coletiva**. v. 16, n. 4, p. 2067-2076.
- PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. 2018. **Onde estão as pessoas com transtorno mental no relatório infopen 2016?**. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao--a-tortura/onde-estao-as-pessoas-com-transtorno-mental-no-relatorio-infopen-2016>>. Acesso em: 28 out. 2019.
- PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. 2017. A medida de segurança na contramão da Lei de reforma psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. **Direito GV**. v. 12, n. 2, p. 628-652.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. 2014. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições.
- SANTOS, Ana Luiza Gonçalves dos; FARIAS, Francisco Ramos de; PINTO, Diana de Souza. 2015. Por uma sociedade sem hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. v.22, n. 4, p.1215-12.

O ESTADO POLICIAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: INCENTIVO PARA MATAR?

Tiago Abud Da Fonseca

Rosana Alves Gama Souza Da Silva

Laryssa Da Silva Leite Desidério

INTRODUÇÃO

O Estado do Rio de Janeiro é peculiar. De 1995 até o presente momento, quatro governadores, três presidentes da Assembleia Legislativa, dez dos setenta deputados estaduais, cinco dos seis conselheiros do Tribunal de Contas do Estado e o procurador-geral do Ministério Público estadual foram presos, em algum momento, por corrupção (EXAME, 2018).

Soma-se ao grave quadro o fato de que, apesar de possuir a quarta maior renda per capita do país, atrás do Distrito Federal, São Paulo e Santa Catarina (CARRO, 2019), há severa desigualdade econômica que perpassa todo o Estado.

A discrepância pode ser notada com maior clareza na capital, que combina luxuosos condomínios ao lado de comunidades extremamente carentes, escancarando as diferenças de forma tão massacrante, que vence a necessidade de integrar a sociedade de consumo para obtenção de identidade e visibilidade (BAUMAN, 1998).

Esse cenário catastrófico é propício para afloramento da criminalidade e da violência, tanto dentro dos presídios, com condições desumanas que propiciam surgimento de facções criminosas, quanto fora

dele (KADANUS, 2019). A resposta, a cargo do Estado, não tinha sido outra até 2009: repressão policial e altos índices de letalidade.

Com o objetivo de dotar a atividade policial de inteligência e estratégia, o governador do Estado à época editou, em 25 de junho de 2009, o Decreto nº 41.931, que criou o Sistema de Definição e Gerenciamento de Metas para os Indicadores Estratégicos de Criminalidade no Território do Estado do Rio de Janeiro.

O Sistema buscou incentivar, por meio de gratificação, policiais militares e civis para que seguissem as medidas estipuladas nos Planos de Ação Integrados.

O principal objetivo era a redução da criminalidade nos delitos de homicídio doloso, roubos de veículos, latrocínio, lesão corporal seguida de morte, roubos de rua (a transeuntes, em coletivos, de celulares), bem como redução do número de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial.

Além dessas medidas, ganhou força no mesmo período o programa de implementação das UPP (Unidades de Polícia Pacificadora) nas comunidades. Inaugurado no final de 2008 no Morro Dona Marta, em Botafogo, pretendia recuperar territórios controlados por organizações criminosas, restaurar o monopólio da força pelo Estado e diminuir a criminalidade violenta, sobretudo a letal.

No ano seguinte ao da criação do Sistema de Metas, 2010, o número de mortes por agentes do Estado diminuiu significativamente, bem como em 2011, 2012 e 2013 (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

A situação volta a se agravar, no entanto, a partir de 2014 e, em 2019, o Rio de Janeiro, embora não figure entre os dez Estados com maiores índices de criminalidade violenta no Brasil, é o que tem a polícia mais letal (CENTRO DE ESTUDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019).

Com o aumento da letalidade policial, esperava-se que esforços fossem direcionados à análise das razões para aumento da taxa de mortes em confronto com as forças de segurança e o retorno aos resultados promissores.

Entretanto, em 23 de setembro de 2019, o atual governador do Estado, Wilson Witzel, editou o Decreto nº 46.775, que altera o Sistema

Integrado de Metas para retirar a redução de mortes decorrentes de oposição à intervenção policial da lista de objetivos perseguidos pelo Sistema.

Assim, policiais que reduzem números de mortes em confrontos não são mais gratificados desde então. Estaria o governador, por meio do referido Decreto, promovendo incentivo à morte de indivíduos pelos policiais ao retirar especificamente o aludido item e instaurando, desse modo, verdadeiro Estado Policial em detrimento de Estado Democrático de Direito?

O presente trabalho pretende analisar, em primeiro plano, as características de um Estado Policial, a fim de verificar se relacionado à situação em tela; em segundo momento, serão expostos dados sobre a criminalidade dos últimos anos para que se verifique, a uma, se há relação entre aumento da letalidade policial e diminuição da criminalidade no Estado do Rio de Janeiro e, a duas, os motivos pelos quais os índices voltaram a subir em 2014.

Por derradeiro, será analisado se o decreto constitui encorajamento à letalidade por policiais e, caso positiva a resposta, quais as formas de responsabilização do governador em relação às suas políticas de (in) segurança pública.

1. ESTADO POLICIAL: RECRUDESCIMENTO E LETALIDADE NAS RAÍZES DO PAÍS

A adoção de modelo militar para a polícia no Brasil remonta ao século XIX, com a chegada de D. João VI ao país. Na ocasião, a guarda portuguesa havia permanecido em Portugal, razão pela qual em 1809 um corpo equivalente foi criado no Rio de Janeiro (sede da corte portuguesa no país), com o mesmo modelo de organização, armas, uniformes e estrutura militarizada da guarda lusitana (SENADO FEDERAL, 2013). O Rio de Janeiro testemunhou, assim, o nascimento da primeira Polícia Militar no país.

Consoante Yarochevsky (2019), tal fato explica as raízes da violência policial no país, pois a família real, ao notar o que denominou “população hostil e perigosa”, formou corpo policial para controlar, com uso da força, as camadas mais pobres da população e defender os interesses da elite.

Ainda que após esse período o Brasil tenha passado por importantes acontecimentos, pilares de sua formação, a exemplo de sua independência em 1822, da abolição da escravatura em 1888 e da proclamação da República em 1889, estes marcos não se mostraram aptos a cessar práticas autoritárias enraizadas, típicas de sociedades com relações verticais de força (SOARES, 2014).

Nesse ponto, importa mencionar ainda que não há como dissociar o histórico da violência policial da política de repressão às drogas, especialmente no Rio de Janeiro.

Desde o fim do século XIX, quando os soldados de Canudos subiram os morros como prêmio de sua participação, passando pelos anos 70, 80 e 90, com a explosão do crime organizado, até os dias de hoje, a fracassada guerra às drogas é o cenário dos confrontos entre policiais e criminosos, punindo com a morte não só estes, mas, de forma reflexa, inúmeros inocentes (BRISO, 2017).

Não se pode olvidar, ao tratar do tema, a complacência do Estado com a morte levada a cabo por seus agentes. Até 2016, policiais que matavam supostos criminosos e alegavam legítima defesa, afirmando ter havido resistência à prisão, tinham suas ocorrências registradas como “autos de resistência”.

A CPI dos autos de resistência, realizada nesse mesmo ano na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, mostrou que 98% dos casos registrados como autos de resistência pelos policiais foram arquivados (SARTORI, 2019).

Ignorando os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e o direito à ampla defesa, práticas abusivas e agressivas tratam a morte de uma pessoa apenas como a neutralização de um risco, um perigo, um obstáculo, especialmente quando as únicas testemunhas são os policiais da ocorrência (AUTO DE RESISTÊNCIA, 2018).

Apenas o nome mudou. A expressão que ora se utiliza é “morte por oposição à intervenção policial” e foi registrada, somente nos quatro primeiros meses do ano de 2019, 1249 vezes, 434 delas apenas no Rio de Janeiro, alcançando os piores números dos últimos vinte anos (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Nesse ponto, é importante lembrar que, em 2008, o então governador do Estado inaugurou as UPP, vistas como solução para os entraves relacionados à segurança pública. A estratégia consistia em entrar nas favelas, expulsar o tráfico e, então, instalar bases da Polícia Militar como forma de proteção e relacionamento com os moradores destas comunidades.

Todavia, embora tenha havido diminuição das taxas de homicídio por quatro anos após ser implementado (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020), o programa, por razões que serão vistas adiante, não prosperou.

E não só isso. O fracasso na redução dos índices de criminalidade violenta, em vez de gerar políticas eficazes de segurança pública tem redundado, atualmente, em medidas de endurecimento da repressão, decretos como o que embasa o presente trabalho e alterações legislativas como a ocorrida em 2019, com a Lei 13.964/2019, que considera em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão da vítima mantida refém durante a prática de crime, o que demonstra que o Estado do Rio de Janeiro não anda isolado da política nacional.

Diante do exposto, é possível concluir que, no Brasil, com ênfase para o estado do Rio de Janeiro, o poder público, quando se volta a combater a criminalidade violenta, o faz com o alargamento do Estado Policial, em detrimento do Estado Democrático de Direito.

Na conclusão de Zaccone D'Elia Filho (2016), a violência policial não é mero erro de procedimento de maus policiais, mas uma política de Estado.

O Estado policial, em síntese, é a forma como o Estado se organiza e se perpetua no poder, a saber, mediante o uso da força e do controle. Noutras palavras, é o comportamento autoritário adotado pelo estado, que não se sujeita às próprias leis e se converte em instrumento de abuso, a um só tempo, do poder que lhe foi concedido e dos direitos dos indivíduos.

De acordo com Britto (2007),

O Estado Policial diariamente nasce, cresce e se multiplica. Nasce todas as vezes em que a violência é utilizada como argumento aceito e

substituto do Estado Democrático de Direito. Cresce quando é recebido para as mais diversas situações e hipóteses, mesmo quando a paz social implora ser percebida. Multiplica-se quando a omissão campeia livre no seio da humanidade. O Estado Policial vive porque encontra adeptos entusiasmados, omissos confessos e cidadãos não-solidários. E quando o Estado Policial se torna vencedor, morre a esperança, assassina-se a luta pela dignidade do ser humano.

Não obstante a nomenclatura, necessário dizer que não são apenas os policiais que o integram e fazem o Estado policial acontecer. Policiais são parte da engrenagem das agências de controle penal, servidores que matam e morrem por um Estado que os considera descartáveis.

Ao mesmo tempo em que são o meio pelo qual o Estado se apropria dos corpos matáveis, são vidas descartáveis para o poder público. O funeral de um policial encerra a teatralização da falsa cumplicidade, ao mesmo tempo em que abre a porta para a substituição do morto e para resposta mais violenta do Estado-administração, que se retroalimenta do conflito, na medida em que a repressão tem função diversiva. Os caeirões, da terra e do ar, prenunciam a morte e inserem no imaginário social a percepção de uma atuação estatal no combate a criminalidade, independente do alvo (MACIEL, 2019).

O Estado policial surge, em verdade, quando instituições públicas, a exemplo do Ministério Público, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, são, por ação ou omissão, arbitrárias ou complacentes com o uso da violência desmedida – fora das hipóteses legais – para contenção da criminalidade.

Acontece aqui exatamente a antítese do liceu de Zaffaroni (2003), que aponta para a inexistência de Estado de Direito puro, isto é, de que ele é uma contenção ao Estado de Polícia, que campeia em seu interior. Quando as instituições arrefecem o controle, notadamente pela função judicante, o Estado Policial acaba sendo usado livremente pelas agências oficiais de controle.

A lição de Busato (*apud* FERREIRA, 2017) é precisa:

No Estado democrático de direito, quem julga e sentencia é o Poder Judiciário, cumprindo o devido processo legal, cuja essência é a presunção de inocência e o direito à ampla

defesa. Quando se atropela esse fundamento, tem-se o que neste momento está perigosamente esboçado no Brasil: o Estado Policial. Combate ao crime fora da lei é crime também. E ainda mais grave, pois estará sendo praticado por quem tem o dever de coibi-lo – a autoridade pública. O Estado Policial não pode ser a contrapartida da quebra da impunidade no Brasil.

Ademais, o Estado policial não está presente em todos os locais, com nítido viés seletivo, fazendo seu *outdoor* nas favelas e subúrbios fluminenses (EXTRA, 2019) (MELLO, 2020). No entanto, diante de tanta truculência e décadas de políticas de austeridade e violência, pergunta-se: a letalidade da polícia ao menos é eficaz?

Noutras palavras: a decisão de matar indivíduos, de viés utilitário, surte efeito na diminuição da criminalidade e, por conseguinte, no aumento da sensação de segurança e bem-estar da sociedade?

2. LETALIDADE POLICIAL E DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE

Conforme mencionado no tópico anterior, em 2008, o então governador do Estado, Sérgio Cabral, inaugurou as Unidades de Polícia Pacificadora.

Criadas com o objetivo de pacificar as comunidades diante dos recorrentes confrontos entre polícia e traficantes, a estratégia consistia em reforçar, por meio da presença fixa da força policial, que a Polícia Militar ali estava para proteger cidadãos daquelas localidades que não possuísem envolvimento com a criminalidade.

A expectativa era de que, entre 2009 e 2014, outros 36 territórios da cidade fossem incorporados ao programa.

No entanto, o que começou como parceria de aparente sucesso, considerando que de 2009 até 2014 os índices de criminalidade e de letalidade policial diminuíram, terminou por apresentar graves falhas que tornaram o projeto insustentável.

Estudo realizado pelo CESEC (2017) conclui que o fracasso das Unidades de Polícia Pacificadora se deve a alguns fatores:

Em primeiro lugar, o “policiamento de proximidade”, ou seja, a relação entre policial e comunidade em situação que não a de abordagem, não existiu, de modo que a imagem repressora da polícia foi perpetuada nas comunidades. Além disso, a seletividade se mostrou presente não apenas na escolha do tipo de suspeito, mas também no empenho em comunidades na Zona Sul em detrimento de comunidades na Zona Oeste, local distante dos holofotes e dos gestores de segurança.

Outro fator apontado foi a ausência de planejamento cuidadoso a respeito da expansão do programa, que se espalhou por grandes comunidades em razão de agenda política.

Por derradeiro, apontados ainda como fatores para derrocada do programa a ausência de ação articulada do poder público para melhoria da infraestrutura e da oferta de serviços nas comunidades, bem como truculência policial e ausência de preparo dos servidores no trato com os moradores.

Em resumo, a estadia da unidade, que deveria ter propósito pacificador, como indica o nome, foi permeada por abuso de poder, tortura e mortes. As tensões se tornaram evidentes e, desde então, os índices de criminalidade tornaram a subir.

Assim, parece importante notar que, não obstante a gratificação do Sistema de Metas, o retorno pecuniário não foi capaz de suportar, sozinho, a ausência de estrutura para o policial militar.

O que poderia ter tornado o programa bem sucedido não foi realizado, a saber, o investimento no treinamento do policial e na infraestrutura das comunidades. Corroborando que esse poderia ter sido um caminho viável para redução dos índices de criminalidade, o estudo realizado pelo Centro de Pesquisas do Ministério Público do Rio de Janeiro (2019) afirma não haver relação entre a letalidade na ação policial e a diminuição da criminalidade.

Em outras palavras, uma polícia mais violenta não inibe a prática de crimes.

A pesquisa revela ter ocorrido aumento significativo da letal violência policial em 2019:

Até a presente data, houve um recorde do número de mortes decorrentes de intervenção por agentes do Estado, sendo, entre

janeiro e julho de 2019, registrados 1.079 casos. No mesmo período do ano passado, foram 899 casos, ou seja, houve um crescimento de quase 20%. Só no mês de julho, o índice de mortes alcançou 194 casos, o maior em um mês desde 1998.

O estudo afirma, ainda, que apesar de o Estado do Rio de Janeiro não figurar entre os dez Estados mais violentos do Brasil, possui a polícia mais letal do país, haja vista que possui atuação voltada para confrontos, o que, a um só tempo, aumenta o risco de morte de pessoas não envolvidas com o conflito e afeta a confiança da população na instituição que deveria prover segurança.

O Centro de Pesquisas é categórico:

Em Estados democráticos de direito, o uso da força pela polícia tem previsão legal e está condicionado a princípios técnicos e normativos, nacionais e internacionais. No Brasil, a Portaria Interministerial nº 4.226/2010 estabelece diretrizes para o uso da força pelas polícias, dentre as quais a de que os agentes devem obedecer aos princípios da *legalidade*, *necessidade*, *proporcionalidade*, *moderação* e *conveniência* no exercício da atividade policial.

Ademais, tratando especificamente da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, a Instrução Normativa PMERJ nº 33 (2015) orienta que o policial considere “na sua autodefesa e no seu dever de defender a outrem, os riscos que a ação pode gerar à vida de terceiros” .

Portanto, como a letalidade por intervenção destes agentes vem aumentando ao longo dos anos, percebe-se que a conduta da polícia não condiz com as diretrizes estabelecidas pela Portaria, renunciando aos parâmetros mencionados, ao mesmo tempo em que não se verifica relação de causa e efeito entre aumento do número de mortos pelas forças de segurança e diminuição dos índices de criminalidade, vez que o próprio estudo do Ministério Público fluminense, antes citado, comprova queda em locais onde não houve morte em confronto policial, além de aumento de crimes em locais onde a letalidade policial subiu.

3. O SISTEMA DE METAS DOS POLICIAIS, O DECRETO DO GOVERNADOR E SUA EVENTUAL RESPONSABILIDADE

Criado na gestão do governador Sérgio Cabral por meio do Decreto nº 41.931, de 25 de junho de 2009, o Sistema de Definição e Gerenciamento de Metas para os Indicadores Estratégicos de Criminalidade no Território do Estado do Rio de Janeiro consistia em modelo de gestão voltado para obtenção de resultados para a Segurança Pública do Estado.

A finalidade era diminuir certos índices de criminalidade, através do reforço da integração das Polícias Civil e Militar, bem como inserir cultura de gestão de força das seguranças do Estado.

Para tanto, fez uso de gratificação para policiais militares e civis de batalhões e delegacias que obtivessem maiores resultados em relação à diminuição da letalidade violenta, roubos de rua e veículos, como disposto no artigo 2º do mencionado Decreto:

Os indicadores estratégicos de criminalidade que terão metas para fins de aplicação do sistema de gerenciamento ora implantado, por impactarem mais fortemente a sensação de segurança, serão:

I - letalidade violenta, compreendendo as seguintes categorias:

- a) homicídio doloso;
- b) homicídio decorrente de oposição à intervenção policial;
- c) latrocínio;
- d) lesão corporal seguida de morte.

II - roubos de veículos;

III - roubos de rua, nas seguintes categorias:

- a) a transeuntes;
- b) em coletivos;
- c) de celulares.

Em reconhecimento ao sucesso e importância do programa na diminuição dos índices de criminalidade, o Sistema de Metas rece-

beu, em 2013, o prêmio PUBLIX de Melhor Prática de Gestão Pública do Brasil pelo Conselho Nacional de Secretários da Administração Pública.

No entanto, no dia 23 de setembro de 2019 foi assinado pelo atual governador do Estado, Wilson Witzel, o Decreto de nº 46.775, que altera o Sistema Integrado de Metas e determina que as mortes decorrentes por oposição à intervenção policial não serão mais contabilizadas para o Sistema Integrado de Metas.

Assim, policiais que reduzirem números de mortes em confrontos não serão mais gratificados, recebendo bônus quanto ao reconhecimento adequado ao mérito.

Robson Rodrigues, ex-chefe do Estado Maior da Polícia Militar e especialista em segurança pública, sintetiza (HERINGER *et al.*, 2019):

Há alguns anos, um PM que recebesse salário de R\$ 5 mil e trabalhasse em um batalhão que batesse todas as metas poderia ganhar até R\$ 13 mil em bônus. Com a mudança anunciada hoje, matar mais ou menos deixa de ser um fator a ser considerado pelo agente na conta da possível gratificação.

A retirada do bônus de gratificação pode gerar menor autocontrole quanto ao profissionalismo por parte dos agentes de segurança, grande retrocesso para a segurança pública do Estado, haja vista a importância da redução de mortes em operações.

Se antes, com o incentivo do Decreto nº 41.931/2009 à diminuição da letalidade policial, a situação não era das melhores em razão da ausência de estrutura já mencionada, o que esperar do respeito à vida e à dignidade com o novo Decreto?

Cientes do cenário que se descortina no Estado do Rio de Janeiro, determinadas instituições vêm se posicionando de forma contrária ao governador.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro instaurou inquérito civil para apurar o aumento dos índices de mortes provocadas por agentes do Estado (SARTORI, 2019).

Referido inquérito, talvez tardio, foi iniciado em atenção ao que determina a sentença que condenou o Brasil na Corte Interamericana

de Direitos Humanos (Caso Nova Brasília), e após a morte de Ágatha Félix, de apenas 8 anos, no Complexo do Alemão, atingida por policial militar em local sem confronto (SARTORI, 2019).

A Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, denunciou o governador à ONU pelo que considera uma “agenda genocida”, ressaltando a permissividade do governador e sua aquiescência à política de abate (SABÓIA, 2019).

Não se diminui a criminalidade com mais tiros, mortes e violência. Segundo Yarochevsky (2019), em seu parecer, isto seria inconstitucional:

A ordem do governador WILSON WITZEL para que policiais matem quem estiver portando fuzil - independentemente se ele estiver atacando os agentes de segurança ou terceiros - é inconstitucional e pode fazer com que o chefe do Executivo do Estado do Rio de Janeiro seja responsabilizado pelas mortes que ocorrerem em decorrência da sua ordem.

Ademais, ainda segundo o jurista, possível a responsabilização criminal do autor da ordem manifestamente ilegal, no caso em comento, a título de participação por instigação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Decreto assinado pelo governador do Rio de Janeiro não estimula a diminuição de mortes pelos agentes do Estado. Ao contrário, simboliza a indiferença estatal pelos cidadãos mortos por seus policiais e manobra em sentido oposto ao declínio dos índices de letalidade policial.

Mesmo que não se tenha, de forma explícita, uma ordem para matar nestas circunstâncias, entende-se, claramente, que há maior aceitação da ocorrência de homicídio doloso praticado por policiais em casos de confronto. Mais que isso e ultrapassando a simples indiferença, há instigação governamental, quando desconsidera o número de mortes das forças de segurança para conceder-lhes gratificação financeira.

Ao proceder desse modo, utilizando ele mesmo helicóptero em operações – ainda que ciente dos riscos quanto à morte de inocentes (MACIEL, 2019)–, o governador do Estado do Rio de Janeiro acaba por encorajar a violência letal da polícia, com o abate do inimigo escolhido. É simbólica a utilização dos caveirões da terra e do ar.

As comunidades periféricas têm sido alvo de constantes operações policiais, que lhes retiram da normalidade da vida, sendo palco para toda sorte de violações de direitos individuais, da violação de domicílios ao extermínio de pessoas, independente do envolvimento dos mortos com a criminalidade, como se o Estado reconhecesse a presença ali, de uma vida nua, desprovida de direitos, na síntese do conceito agambeniano.

A aprovação de condutas violentas e operações policiais letais em nada contribuem para a queda do índice da letalidade policial. O novo decreto do governo do Estado do Rio de Janeiro, somados ao discurso oficial, demonstra o controle social seletivo, onde “atirar na cabecinha” incrementa o número de cadáveres com a impressão digital do Estado. O decreto governamental atual simboliza o fim do marco legal e temporal em que, ao menos no discurso oficial, era estampada a preocupação com a vida dos cidadãos fluminenses. A proteção das vidas humanas, vitimadas pela atuação policial, saiu da agenda e na retórica oficial entrou a política do abate.

O discurso de instigação à prática de homicídios dolosos por estes agentes, que também têm sido vítimas dessa política de segurança pública, é o propulsor do recorde de mortes em confronto com as polícias alcançado em 2019, a despeito do entendimento judicial que isenta o governador da responsabilidade penal.

Diante do exposto, é possível constatar que o Estado Policial tem, ao longo dos anos, demonstrado cada vez maior intensidade, atuando de forma ainda mais ampla e letal e voltando seu arsenal às camadas sociais marginalizadas, mesmo com estudos dando conta da inexistência de relação de causalidade entre a letalidade policial e a redução dos índices de criminalidade violenta. O Decreto 46.775/2019 é o seu exemplo vivo e atual.

Investir e reestruturar as polícias, abandonar a lógica de militarização da polícia militar e do confronto armado, dando espaço à inteli-

gência policial. Investir nas comunidades periféricas, com a implementação do Estado Social em lugar do Estado Penal. Caminhos que se mostram aptos a descolorir o cenário de arbitrariedades praticadas pelo poder público, dando margem ao Estado Democrático de Direito nos territórios dizimados pela criminalidade e pela violência estatal.

Alterar a lógica atual da segurança pública deve ocupar lugar de destaque na agenda política, sob pena de responsabilização dos agentes públicos, inclusive do chefe do poder executivo estadual, o que pode ocorrer nos organismos internacionais com a condenação do estado brasileiro, sem prejuízo de outras sanções internas, diante da conclusão de que a violência policial letal não foi capaz de refletir na redução dos índices de criminalidade violenta, diante da inexistência denexo causal.

Embora o Estado detenha o monopólio da força, não pode transformá-lo em espécie de *voucher* para matar, seletivamente, aqueles apontados como eleitos pelo poder.

REFERÊNCIAS

ALVO de duas operações da PM por semana, Cidade de Deus é cobrada pela milícia. *Extra*, 24/11/2019. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/alvo-de-duas-operacoes-da-pm-por-semana-cidade-de-deus-cobrada-pela-milicia-24096525.html>>. Acesso em: 31/03/2020.

ARAÚJO, **Rochester Oliveira**. *A sociedade está sendo docilizada e Estado policial avança*. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/08/16/a-sociedade-esta-sendo-docilizada-e-estado-policial-avanca/>>. Acesso em: 03/10/2019.

AUTO DE RESISTÊNCIA. Direção: Natasha Neri e Lula Carvalho. Produção: Lia Gandelman e Joana Nin. Documentário. 2018. 104min.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRISO, Caio Barretto. Do Império aos dias de hoje – as raízes da violência no Rio. **O Globo**, 25/09/2017. Disponível em: <<https://oglobo.com.br>>

bo.globo.com/rio/as-raizes-da-violencia-no-rio-21804502>. Acesso em: 29/03/2020.

BRITTO, Cezar. **Estado Policial é péssimo para a democracia do Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-mai-23/estado_policial_pessimo_democracia_brasil>. Acesso em: 03/10/2019.

CARRO, Rodrigo. Sob ameaça de SC, Rio deve recuar para 4º maior PIB per capita. **Valor econômico**, 09/12/2019. Disponível em: <www.valor.globo.com/google/amp/brasil/noticia/2019/12/09/sob-ameaca-de-sc-rio-deve-recuar-para-4o-maior-pib-per-capita.ghhtml>. Acesso em: 28/03/2020.

CENTRO DE PESQUISAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO. **Letalidade policial no Rio de Janeiro em 10 pontos**. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/centro-de-pesquisas/letalidade-policial-rj>>. Acesso em: 12/10/2019.

CESEC. **UPP: última chamada – visões e expectativas dos moradores de favelas ocupadas pela Polícia Militar da cidade do Rio de Janeiro – agosto de 2017**. Disponível em: <<https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/09/UPP-moradores-Libreto-final.pdf>>. Acesso em: 30/03/2020.

CERIONI, Clara. Em 20 anos, quatro governadores eleitos do RJ foram presos por corrupção. **Exame**, 29/11/2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/em-20-anos-todos-os-governadores-eleitos-do-rj-foram-presos-por-corrupcao/>>. Acesso em: 28/03/2020.

D'ÉLIA Filho, Orlando Zaccone. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

FERREIRA, Antonio Oneildo. **A natureza contramajoritária da advocacia e o recrudescimento do Estado Policial**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261940,->

71043-A+natureza+contramajoritaria+da+advocacia+e+o+re-
crudescimento+do>. Acesso em: 03/10/2019.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Nacional de Segurança Pública - 2018**. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>>. Acesso em 28/03/2020.

HERINGER, C. *et al.* Witzel muda sistema de metas que estimulava redução de mortes em confronto com a polícia. **O Globo**, 24/09/2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/witzel-muda-sistema-de-metas-que-estimulava-reducao-de-mortes-em-confronto-com-policia-23969632>>. Acesso em: 29/03/2020.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Séries históricas anuais de taxa de letalidade violenta no Estado do Rio de Janeiro e grandes regiões - 2020**. Disponível em: <<http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/SeriesHistoricasLetalidadeViolenta.pdf>>. Acesso em: 28/03/2020.

KADANUS, Kelli. Como nascem facções como PCC e Comando Vermelho, alvos preferenciais de Moro. **Gazeta do Povo**, 24/05/2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/como-nascem-faccoes-como-pcc-e-comando-vermelho-alvos-preferenciais-de-moro/>>. Acesso em: 28/03/2020.

MACIEL, Matheus. Helicóptero com Witzel metralhou tenda de orações em Angra dos Reis. **O Globo**, 08/05/2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/helicoptero-com-witzel-bordo-metralhou-tenda-de-oracoes-em-angra-dos-reis-23648907>>. Acesso em: 30/03/2020.

MELLO, Igor; FERREIRA, Lola. A mão invisível da milícia. **Uol Notícias**, 30/01/2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/com-milicia-em-expansao-confrontos-policiais-no-rio-miram-traffic-e-somam-so-3-em-a>>

reas-de-milicianos/#a-mao-invisivel-da-milicia>. Acesso em: 31/03/2020.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Instrução Normativa nº 33, de 03 de julho de 2015**. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B1ZFs0NmYaB1M0doaG-JleWlvN0U/view>>. Acesso em: 30/03/2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto nº 41.931, de 25 de junho de 2009**. Disponível em: <http://www.sistemademetas.seguranca.rj.gov.br/uploads/arquivos/arq_1467112009.pdf> Acesso em: 03/10/2019.

_____. **Decreto nº 46.775, de 23 de setembro de 2019**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/263225361/doerj-poder-executivo-24-09-2019-pg-1>> Acesso em: 03/10/2019.

SABÓIA, Gabriela. **Uol Notícias**, 07/05/2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/07/witzel-e-denunciado-a-onu-por-acoes-policiais-com-mortes-no-rio-de-janeiro.htm>>. Acesso em: 30/03/2020.

SARTORI, Caio. MP do Rio abre inquérito para apurar aumento de letalidade policial. **Estadão**, 27/09/2019. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,mp-do-rio-abre-inquerito-para-apurar-aumento-de-letalidade-policial,70003027820>>. Acesso em: 30/03/2020.

SENADO FEDERAL. **Polícias militares têm origem no século 19**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/25/policias-militares-tem-origem-no-seculo-19>>. Acesso em 29/03/2020.

SOARES, Antonio Mateus de Carvalho. **O acúmulo da violência e da criminalidade na sociedade brasileira e a corrosão dos direitos humanos**. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos, Bauru, v. 2, n. 3, p. 161-189, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/214>>. Acesso em: 29/03/2020.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **Estado Policial e Criminalização dos Movimentos Sociais**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_185.pdf>. Acesso em: 03/10/2019.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Snipers: sua legalidade e responsabilidade do governador do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-responsabiliza-witzel-mortes.pdf>>. Acesso em: 03/10/2019.

ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito penal brasileiro: primeiro volume- teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 3ª edição, 2003.

PEDOFILIA VIRTUAL: A CULTURA DIGITAL E O PERIGO DAS CONEXÕES

Daniely Rosa Lana Araújo

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende-se discutir os crimes de pedofilia virtual contra a criança e o adolescente, na esfera digital. Essa temática surgiu da necessidade em aprofundar sobre esse tipo de crime e os seus desdobramentos em face das ações dos pedófilos nas redes sociais e a aplicabilidade das leis no combate à impunidade no contexto atual.

Diante desse fato, não se pode negar a influência que o avanço tecnológico tem tido na sociedade, e os perigos que o acesso livre pode provocar. E são esses acessos ilimitados que ocasionaram problemas sociais no âmbito penal, dificilmente podendo ser combatidos, principalmente aqueles que envolvem a violência sexual contra a criança e o adolescente, a conhecida pedofilia virtual - em que o criminoso, através da pornografia infantil na internet busca saciar os seus desejos, aliciando suas vítimas em vulnerabilidade.

A corroborar com o exposto acima, o trabalho é dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro destinado à introdução, o segundo capítulo a contextualizar todo o processo de transformação que a sociedade enfrentou, ao longo dos últimos anos, em decorrência do avanço das TICs-Tecnologias de Informação e Comunicação. Essas, além de expor a realidade do mundo virtual e o seu livre acesso, bem como a

regulamentação dele por meio do Marco Civil da Internet e das legislações penais e processuais que abarcam a maioria dos crimes cibernéticos, a fragilidade do uso das mídias digitais por meio das crianças e dos adolescentes.

No capítulo terceiro, busca-se definir o perfil do pedófilo, bem como daqueles que utilizam as redes sociais para chegar às crianças e aos adolescentes para efetivarem o crime de pedofilia. São vítimas fáceis, devido ao livre acesso que as redes proporcionam aos seus usuários. Em consonância às definições, o capítulo ainda propõe aprofundar sobre a aplicabilidade das leis, ante os crimes de pedofilia na internet como válvula propulsora de combate e preservação contra a “pedofilia digital”. Já no capítulo quarto, vem a conclusão desse objeto de investigação.

Pretendeu-se, com esse estudo, analisar a aplicabilidade da lei contra a pedofilia infanto-juvenil como forma de coibição e combate à impunidade, com fulcro nos três elementos discorridos na Convenção de Budapeste, que são: confidencialidade, integridade e disponibilidade.

2. A PEDOFILIA NO CIBERESPAÇO

2.1 Introdução

Na medida em que o avanço tecnológico vai se processando, os tipos penais vão se modificando e adentrando o digital. Isso ocorreu inclusive com os crimes de pedofilia. A aversão à definição da palavra já demonstra a preocupação da população em relação à segurança virtual, principalmente aquela defendida na Conferência de Budapeste, em 2001, acerca dos crimes virtuais.

2.2 A pedofilia

No cenário da Psicanálise, o termo pedofilia açambarca diversas definições que perpassam o clássico freudiano que descreve a normalidade da perversão do indivíduo e a classificação dela por Kernberg (1992). Ao discorrer sobre os três grupos que sustentam a perversão, ei-los listados: os neuróticos, os intermediários e o narcisismo maligno. (SHINAI, 2015).

Quanto a tal aspecto, merece ser trazida à baila a definição de Pedofilia, que segundo o dicionário Aurélio (2018) é “1 - Atração sexual de um adulto por crianças.” Já para o dicionário da Psicanálise (2018, p.54) é

substantivo feminino Psicopatologia. Distúrbio ou perversão que faz com que uma pessoa em idade adulta se sinta atraída por crianças. Prática sexual que se efetiva no contato íntimo entre um adulto e uma criança, através de estimulação genital, atos sexuais, carícias etc. Etimologia (origem da palavra **pedofilia**). Ped(o) + filia.

No contexto da psicanálise, Freud, citado por Shinaia (2015, p.180) vem dividir os pedófilos em três classes:

Os exclusivos, que são bastante raros; os que sentem um enfraquecimento de suas capacidades sexuais (inferioridade em relação a outros objetos, entre os quais as mulheres, impotência) e que utilizam a criança como substituto, e os que não são capazes de resistir à exigência imperiosa de sua pulsão sexual e se satisfazem com uma criança por falta de um objeto mais apropriado.

A esse propósito, Schinaia (2015) vem corroborar o que foi exposto em face das classes de pedófilo. Para o autor, é diante da passionalidade da criança e do adolescente surge a construção da ideologia pedófila, alimentada pela autoridade sob a postura do adulto que julga ter uma alma de criança em um corpo e mente adulta. Essa é prerrogativa defendida por muitos pedófilos que buscam justificar as barbáries que cometem às suas vítimas.

Vítimas, sem dúvidas, que geralmente são aquelas que confiam nos pedófilos que vêm de forma criativa inserir-se no cotidiano desses sujeitos, utilizando-se de estratégias participativas, como se colocar à disposição para cuidar e participar da rotina familiar, sempre se colocando disponíveis para efetivarem a confiança e efetivarem o fato. (MARTINS; BAJA; FERREIRA, 2018)

É é diante desse cenário que se faz necessário trazer o debate sobre o comportamento criminoso dentro do viés da criminologia e da psicanálise. Para tanto, essa união nos remete a um debate entre grandes nomes da ciência humana, tais como: Lambroso, Freud e Lacan.

Lambroso, em seus estudos sobre o homem delinquente e sua ação criminosa, traz-nos uma reflexão entre a neurociência e a própria criminologia. O perfil psicológico, a insanidade e a criminalidade fizeram parte da teoria de Lambroso, que se diz extremamente contrário à punição do criminoso, fazendo assim uma distinção entre o criminoso moral e o habitual dentro da nomenclatura de criminoso nato. Esse por sua vez, traz como característica uma ideia de selvageria e impulsividade. (PIAZZETA, 2018)

Já a Psicanálise entende que há razões para todos os comportamentos que de alguma forma trazem sofrimentos para o paciente. No olhar de Freud, os impulsos que desviam o comportamento social e a origem da própria criminologia se encontram com base nos três elementos psíquicos que ele defende: o id, o ego e o superego²⁰. Para o psicanalista, além desses três elementos, fatores genéticos podem contribuir para que o sujeito venha a desenvolver atos criminoso (PIAZZETA, 2018). Porém, para Lacan muitos crimes só poderão ser investigados se compreenderem de forma subjetiva todos os elementos que permeiam a realidade do sujeito, ou seja,

Grande número de criminosos não são portadores de anomalias psíquicas e somente o psicanalista, ao se ater à estrutura do Eu, compreenderá a coerência dos traços que esses indivíduos apresentam e realizar uma clivagem profunda em sua psique, diferenciando as doenças mentais das doenças sociais condutoras do comportamento criminoso. (PIAZZETA, 2018, p.52)

20 Id – inconsciente e é uma instância caracterizada pelas paixões e pelo princípio do prazer. Engloba toda a dimensão pulsional, o polo pulsional da personalidade, o reservatório da libido e das pulsões da vida e da morte. O ego tem sua origem no sistema perceptivo e é uma parte do id que foi diretamente modificada pelo mundo externo e pelo sistema perceptivo-consciente. O superego surge dentro destes, influenciado pela religião e pela moralidade, origina-se do processo de recalçamento associado à resolução do complexo édipo. (PIAZZETA, 2018, p.47-49)

Ante a breve discussão entre Lambroso, Freud e Lacan, percebe-se que imprescindível junção da criminologia com a psicanálise no conhecimento do criminoso, mesmo sendo esse um pedófilo. A psicanálise tem um papel fundamental em revelar as razões que levam a um comportamento considerado uma patologia mental, que tanto envolve as estruturas psíquicas quanto física. A criminologia, por sua vez, defendida por Lambroso, busca a punição justa para cada ato criminal.

2.3 O perfil do pedófilo nas redes sociais

Com uma realidade virtual mais ativa e com os vazios que os sujeitos da pós-modernidade vêm vivenciando, reforça-se cada vez mais a ausência de limites, proporcionando aos criminosos um ambiente propício aos abusos sexuais contra crianças e adolescentes. (SCHINAIA, 2015).

Isso se dá à medida que a informática vem se desenvolvendo rapidamente, proporcionando uma comunicação imediata entre os povos, quase simultaneamente há um aumento dos crimes virtuais. E essa popularização dos crimes, com a expansão do cenário digital, traz consigo, ao mesmo tempo, a figura dos pedófilos digitais, que, muitas vezes se inscrevem nas redes sociais através de perfis falsos para assim, conquistarem a confiança de seus alvos: as crianças e os adolescentes, inseridas na rotina dos usuários. (MARTINS, BAJA; FERREIRA, 2018)

A dificuldade em diferenciar o animado do inanimado, o real do virtual, o bloqueio comunicativo no núcleo familiar, o domínio do computador ou do vídeo game como exercício para o controle do outro, visto como desvitalizado, isto é, incapaz de emoções e sentimentos, a não ser aqueles que narcisisticamente lhe são atribuídos, podem se constituir em elementos portadores de um refúgio autisticamente onipotente. (SCHINAIA, 2015, p.53)

Diante dessa fragilidade das crianças e dos adolescentes, o pedófilo encontra, em seus atos, campo fértil para efetivar seus atos. Ana Beatriz Barbosa Silva (2008) em sua obra “Mentes Perigosas”, discorre sobre

o crescimento assustador das condutas psicopáticas nas últimas décadas. A autora reforça sua tese ao exemplificar o excesso de reportagens veiculadas tanto em jornais quanto em revistas sobre os casos cruéis de homicidas, *serial killers* e,, principalmente, dos pedófilos que não se encontram apenas no mundo real, esses que atuam cada vez mais na era digital. Nesse ínterim, a autora tem

a convicção de que todos esses problemas têm se agravado, de modo extraordinário, devido à ação dos psicopatas e de pessoas que vêm adotando formas “psicopáticas” de convívio. Se isso ocorre é porque nossa sociedade está fundamentada em valores e práticas que, no mínimo, favorecem a maneira psicopática de ser e viver. Também achei importante destacar neste tópico a presença dos psicopatas em casos de pedofilia - abuso sexual contra crianças ou pré-púberes (13 anos ou menos). Para realizarem essa perversidade, os psicopatas se camuflam em profissões que permitam aproximar-se de crianças. São professores, chefes de escoteiros, treinadores esportivos, pediatras, religiosos que atuam em colégios, entre dezenas de profissões que exigem contato com crianças. Todas essas atividades profissionais apresentam uma aura socialmente reconhecida como nobres e educativas. O psicopata pedófilo usa, de forma maquiavélica, essa artimanha para acercar-se de suas vítimas, sem despertar suspeitas. (SILVA, 2008, p.98)

É de se concluir, destarte, que a ação dos psicopatas pedófilos - como discorreu a autora - tem se agravado principalmente no mundo virtual, em que da mesma forma que se apresentam no mundo real, com perversidade e ao mesmo tempo doçura, vêm camuflando também o seu perfil para atingir o maior número possível de vítimas. Nesse sentido, logrou a autora provar que essa “aura social” que a mesma nomeou e que é utilizada constantemente pelos pedófilos, traz a segurança que muitas crianças e adolescentes buscam nos relacionamentos sociais da internet, fazendo com que nos preocupemos, assim, com as ações criminosas desses sujeitos, no ciberespaço.

2.4 Redes sociais e a pedofilia

A complexidade das redes de informações frente à rigidez das entidades sociais e políticas faz com que a ideia de rede se torne forte, como se fosse a única verdade da sociedade atual. Nessa linha, a livre circulação de informações faz com que os sujeitos se sintam iguais perante as redes sociais. E é nessa igualdade que o perigo se instala.

Sabendo da fragilidade da idade, vitimizadores pornográfico infantis utilizam-se de salas de bate-papo com tema infantil, na tentativa de aliciar interesse sexual de crianças, muitas vezes oferecendo imagens ou presentes para conquistar a confiança das vítimas. Mostra, pois, a criança, por sua imaturidade, maior propensão a acreditar e confiar no interlocutor, assim se suscetibilizando às influências negativas. (SYDOW, 2015, p.200)

Por acreditarem nessa fragilidade que vem da imaturidade das crianças e dos adolescentes, e que os coloca suscetíveis influências, é que o pedófilo os considera vítimas passivas, tendo em vista que a construção do caráter dessas vítimas se constrói na fase da infância/adolescência; sem esse caráter, as estratégias de aproximação são consideradas fáceis, pelo criminoso. Diante disso, Sydow (2015) acredita que a auto prevenção por parte dessas vítimas só ocorrerá quando estiverem amadurecidos. Assim serão considerados

usuários mais capazes de se autoeducar, sendo mais capazes de selecionar as companhias virtuais, os interesses na rede e, pelo interesse na tecnologia, de dominar a linguagem e até mesmo a própria ciência da informática, tornando-se, em si, alvos mais difíceis. (SYDOW, 2015, p.200)

Ao passarem, pois, por esse processo, o adolescente tem a capacidade de identificar com propriedade o que de fato possa ser perigoso ou não. Contudo, isso não se aplica às crianças, por serem alvos fáceis, por viverem boa parte do tempo em um contexto imagético, sem condições de separar o que seria um risco ou não, nas mídias sociais.

Nesse viés faz-se necessária a supervisão ou a restrição dos responsáveis quanto ao teor dos conteúdos acessados pelos menores, porque para os criminosos a fragilidade da idade impulsiona os crimes de pedofilia. Com isso,

A criança de regra necessita de navegação supervisionada, de programas de restrições de acessos a sites mais rígidos porque está mais tendente a ser influenciada pelos conteúdos acessados (que podem se dar indiscriminadamente) e pelos vitimizadores interessados (pornográficos e simpatizantes). (SYDOW, 2015, p.200)

É diante desses cenários de fragilidade que os pedófilos buscam acessar salas de bate-papo infantis e facebooks com perfil falso, cujo intuito é aliciar esse público em troca de palavras afáveis e condutas que inspiram confiança. Tudo isso descreve o ambiente virtual como aquele que potencializa e influencia a conduta real dos internautas.

3 A regulamentação do uso digital pelo Marco Civil da Internet e das legislações vigentes no Brasil

A busca pela privacidade, no uso das TIC's, compõe um dos elementos mais importantes para constituição da liberdade de expressão. E essa, por sua vez, tem que garantir a plenitude dessa liberdade para que o respeito à democracia seja efetivado. Nessa linha, a construção do Marco Civil da Internet levou em consideração os princípios da liberdade de expressão, atrelados aos direitos e deveres dos sujeitos. Mesmo porque

A maior parte das vítimas do delito informático é constituída de cidadãos comuns, que em geral não compreendem corretamente o meio em que estão, nem as dificuldades e os prejuízos que podem lhes ser impingidos, por meio da eletrônica, por outro usuário. (SYDOW, 2015, p.23)

Porém, garantir a liberdade de expressão e ao mesmo tempo a privacidade do sujeito, não constitui uma tarefa fácil, porque a criminalidade virtual vem crescendo rapidamente e com ela surgem novas configurações de crimes que antes não existiam. Esses cibercrimes,

como são conhecidos, por serem praticados a partir das ferramentas tecnológicas, tem se multiplicado e causado muitas vezes, transtorno às vítimas. Diante disso, o mundo virtual passa a ser considerado um local sem lei, segundo Basso e Almeida (2007, p.123) *apud* Lima (2018)

em vários casos, as leis existentes são também aplicáveis aos novos pressupostos do contexto virtual. Em outros, uma nova regulamentação é necessária para se ter mais segurança no emprego das ferramentas eletrônicas e maior certeza quanto a validade e eficácia das transações celebradas por meio eletrônico.

A evolução dos delitos tem deixado dúvidas no que concerne à aplicação da lei na esfera penal. Há uma necessidade de projetos nessa seara que venham a contemplar a aplicabilidade dos casos referentes aos crimes virtuais. Nesse caso, a função do legislador está para além da construção das normas; ele, como sujeito da lei, deve buscar subsídios, inclusive nas doutrinas estrangeiras, que possam contemplar a realidade desses novos crimes. (LIMA,2018).

E é em relação a essas dúvidas, no que diz respeito ao tipo de crime dentro do Código penal, que se faz necessário classificar esses crimes cibernéticos com distinção entre os crimes. Nessa linha, Barros e Brasil (2016) os diferenciam em puros e próprios; impuros e impróprios. Os primeiros, puros e próprios são aqueles crimes, cuja ação dos criminosos permeiam o campo dos sistemas de dados que compõem a sua vulnerabilidade como percebe-se na tabela abaixo:

Tabela 01- Crimes considerados Puros e Próprios

ARTIGOS	DESCRIÇÃO	EXEMPLO
Art.154-A – Invasão de dispositivo informático	Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidade para obter vantagem ilícita.	Invadir e-mail, páginas de redes sociais, sites, blogs, etc. de outra pessoa; instalar programas maliciosos no computador de outrem.

<p>Art.163 - Dano</p>	<p>Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia.</p>	<p>Enviar um vírus pela internet que destrua equipamento ou dados armazenados.</p>
<p>Art.266 – Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública.</p>	<p>Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento: § 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.</p>	<p>Causar a interrupção de serviço telemático por meio de ataque de negação de serviço, por exemplo.</p>
<p>Art. 313 – A- Inserção dos dados falsos em sistema de informação.</p>	<p>O funcionário autorizado inserir ou facilitar a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da administração pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.</p>	<p>Entrar na rede computadorizada de uma instituição da administração pública e realizar alterações. Aqui é quando só o funcionário AUTORIZADO pode fazer, por exemplo, por ter a senha de acesso.</p>
<p>Art. 313 – B – Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações</p>	<p>O funcionário modificar ou alterar sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente.</p>	<p>Entrar na rede computadorizada de uma instituição da administração pública e realizar alterações.</p>

Fonte: Barreto e Brasil (2016, p.18)

Percebe-se nessa tabela que os exemplos de crimes que utilizam os dispositivos informáticos são aqueles que, diretamente, afetam a rede e os dados da vítima, ocasionando assim, prejuízos a ela.

Já os crimes impuros e impróprios, por sua vez são os que se destinam diretamente ao sujeito, propiciando assim, a execução do fato. Mesmo sendo esse resultado de cunho objetivo ou subjetivo, como descreveu Barreto e Brasil (2016):

Tabela 02- Crimes considerados Impuros e Impróprios

ARTIGOS	DESCRIÇÃO	EXEMPLO
Art. 122 do CPB – Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio	Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça.	Ensinar técnicas que auxiliem no suicídio ou estimular tal ato.
Art. 138 do CPB – Calúnia	Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.	Comentários acerca de fato criminoso inexistente, imputado dolosamente a outrem nas redes sociais.
Art. 139 do CPB – Difamação	Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua dignidade ou o decoro.	Postar ofensas a terceiros em redes sociais ou por meio de boatos eletrônicos, ofendendo sua honra objetiva.
Art. 140 do CPB – Injúria	Injuriar alguém, ofendendo sua dignidade ou o decoro.	Enviar um email ou mensagem instantânea à pessoa, ofendendo sua honra subjetiva.

<p>Art. 153 do CPB – Divulgação de segredo</p>	<p>Alguém divulgar, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.</p>	<p>Espalhar correspondência eletrônica cujo conteúdo seja reservado.</p>
<p>Art. 155, n.4, Inciso II, do CPB – Furto mediante fraude</p>	<p>Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalda ou destreza.</p>	<p>Fazer transferência eletrônica indevida por meio do internet banking da vítima, ou sacar quantia em ATM, após clonar o cartão de outrem, com o uso de “chupa cabra”.</p>
<p>Art.241 e ss. Do ECA</p>	<p>Pornografia infanto-juvenil na internet.</p>	<p>Produzir, armazenar, enviar imagens e vídeos com conteúdo pornográfico de crianças e adolescentes.</p>

Fonte: Barreto e Brasil (2016, p.20)

Dentre os diversos crimes ilustrados, faz-se mister sinalizar o crime de Pornografia infanto-juvenil na internet, que será a temática disscorrida ao longo da nossa investigação. São essas novas tecnologias e seus avanços que contribuem com a disseminação dos atos ilícitos em suas diversas vertentes. Para que os crimes não se tornem impunes, é preciso uma atualização da norma penal que contemple os diversos casos existentes. Contudo, há de se ressaltar que a lei n. 12.965/2014 – conhecida como o Marco Civil da Internet, vem estabelecer os limites, os princípios, as garantias e os direitos e deveres daqueles que utilizam a internet. Ao mesmo tempo em que ela expõe os limites e o respeito a dignidade humana, esses por sua vez são reafirmados pela Constituição Federal em seu art.5. No Marco Civil, sua garantia se dá pelo artigo:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

(...)

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil. (BRASIL, 2014)

Muitos são os dispositivos que buscam combater os atos ilícitos praticados na esfera digital. Dentre eles temos a lei 12.737/2012, conhecida como lei Carolina Dieckman. Esta que dá o nome da lei, ao suas fotos íntimas vazadas, iniciado por ela, em repúdio a esse ato, impulsionasse a votação do projeto de lei n. 84/1999, tipificando as condutas inerentes à invasão da privacidade e do acesso, e distribuição de conteúdo íntimos das vítimas.

Já em 2018, o Brasil aprovou a Lei 13.718/2018 que caracteriza o crime de importunação sexual, aumentando a pena para o estupro coletivo, incluindo-a como matéria do direito criminal virtual.

É mister salientar que com a expansão das TIC's – Tecnologias de Informação e Comunicação e com o fácil acesso ao meio virtual, coibir

as ações ilícitas não é tão fácil mesmo porque há uma necessidade de atualizar as normas penais para que os crimes não fiquem impunes.

4 O desafio da aplicabilidade das leis ante os crimes de pedofilia na internet

Barretos e Brasil (2016, p.18) conceituam, primeiramente, os crimes cibernéticos como aqueles que “por meio da tecnologia, são conhecidos como crimes meios- ou seja, apenas a forma em que são praticados é que são inovadoras”. Os autores colocam os crimes virtuais como subespécie, cuja efetivação impõe a concretização do fato no contexto real.

Nesse sentido, há de se ressaltar que no Brasil, o cibercrime tem sido uma preocupação para as autoridades. No caso da pedofilia, mesmo ela sendo uma espécie de crime cibernético, há uma busca pelo seu combate por parte dos especialistas em crimes virtuais. Mesmo porque, nesse ciberespaço qualquer pessoa pode vir a ser um criminoso especializado, caso daqueles que divulgam a pornografia infanto-juvenil, e é nesse cenário, que abarca tanto o sujeito ativo (criminoso) quanto o sujeito passivo (vítima).

Nos dizeres de Barretos e Brasil (2016) a preocupação se faz presente nesse sujeito passivo, que pode ser considerado qualquer um, “uma vez que os criminosos utilizam técnicas cada vez mais apuradas de engenharia social, aliadas à novas tecnologias, atingindo, assim, muitas pessoas.

Por dispensar a presença física do criminoso, o delito informático, mesmo não possuindo um estilo lógico em sua ação, seu combate por via da prevenção primária, segundo Sydow (2015) não tem eficácia. Para o autor

A existência da rede mundial em escala gigantesca e a falta de controles internacionais, além da falta de cooperação entre as soberanias, geram simultaneamente dois problemas: se o local em que os efeitos do crime foram sentidos for diverso do local da prática delinvente, é de se verificar se há algum modo de fazer com que o delinvente seja investigado, coibido e puni-

do, pois muitos países ainda não possuem legislação própria no sentido penal para o tema; outro problema é o fato de que, com a demora no encontro do delinquente ou da máquina utilizada, diversos vestígios foram destruídos. (SYDOW, 2015, p. 139)

Dentre as dificuldades no que tange à cooperação por parte dos Estados, esses, por sua vez, se veem diante do crescimento desenfreado da pedofilia praticada pela internet. Embora haja sucessos em operações de rastreamento desses criminosos, a efetivação de sua prisão nem sempre anda na mesma velocidade e, até que seja feita justiça, crianças e adolescentes correm o risco de vivenciarem atos que poderão manchar tanto a sua dignidade quanto o seu emocional dessas vítimas. (MARTINS, BAJA E FERREIRA, 2018)

Quando se fala de condenação a condenadores, o que se diz é que algumas atitudes visam demonstrar aos principais poderes da federação a discordância quanto a atitude e quanto às criações legislativas a contrário sensu da opinião da maioria dos usuários, em uma exposição do fracasso prático da democracia indireta, recusando obedecer as leis de aceitabilidade duvidosa. (MARTINS, BAJA E FERREIRA, 2018, p.140)

Mesmo ante esse crescimento, as investigações tecnológicas têm conseguido alcançar esses cibercriminosos, utilizando a eficácia dessas mesmas tecnologias que têm alcançado cada vez mais, o espaço e a eficácia nas punições.

5. Conclusão

A sociedade contemporânea vem sofrendo transformações ao longo das últimas décadas em função dos avanços das TICs – Tecnologia da Informação e Comunicação. Os ciberespaços têm contribuído para a construção da inteligência coletiva e do futuro tecnológico e é nesse ambiente de cultura digital que se encontra o maior problema, quais sejam os crimes virtuais, principalmente aqueles que têm como público-alvo as crianças e os adolescentes, a que chamamos de pedofilia virtual.

Com uma capacidade de *download e upload* superior, somos vulneráveis a essa esfera digital, principalmente quando esse acesso se torna livre. Sob tal aspecto se encontra a preocupação em garantir aos usuários a sua integridade, disponibilidade e confidencialidade, elementos cruciais para uma navegação de segurança.

Desse mesmo modo, malgrado um marco regulatório e de leis que buscam inibir os cibercrimes, esses vêm surgindo - como observado ao longo do texto - com uma rapidez estrondosa, os tipos penais vindo a ressignificar com os já classificados no Código Penal e Processual Penal, como o caso do crime de pedofilia digital encontrado no art. 241 do ECA sob a alcunha de “pornografia infanto-juvenil na internet”, que pune aqueles que produzem e armazenam e enviam imagens e vídeos com conteúdo pornográfico, de crianças e adolescentes.

Não obstante, com a mesma rapidez da prática desses crimes, os tipos penais vêm se adequando e adentrando à esfera digital com o objetivo de reprimir e combater os crimes de pedofilia; a aplicabilidade das leis ante esse crime se dá quando se unem os três elementos de forma a contribuir com a eficácia nas investigações e punições dos sujeitos que cometem essa modalidade de crime.

Diante o exposto conclui-se que mesmo após analisar o ciberespaço, a criminalização da pedofilia virtual se torna ainda um campo fértil, avançando ruidosamente tanto no contexto legislativo quanto na aplicabilidade do sistema judicial. E isso se dá em especial pela conquista da Convenção de Budapeste e de seus elementos, e do ingresso do Brasil na convenção, contribuindo com o surgimento, a posteriori, de diversas leis para punir os cibercrimes.

6 REFERÊNCIAS

AURELIO. **DICIONÁRIO ELETRÔNICO DE LÍNGUA PORTUGUESA**. Disponível em: < <https://dicionariodoaurelio.com/> >. Acesso em 01/10/2018.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de investigação cibernética à luz do Marco Civil da Internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

BARRETO, Alessandro Gonçalves (*et.al*). **Investigação Digital em fontes abertas**. Rio de Janeiro: Brasport, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Lei 11.829 de 25 de Novembro de 2008**. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.737 de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.718 de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

BRASIL. **PLS 234/09 de 02 de Junho de 2009**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) com a finalidade de modificar as regras relativas à prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes. Disponível: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91402>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

LIMA, Antônio Henrique Maia. Pedofilia: concepções psicanalíticas sob uma perspectiva freudiana. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13554>. Acesso em: 30 setembro de 2018.

MARTINS, Paulo César Ribeiro; BAJA, Sahar Juma Mahmud Mustafa e FERREIRA, Paulo César. Pedofilia: Do real para o virtual. **Revista âmbito Jurídico**. 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7970>. Acesso em: 30 julho de 2018.

PIAZZETA, Naele Ochoa. **A mente criminosa: o direito penal e a neurobiologia da violência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHINAIA, Cosimo. Pedofilia Pedofílias: A psicanálise e o Mundo do Pedófilo. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2015.

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

A RELAÇÃO ENTRE CRIME DE ESTUPRO E O GARANTISMO PENAL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Rayandra Pereira Pedrosa

Ygor Felipe Távora da Silva

Denison Melo de Aguiar

INTRODUÇÃO

Uma grande problemática no mundo todo, incluindo o Brasil, é o crime de estupro, que ocorre desde os primórdios da vida. Este é um ato que viola não apenas a conduta e o corpo de um indivíduo, mas isto infringe também a saúde mental e dignidade humana do ser humano, bem como de toda uma sociedade que se compadece deste crime.

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise acerca do crime de estupro, bem como entender como ocorreu a evolução do garantismo penal a partir da redação original do Código Penal. Para isto, este trabalho será desenvolvido em três distintos capítulos: o primeiro irá reunir as alterações mais importantes acerca da tipificação do crime de estupro a partir da redação original do Código Penal; o segundo abordará como foi criado e como funciona o sistema de garantismo penal perante ao crime de estupro; enquanto o terceiro capítulo irá relatar os preceitos da norma penal e sua interpretação jurisprudencial e doutrinária, bem como suas aplicações.

Assim sendo, este trabalho foi realizado a partir de metodologia em retrospectiva histórica, pesquisas em bibliografias e observação da

legislação brasileira acerca da relação entre crime de estupro e o garantismo penal, com destaque para obras perante o código penal brasileiro.

O problema de pesquisa elencado se justifica ao considerarmos a atual realidade jurídica do Brasil, que passa por dificuldades quanto a situação de legitimidade na impunidade de agressores e, conseqüentemente, implica na demora prevalente de resultados veredictos para tais culpados no crime de estupro. Este é um tema de grande importância, não só para profissionais da área de direito ou de forças policiais, mas também para a sociedade civil em geral.

Com isto, as diretrizes de amparo ao crime de estupro e os esforços para combater a violência sexual devem acontecer simultaneamente. Mas para que isso ocorra, é necessário que existam Leis que protejam a sociedade em geral de todo tipo de violência sexual, além de minimizar a indução de atos de assédio assexual, como aliciamento de menores ou pornografia cibernética, evitando assim futuros e possíveis estupros. Contudo, ainda há carência em informações dadas a população sobre tais Leis de proteção de crimes sexuais, bem como na carência de estudos aprofundados sobre o assunto, principalmente quando se trata da contextualização de políticas de segurança.

Uma grande problemática que faz parte deste contexto é a omissão de denúncias, seja pela vítima ou por terceiros cientes do ocorrido. Isto ocorre por diversos fatores, que incluem a vergonha da violação do corpo, falta de informação de como proceder em casos de denúncias, ameaças sofridas pelo sujeito ativo (estuprador), fazendo com que muitas vezes estes casos não cheguem ao conhecimento da justiça.

2. CRIME DE ESTUPRO

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pela segurança pública no Brasil e no mundo é a violência de gênero. Em 2009, mais de um milhão de mulheres sofreram agressões físicas a cada ano no Brasil, até 2009, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD, do IBGE). Já a Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (PCSVD FMulher) mostrou que, a cada ano, 11,9% das mulheres entre 12 e 49 anos sofrem violência emocional e 5,3% sofrem violência física. Ainda, as ví-

timas não se limitam apenas nas mulheres, mas incluem também os filhos e familiares que transportam consequências psicológicas que podem acompanhá-los pela vida toda (CERQUEIRA et al., 2017).

Um grande problema em que a violência doméstica trata é o crime de estupro, configurado com um dos crimes com maior incidência no Brasil. Além de marcas carnais que ficam, as mulheres também são expostas a pré-julgamentos oriundos do machismo, colocando as mulheres como geradoras de um crime do qual são vítimas. Para essa minimização do ato criminoso chamamos de cultura do estupro (SANTOS; BARCELLOS, 2019). De acordo com pesquisa conduzida por Daniel Cerqueira e Danilo de Santa Cruz Coelho e divulgada em 2014 pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, intitulada “Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde”, 88,5% das vítimas de estupro no país são mulheres, dentre as quais 81,5% são meninas, 93,6% são adolescentes e 97,5%, adultas (BOTELHO, 2019).

O estupro, além de vitimar as mulheres, também é um ato que ataca homossexuais, uma vez que esses também são alvos do crime de estupro em decorrência da sua sexualidade ou, aos homens afeminados, muitas vezes, por uma questão de delicadeza. Mulheres homossexuais também passam por situações parecidas, pois o agressor não só as humilha, mas promove agressão psicológica e/ou física, na tentativa de fazer com que estas passem a ser heterossexuais. Acontece que a homofobia é o resultado de um pensamento cultural patriarcal, que dá motivo para que ocorra a cultura do estupro, que trata não apenas da inferioridade feminina, mas também de todas as normas patriarcais socialmente disseminados (ESTEFAM, 2016). Isto é comum também com travestis, dragqueens e transgêneros, sejam homens ou mulheres. Com o passar dos anos e o aumento nas categorias pertinentes a comunidade LGBTQIA+, a agressão à homofobia tomou grandes proporções, causando preocupantes situações de estupro.

De acordo com o Ministério da Saúde, o SINAN (Sistema de Informação de Agravos de Notificação) tem o objetivo de coletar, transmitir e difundir dados obtidos pelo Sistema de Vigilância Epidemiológica das três esferas de governo. Para dar suporte no procedimento de investigação e dar contribuições à análise das informações de vigilân-

cia epidemiológica das notificações, tais processos ocorrem a partir de uma organização informatizada (CERQUEIRA et al., 2017).

O SINAN, neste contexto, expressa o conceito de estupro, a partir do Instrutivo Notificação de Violência Interpessoal e Autoprovocada da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso' [...] [Código Penal] [...]. Dentro desse conceito está incluída a conjunção carnal (penetração peniana ou de outro objeto no ânus, vagina ou boca), independentemente da orientação sexual ou do sexo da pessoa/vítima. (BRASIL, 2015, p. 44)

Perante o direito e processo penal brasileiro, o estupro é denominado, por muitos, como expressa Vera Regina Pereira de Andrade, que o intitula por “lógica da honestidade”. De acordo com a autora, tal denominação divide e relaciona mulheres em dicotomias por demais simplistas que contrapõem distintas personalidades, entrelaçadas à moral sexual dominadora, como por exemplo quando divide as mulheres entre desonestas às honestas, sendo estas últimas as merecedoras de proteção penal (ANDRADE, 2014).

Já se tratando de crime de estupro em outros países, a Constituição francesa, por exemplo, quebrou em 1789 com a lógica de que o estupro abrangia a honra da família da vítima. Desta forma, em 1791, o Código Penal francês incluiu em seu texto o crime de estupro, atribuindo-lhe o cumprimento de pena de seis anos. Dificultando a afirmação de sua compreensão e a punição de outras formas de violência sexual, o referido diploma legal não proporcionou conceito concreto do tipo penal aprovado. O deslocamento de crimes da esfera moral e religiosa para a social é uma das principais características do Código Penal francês de 1791. O diploma legal mencionado fora organizado em duas partes: uma delas é direcionada aos crimes contra a pessoa, na qual fora inserido o tipo penal do estupro, enquanto a outra é destinada aos crimes contra a propriedade. Além disso, foram ordenadas legislações diversas do Código Penal com o objetivo de tipificar outras formas de violência sexual de acordo com a sua gravidade (BOTELHO, 2019).

Em 2014, o SINAN apresentou dados onde, traduzidos em taxas por 100 mil mulheres das respectivas cores/raças, a população indígena teria sofrido um N representando 42,9 estupros por 100 mil mulheres, seguida da população amarela (N=20,4), negra (N=17,5) e branca (N=12,5). Em relação a idade das vítimas, cerca de 70% das violências acometidas foram contra menores de idade, Além da vulnerabilidade da idade das vítimas, mais de 10% apresentavam deficiências física ou mental. Ainda, em geral, enquanto 36,2% das vítimas possuíam histórico de estupros, as vítimas que apresentavam alguma deficiência recorrentes de estupro eram 42,4% (CERQUEIRA et al., 2017).

Já em 2016, um caso de estupro ganhou repercussão nacional. Uma jovem de 16 anos foi vítima de estupro coletivo na cidade do Rio de Janeiro no dia 21 de maio de 2016. Porém, o caso ganhou repercussão nacional apenas no dia 26 de maio, assim que a vítima realizou exames em um hospital da cidade e apresentou-se para depor na delegacia, acompanhada dos familiares. A jovem foi violentada por 33 homens, número este que despertou abrangência no caso. O teor da notícia também ganhou mais espaço devido ao aumento significativo de violência contra a mulher nos últimos anos, como aponta a Organização Mundial da Saúde (OMS) (LONGHI; FERREIRA, 2018). A demora em acionar a polícia para comprovação do crime, bem como para realização de exames, é um fator crítico que se dá por diversos motivos. A vítima poderia sentir-se envergonhada ou traumatizada, o caso poderia ter sido omitido para a família, ou simplesmente a família poderia achar melhor não expor o caso, para que a vítima não se sentisse julgada, hostilizada ou humilhada pela sociedade de alguma forma.

Em 2014, o SINAM registrou 20.085 casos, enquanto as polícias tiveram 47.646 notificações. É importante enfatizar que, 12.676 dos 20.085 casos de estupros registrados no SINAM, os autores eram os próprios familiares ou conhecidos das vítimas. Destes, 5.381 incidentes os autores dos crimes eram desconhecidos. Ao mesmo tempo em que mostra que o autor do crime é alguém próximo, esta relação de mais de dois para um revela, não apenas a seriedade do crime de violência doméstica no país, mas também faz uma reflexão do viés de seleção do universo (CERQUEIRA et al., 2017).

Porém, as mulheres em situação de violência só começaram a buscar, com mais intensidade, pelos serviços do sistema penal após a promulgação da Lei Maria da Penha. Isto colocou a questão da violência contra a mulher em foco, fazendo com que a discussão conscientização sobre a temática no Brasil crescesse, situação atrelada a atuação mais incisiva e maior visibilidade dos movimentos feministas (ANDRADE, 2017).

3. GARANTISMO PENAL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O termo “garantismo” é resultado de “garantia” e tem o significado de cumprimento de obrigação ou suporte para tal, protegendo ação para que atinja determinado fim (no âmbito jurídico-político: as liberdades individuais). Porém, para que se entenda a respeito da teoria garantista, é necessário entender antes sobre o sistema penal, que se trata de um sistema convencionalista, que não parte da ideia de que existam crime e direito naturais. Desta forma, são criadas crenças baseadas em criações intelectuais, frutos de culturas e, portanto, variáveis (VIANA, 2017).

O garantismo, quanto entrelaçado ao campo do Direito Penal, é explicado por Ippolito (2011) como:

Trata-se, de fato, de uma curvatura semântica produzida sucessivamente no tempo, quando, em relação à legislação emergencial com a qual a política italiana tentou enfrentar o terrorismo, na segunda metade dos anos setenta, a cultura jurídica, de orientação progressista, reafirmou com força o primado dos direitos individuais de imunidade e de liberdade diante dos poderes punitivos do Estado. Garantismo se torna, então, o nome da teoria liberal do direito penal, ou seja, do paradigma normativo – de matriz iluminista – do Direito Penal Mínimo (IPPOLITO, 2011, p. 37).

Neste sentido, o garantismo surge como um exemplo de segurança de direitos. Esta garantia tem como pensamento lógico o conven-

cionalismo e cognitivismo, que são ideias que apoiam aos princípios da legalidade e jurisdicionalidade. Neste contexto, serão as leis quem definirão os poderes e os parâmetros de atuação do Estado, em democracia de direito, de modo que os sujeitos que irão ser acionados, já terão um conhecimento prévio das regras do jogo, inclusive no sistema penal brasileiro (DORNELAS, 2019). O cenário do atual sistema penal atua em determinação da produção de normas jurídicas mais severas, servindo de hiperpunitivismo legislativo; e de tornar seguro o aparelho repressivo (juízes) encaminhados para uma classe homogênea de criminosos, evidenciando o cruel caráter discriminatório da justiça penal (FREITAS, et al; 2017).

Assim, a partir de suas competências rígidas emergenciais de políticas de combate ao terrorismo político, surge o Garantismo Penal. Tal medida é oriunda do esforço de juristas que usaram da teoria garantista constitucionalista, que no passado dirigia ater o arbítrio dos reis déspotas, inclusive quanto ao uso do arbítrio punitivo, fazendo com que agora fosse limitado o poder de punir do Estado Democrático de Direito moderno, a fim de proteger os direitos de liberdades do povo (GOMES, 2019).

O Garantismo Penal possui dez axiomas, a saber: 1. *Nulla poena sine crimine*: só há pena se houver crime; 2. *Nullum crimen sine lege*: sem lei penal anterior não há crime; 3. *Nulla lex (poenalis) sine necesitate*: sem necessidade não se criam leis penais; 4. *Nulla necessitas sine injuria*: sem lesão não há necessidade do emprego da lei; 5. *Nulla injuria sine actione*: se não há exteriorização da conduta, não há lesão; 6. *Nulla actio sine culpa*: não há ação típica sem culpa; 7. *Nulla culpa sine judicio*: a culpa há de ser verificada em regular juízo; 8. *Nulla acusatio sine accusatione*: a acusação não pode ser feita pelo próprio juiz; 9. *Nulla acusatio sine probatione*: a acusação que deve ser provada, não a inocência; 10. *Nulla probation sine defensione*: sem defesa e contraditório não há acusação válida (ZUZA, 2016).

O termo *garantismo* se consolidou em virtude direta das atividades e pesquisas científicas desenvolvidas por Luigi Ferrajoli, principalmente a partir da publicação de sua obra intitulada “*Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*”, de 1989, entrando rapidamente na lista das obras jurídicas mais importantes do direito contemporâneo. Tal obra teve sua tradução em 2002 para a língua portuguesa como “*Direito e Razão*”, fazendo com que o modelo garantista pertencesse definitiva-

mente, ao léxico jurídico como. Servido pela publicação das novas cartas constitucionais e pela imposição de respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sobretudo aqueles de liberdade contra as arbitrariedades do Estado, o garantismo foi validado no Brasil durante o período de redemocratização (TRINDADE, 2013).

Ferrajoli defende em seu trabalho intitulado “*Garantismo e Direito Penal*”, que exista uma grande diminuição dos bens que são protegidos pelo Direito Penal, consistindo somente os bens constitucionalmente deliberados como básicos e que sofressem, por sua vez, outra grande limitação em seu rol. Desta forma, Ferrajoli (2008) cita:

Uma séria despenalização deveria, por isso, ainda antes de apontar à redução da tutela penal apenas aos bens que consideramos fundamentais, apontar à redução da esfera dos bens que podemos permitir-nos considerar fundamentais, apenas aos bens cujas ofensas consideramos, realisticamente, que podem ser julgadas decentemente pelo sistema judicial, ainda que reforçado nos meios e nas estruturas. Nesta perspectiva, deveriam ser despenalizados, para além dos inúmeros crimes bagatelares, todos os crimes contravencionais e todos os crimes punidos com penas pecuniárias, exceptos e se considerar que — pela sua gravidade: pensemos nas infracções em matéria de segurança no trabalho ou de tutela do ambiente — devem ser punidos mais seriamente como crimes de perigo. Sei que tudo isto exigiria uma bem mais ampla argumentação (FERRAJOLI, 2008, p. 60)

Tal Direito Penal mínimo proposto por Ferrajoli, eleva o modelo teórico minimalista, que constitui dez categorias restritivas do arbítrio legislativo ou do erro judicial, fazendo com que qualquer imposição seja legítima de pena se não houver ocorrência de algum fato exterior, nocivo para terceiro, causado por sujeito imputável, previsto anteriormente pela lei como delito, ocasionando sua proibição e punição. Porém, visto por outro ângulo, a obrigação de que sejam lançadas provas por uma acusação pública, em processo contraditório e satisfatório, julgado por juiz imparcial, aliam-se as condições materiais os processuais (CARVALHO, 2002).

O garantismo é usado como modelo normativo, sendo compatível com o Estado de direito, tornando-se sinônimo deste. Por outro lado, não é compatível uma doutrina de garantias em um estado despótico ou autoritário, fazendo com que a conexão lógica com o Estado de direito ocorra. Ainda, enfatiza-se o significado de Estado de Direito a ser adotado para tal desiderato. Isto significa que somente os Estados Constitucionais possuam alcances formais e materiais ao exercício do poder institucionalizado (MENEZES; GUIMARÃES, 2017).

Além disso, o garantismo penal passa por diversas críticas. Uma delas é feita por Alexandre Bizzotto (2009), que afirma que a ausência da prática do garantismo perante a idealização constitucional dos direitos humanos, torna-se frágil e de alcance limitado:

A falta de compromisso interpretativo com a efetividade das garantias, seja pela passividade ao se aceitar a mera legalidade desvinculada do sentido justificador da limitação da intervenção punitiva, seja pela falta de resistência para se manter o teor de proteção aos avanços do Estado Penal contido no texto normativo, torna as disposições legais objeto de manipulação na interpretação, esvaziando-se a amplitude de proteção penal, com a limitação da concepção sobre o seu alcance sem que a mesma seja avaliada como estranha aos objetivos garantista (BIZZOTTO, 2009, p. 130).

Neste contexto, é impensável que aja compromisso em resultados eficientes oriundos de situações onde o garantismo atue. Assim, o Estado Penal se encarrega de fazer com que isto ocorra da forma mais passível de acontecer, minimizando as críticas feitas até então, já que o Estado de direito usa o garantismo como base padrão de modelo normativo.

4. A INTERFACE ENTRE CRIME DE ESTUPRO E O GARANTISMO PENAL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O estupro, assim como as demais violências de gênero, não trata apenas de sexo, de afetividade e de intimidade, mas também de rela-

ções de poder, como exemplifica Cerqueira (2017) a partir da fala de Susan Brownmiller:

O estupro trata de uma relação de poder, em que os homens submetem as mulheres para que estas assumam determinados papéis na sociedade, e o caso extremo compreende a coisificação que extrai do indivíduo a sua condição de humanidade e, portanto, de sujeito de desejos e de direitos sobre o próprio corpo (CERQUEIRA et al., 2017, p. 25).

O crime de estupro de vulnerável está previsto no Título VI do Código Penal, sendo deste um crime contra a dignidade sexual. A partir da nova redação dada pela Lei nº12.015, de 7 de agosto de 2009, tal crime passa a pertencer aos dispostos “Dos crimes contra a dignidade sexual”, promovendo a conjunção de artigos, que introduzem alguns novos tipos penais incriminadores (ALVES, 2018). Ao crime de estupro, no que diz a respeito perante ao Código Penal, Corrieri (2018) afirma:

O crime de estupro está disposto no art. 213 do Código Penal Brasileiro, o qual configura o crime em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Para a configuração desse delito é necessário haver o sujeito passivo, na qualidade de homem ou de mulher, com o objetivo de constranger, coagir, obrigando a vítima a ter relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, havendo ou não a penetração (CORRIERI, 2018, p. 1).

Antes da Lei n.º 12.015/09, a qualificação “Dos crimes contra a dignidade sexual” estava inserida, além do art. 213, também no art. 214 como crimes de estupro e atentado ao pudor, visando o controle moral, a liberdade sexual do indevido o pudor do coletivo. Já o crime de estupro era citado apenas a mulheres como sujeito passivo e o homem como sujeito ativo, que incidia mediante grave ameaça ou violência em forçar a mulher a praticar a conjunção carnal. Porém, o caso era excluído caso houvesse qualquer consentimento da vítima (REINAL-

DO, 2014). Após diversas mudanças, o art. 217-A do Código Penal classificou o estupro de vulnerável como crime hediondo (IMBIRIBA; ALCOLUMBRE, 2019).

Ainda se tratando do envolvimento dos sujeitos, até os anos 1980, na doutrina jurídica era discutido se o marido poderia ser sujeito ativo do crime de estupro contra a sua própria esposa. Apenas em 1995, após a Constituição Cidadã, a Lei n° 9.520 revogou o art. 35 do Código de Processo Penal, que constituía que, sem a autorização do marido, a mulher casada não poderia prestar queixa de qualquer situação, salvo quando fosse contra ele, ou quando estivesse separada. Com a sanção da Lei n° 12.015, a partir de agosto de 2009, o estupro ocorre como crime contra a dignidade e à liberdade sexual (CERQUEIRA et al., 2017).

O crime de estupro tem uma das penas mais severas do ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser julgado de duas formas: a primeira como crime consumado, que ocorre quando o crime é efetivamente concluído, com o pênis introduzido na vagina, mesmo que ainda de forma parcial e sem haver ejaculação, caracterizado este crime por qualquer ato libidinoso; enquanto a segunda forma é julgada como crime tentado, onde o sujeito ativo do crime inicia a atuação, mas por razões alheias a sua vontade, não consegue dar continuidade ao crime, ou seja, não chega à via de fatos (SOARES, 2015. p. 1).

Várias divergências apareceram perante a pena do crime de estupro de vulnerável desde a alteração do Código Penal em 2009. Isto ocorreu porque os doutrinadores perceberem a desproporcionalidade de casos concretos, em atos libidinosos diversos da conjunção carnal (PEREIRA; CARVALHO, 2019).

A partir da redação original do Código Penal, a tipificação do crime de atentado violento ao pudor e do crime de estupro era baseada no art. 214 somado ao art. 224, ou o art. 213 somado ao art. 224. Desta forma, o indivíduo que tivesse relação sexual com menor de 14 anos ou pessoa com alguma deficiência incapaz de consentir o ato, eram cometidos a praticantes de atitudes a nível grave. Essa ação não encontrava formas necessárias para seguir o pensamento de desenvolvimento dos padrões de comportamentos, incluindo a disciplina sexual, exigidos na época da edição do Código Penal de 1940 (NUCCI, 2009).

Porém, a tipificação da conduta do Código Penal estava interligada à confirmação da violência. Ou seja, diversas vezes tal atuação era amenizada quando a vítima fosse iniciada sexualmente ou corrompida, mesmo que esta fosse menor de 14 anos de idade. Assim, mesmo que o objetivo legislativo fosse proteger o indivíduo em desenvolvimento, além de não incentivar adultos a auto agradarem-se de suas lascívia com jovens incapazes de compreender e arcar com as consequências de seus atos, a presunção de violência nestes termos era relativizada (IMBIRIBA; ALCOLUMBRE, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo com o passar dos tempos e o surgimento de normativas de proteção, o crime de estupro ainda é um constante problema no Brasil, sendo considerando um dos crimes com maior incidência no Brasil. É dever do poder público, bem como da jurisprudência, tomar medidas preventivas e de contribuir para a proteção da mulher e de indivíduos de gênero similar que se tornem vítima de tal barbárie.

É importante também o compartilhamento dos registros de cometimento deste crime, para que a população tenha conhecimento acerca dos casos e que sejam cientes de que, apesar de comum, tal ato não é natural, mas constante e que pode ser cometido por um agressor próximo. Isto, conseqüentemente, auxilia na atenção às vítimas e colabora com as informações de vigilância epidemiológica das notificações, tendo em vista que ainda ocorre lentidão no processo de notificações à polícia ou órgãos da saúde quando o crime é cometido.

Nesta situação, o garantismo penal perante ao código penal brasileiro ocorre para garantir o cumprimento da obrigação ou suporte para atos violentos nesta escala, servindo como exemplo de segurança de direitos na luta contra o crime de dignidade sexual, tendo em vista que o crime de estupro tem uma das penas mais severas do ordenamento jurídico. Dessa forma, percebe-se que tal crime ainda é associado ao fator social quando levando em consideração ações de auxílio e punição.

REFERÊNCIAS

- ALCOLUMBRE, S. M. P.; IMBIRIBA, C. F. S. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: Da vitimização secundária às inovações trazidas pela Lei n.º 13.431/2017. **FIBRA Lex**, n. 6, 2020. Disponível em: <http://www.periodicos.fibrapara.edu.br/index.php/fibralex/article/download/132/104>. acesso em: 26 mar.2020.
- ALVES, T. C. C. **Análise do crime de estupro de vulnerável**. (Monografia), Bacharel em Direito. UniEvangélica. Anápolis, GO. 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/791>. acesso em: 17 mar. 2020.
- ANDRADE, M. M. V. Criminologia feminista e direito penal patriarcal: um estudo das manifestações da” cultura do estupro” no sistema penal. **Seminário Internacional Fazendo Gênero 11& 13th Women’s Worlds Congress** (Anais Eletrônicos), Florianópolis,SC. 2017. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499012084_ARQUIVO_CRIMINOLOGIAFEMINISTAEDIREITOPENAL-PATRIARCAL-UMESTUDODASMANIFESTACOESDA-CULTURADOESTUPRONOSISTEMAPENAL.pdf. acesso em: 27 mar. 2020.
- ANDRADE, V. R. P. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro, Revan: ICC, 2012.
- BIZZOTTO, A. **A inversão ideológica do discurso garantista**: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- BOTELHO, A. C. D. A. **Políticas públicas de enfrentamento ao estupro no Brasil: mapeamento e análise das iniciativas em âmbito federal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, SP. 2019. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20045>. Acesso em: 30 mar.2020.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz; FERREIRA, Helder. Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 11, n. 1, 2017. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/779>. Acesso em: 26 mar. 2020.

CORRIERI, B. Do crime de estupro, Art. 213 do Código Penal. **Jus**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65224/do-crime-de-estupro-art-213-do-codigo-penal-estupro-advogado-criminalista-df-advogado-criminalista-brasilia>. Acesso em: 16 mar. 2020.

DORNELAS, Gabriel Barroso et al. **Direito penal do inimigo e a corrosão simbólica do garantismo penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, ES. 2019. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/812>. acesso em: 22 mar. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo e Direito Penal. com tradução de Pedro Vaz Patto. **Revista on-line Julgar, edição especial**, p. 51-64, 1998.

FREITAS, M. H. D.; MANDARINO, R. P.; ROSA, L. Garantismo Penal para Quem? O Discurso Penal Liberal Frente à sua Desconstrução pela Criminologia. **Sequência** (Florianópolis), n. 75, p. 129-156, 2017. Universidade Federal Rural do Semiárido. Mossoró, RN. 2019.

Disponível em: <https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-especial---setembro-dezembro---2008/GARANTISMOEDIREITOPENAL.pdf>. acesso em: 25 mar. 2020.

GOMES, Antônio Igor Félix. **O garantismo penal de ferrajoli e suas consequências para os índices delitivos do estado brasileiro**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito). Disponível em: <http://repositorio.ufersa.edu.br/handle/prefix/4531>. Acesso em: 19 mar.2020.

LONGHI, Rosângela; FERREIRA, Luciane Todeschini. Dialogismo: as vozes em notícias de um estupro coletivo. **Entrepalavras**, v. 8, n. 2, p. 80-99, 2018. Disponível em: <http://www.entrepalavras.ufc.br/revista/index.php/Revista/article/view/1067/501>. Acesso em: 19 mar.2020.

MENEZES, Gabriella Mendes; GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. O GARANTISMO PENAL INTEGRAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. **Revista Ceuma Perspectivas**, v. 29, n. 1, p. 48-60, 2017. Disponível em: <http://www.entrepalavras.ufc.br/revista/index.php/Revista/article/view/1067>. Acesso em: 22 mar. 2020.

NUCCI, G. S. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09n. Artigo. 2014. **Guilherme Nucci**. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>. Acesso em: 15 mar. 2020.

PEREIRA, S. G.; CARVALHO, U. R. OS CRIMES DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E ESTUPRO DE VULNERÁVEL SOB A PERSPECTIVA DA LEI 13.718/18. **Revista Científica FAGOC-Jurídica**, v. 4, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revista.unifagoc.edu.br/index.php/juridico/article/view/578/0>. Acesso em: 21 mar.2020.

REINALDO, L. S. **Estupro de vulnerável**: a validação do consentimento da vítima menor. 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6081/1/21012831.pdf>> . Acesso em: 16 mar. 2020.

SANTOS, T. B.; BARCELLOS, O. CULTURA DO ESTUPRO NO BRASIL: ORIGEM E FUNDAMENTOS EM UMA SOCIEDADE PATRIARCAL. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18821>. Acesso em: mar. 2020.

TRINDADE, A. K. Raízes do Garantismo e o Pensamento de Luigi Ferrajoli. Revista **Consultor Jurídico**, 8 de junho de 2013. Disponível em: http://www.academia.edu/download/52004961/Andre_Karam_Trinidad_-_Diario_de_Classe__Raizes_do_garantismo_e_o_pensamento_de_Luigi_Ferrajoli.pdf. acesso em: 25 mar.2020.

ZUZA, D. S. Os dez axiomas do garantismo penal. 2016. **Jus**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51067/os-dez-axiomas-do-garantismo-penal>. Acesso em: 22 mar. 2020.

MAIORIDADE PENAL: LIÇÕES DA BIOLOGIA, DA PSICOLOGIA E DA ECONOMIA

Tiago Ivo Odon

1. Introdução

A responsabilização penal, de forma geral, significa a elaboração de um juízo de culpabilidade em face da criança, do adolescente e do adulto após o cometimento de uma infração penal, especialmente um ato violento. A relação entre violência e ser humano não é óbvia, e envolve questões de biologia, psicologia, sociologia e economia. Conhecer essas relações é importante para a elaboração de leis penais e políticas públicas com respaldo científico. A opinião pública sobre a conveniência ou não da redução da maioridade penal geralmente carece de informação.

A principal função de uma lei penal é mudar incentivos de modo a prevenir o crime. Nesse sentido, torna-se importante ter informação sobre o fato que se quer prevenir, as circunstâncias que levaram a pessoa a cometê-lo, e, assim, decidir qual a melhor forma de usar os recursos públicos para a repressão e a prevenção. Há evidências do efeito dissuasório da lei penal sobre adolescentes (Levitt, 1998; Oliveira, 2018), mas muitas vezes uma política pública aplicada na infância e na adolescência vai se mostrar mais eficiente para esse fim (oferecer melhor retorno, dado o custo, ao contribuinte), considerando-se o alto custo social do aprisionamento.

No decorrer do texto, colecionamentos algumas evidências empíricas sobre o tema, que julgamentos importantes para uma reflexão mais qualificada sobre a responsabilidade penal do menor.

2. Idade de responsabilidade penal x idade de imputabilidade penal

A legislação penal brasileira adotou um critério puramente biológico ao estabelecer que “os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis” (art. 27 do Código Penal) – por força do que já prevê a Constituição Federal em seu art. 228. Por efeito, a idade acima dos dezoito anos é condição necessária e suficiente para a imputabilidade penal. O que significa dizer que um menor de dezoito anos não é dotado, por força de lei, de capacidade de culpabilidade, ou seja, não pode responder por seus atos como um adulto, e contra isso não se admite prova em contrário – trata-se de *presunção absoluta*.

A maioridade penal varia entre os países e uma idade penal menor ou maior não está necessariamente vinculada a menor ou maior desenvolvimento socioeconômico ou a menos ou mais democracia. Há uma tendência mundial de situar a maioridade penal nos 18 anos de idade, apesar de o método de punição variar significativamente entre os países.

Contudo, é importante perceber que há uma diferença entre *idade de responsabilidade penal*, que no Brasil começa aos **12 anos**, e *idade de imputabilidade penal*, que é a maioridade penal propriamente dita, que começa aos **18 anos**. No primeiro caso, o adolescente passa por um regime especial de ressocialização (regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei nº 8.069, de 1990). No segundo caso, responde como se fosse um adulto e fica submetido ao regime comum (regido pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210, de 1984).

Portanto, no Brasil, uma pessoa já pode sofrer sanção do Estado ao cometer um fato previsto como crime ou contravenção penal a partir de 12 anos de idade (como obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, imposição de regime de semiliberdade, internação, entre outras).

Para os menores de 18 anos, nossa lei usa a expressão “ato infracional” no lugar de “crime” ou “contravenção penal”, e assim tais atos não contam como infrações cumulativas para a vida adulta – ou seja, aos 18 anos todos os brasileiros são considerados réus primários.

No Império, a maioridade penal era definida aos 14 anos, mas qualquer pessoa mais nova poderia ser responsabilizada penalmente, desde que demonstrado ter agido “com discernimento”, e ficava submetida às casas de correção (uma combinação de prisão com oficinas de trabalho) (art. 13 do Código Criminal de 1830).

No primeiro código da República, a maioridade penal foi mantida aos 14 anos, e maiores de 9 anos poderiam ser responsabilizados penalmente se agido “com discernimento”, e eram recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais (art. 30 do Código Penal de 1890).

Esse sistema biopsicológico (idade + discernimento) deixou de ser usado na década de 1920, e foi substituído pelo sistema em vigor até hoje, o objetivo-biológico (Código de Menores de 1927). Mas a idade de maioridade penal permaneceu aos 14 anos. Tal idade subiu para 18 anos com o Código Penal de 1940 (art. 23 do texto original), e assim permanece até hoje. Os menores de 18 anos eram responsabilizados penalmente via Código de Menores (a partir dos 14 anos).

O regime militar revogou o Código de Menores e estabeleceu medidas preventivas a todo e qualquer menor de 18 anos de idade, semelhantes às hoje constantes do ECA (parágrafo único do art. 1º da Lei nº 6.697, de 1979). Em nosso sistema atual, a idade de maioridade penal é de 18 anos, com previsão constitucional, e a idade de responsabilidade penal é de 12 anos.

3. Violência – ambiente ou genes?

Conforme alerta o psicólogo Steven Pinker (2004), não há estudos sérios que demonstrem que a violência é um comportamento aprendido ou determinado geneticamente. Teorias ambientais, que defendem ideias como “tábula rasa” (diferenças que vemos entre raças, grupos étnicos, sexos e indivíduos provém de diferenças em suas experiências e não em sua constituição inata) ou “bom selvagem” (o homem nasce bom e é corrompido no curso da vida), não encontram respaldo empírico.

Também não encontram evidências teorias que apontam apenas para os genes. Guerras começam e terminam, índices de criminalidade sobem e descem, sociedades passam de belicosas a pacifistas ou vice-versa em uma geração, sem que nenhuma mudança nas frequências dos genes seja observada no local.

Estudos em biologia mostram que aproximadamente metade da variação em inteligência, personalidade e resultados na vida de uma pessoa é hereditária (de 40% a 50%) – ou seja, são um correlato ou um produto indireto dos genes. Isso significa que cerca de metade da variação de personalidade, inteligência e comportamento provém de algo no ambiente – experiências de vida não necessariamente compartilháveis entre irmãos.

Um resumo dos achados da genética comportamental é o seguinte: os efeitos da criação de uma criança (ambiente compartilhado entre pais e filhos) lutam com outros efeitos genéticos (diretos e indiretos) por alguma pequena porção (até 10%) dos 40% a 50% da variação atribuída aos genes, e os restantes 50% são atribuíveis ao ambiente único (experiência não compartilhável), geralmente fora do lar, e que são definidos no curso da vida (Pinker, 2004).

A psicóloga Judith Harris (1998) levantou evidências que apontam que, quase invariavelmente, as pessoas moldam-se conforme seus iguais e não conforme seus pais (ou seja, a teoria tradicional de que o que influencia o desenvolvimento das crianças, paralelamente aos seus genes, é criação dos pais, estaria errada). Se adolescentes fumam, usam drogas, cometem crimes, ou não fazem nada disso, depende muito mais de seu grupo de iguais do que aquilo que seus pais fazem.

Em um amplo estudo dinamarquês sobre adoção, citado por Harris (1998), os filhos biológicos de criminosos condenados tinham probabilidade maior de se meterem em encrencas do que os filhos biológicos de cidadãos respeitadores da lei, o que aponta para um pequeno efeito global dos genes. Isso foi confirmado por uma revisão da literatura de genética comportamental feita por Soo Hyun Rhee e Irwin Waldman (citada por Pinker, 2011), que confirma que tendências agressivas podem ser herdadas, o que oferece matéria-prima para a seleção natural trabalhar. Contudo, a literatura mostra que o ambiente (vizinhança, subculturas e experiências pessoais) também produz efeitos importantes.

Por exemplo, no citado estudo dinamarquês, verificou-se que a suscetibilidade ao crime era multiplicada se as crianças fossem adotadas por pais que eram criminosos e que viviam em uma cidade grande, indicando assim que as crianças geneticamente em risco cresceram em área de alta criminalidade. A capacidade de uma família adotiva criminosa de produzir uma criança criminosa dependeria, portanto, de onde a família vive. O aumento da criminalidade entre os adotados dinamarqueses criados em lares criminosos foi encontrado apenas para uma minoria: aqueles que cresceram em Copenhague ou arredores. Em pequenas cidades e áreas rurais, um adotado criado em um lar criminoso não tinha mais probabilidade de se tornar um criminoso do que um adotado por pais adotivos honestos.

A evidência aponta que não foram os pais adotivos criminosos que transformaram o filho biológico dos criminosos em criminosos, mas o bairro em que foram criados. Conforme Harris, as pessoas geralmente vivem em lugares onde compartilham um estilo de vida e um conjunto de valores com seus vizinhos. As crianças crescem com outras crianças que são descendentes dos amigos e vizinhos dos seus pais. Estas são as crianças que formam o seu grupo de pares. Este é o grupo de iguais em que eles são socializados. Se seus próprios pais são criminosos, os pais de seus amigos também podem estar inclinados nessa direção. As crianças trazem para o grupo de iguais as atitudes e comportamentos que aprenderam em casa, e se essas atitudes e comportamentos são semelhantes, é alta a probabilidade de que o grupo de colegas os reterá.

Uma das principais funções dos pais é, portanto, selecionar um ambiente para seus filhos, o que indiretamente significa selecionar um grupo de iguais. Políticas públicas também podem fazer isso para menores em situação de risco.

Os achados de Harris encontram respaldo empírico em outras pesquisas. Oportuno citar o estudo de Chetty, Hendren e Katz (2016). O estudo analisou um programa social conhecido como *Moving to Opportunity*, lançado em 1994 pelo governo federal americano, que foi executado em 5 cidades (Nova Iorque, Chicago, Los Angeles, Baltimore e Boston). Cerca de 4.800 famílias de baixa renda vivendo em comunidades com altos índices de criminalidade e alta pobreza receberam aleatoriamente vouchers para se mudarem para comunidades de menor pobreza.

Foram encontradas evidências empíricas de que a mudança para áreas que oferecem melhor ambiente socioeconômico tem efeitos significativos em crianças. Chetty, Hendren e Katz (2016) encontraram que a mudança para comunidades menos pobres melhorou significativamente as taxas de entrada na universidade e de renda de pessoas que eram novas, com menos de 13 anos de idade, quando suas famílias se mudaram. Essas pessoas passaram a viver em vizinhanças melhores quando adultos e com menos probabilidade de constituírem famílias monoparentais. Tais pessoas apresentam renda anual 31% mais alta em relação àquelas que se mudaram com mais de vinte anos de idade (grupo de controle).

Ou seja, o ganho marginal com a mudança territorial é menor com o avanço da idade, e reforça a hipótese de que a infância em um ambiente mais saudável é fator chave para maiores ganhos individuais de longo prazo.

Esse estudo corrobora Billings, Deming e Ross (2016). Esses autores colheram dados de estudantes de escolas públicas presos entre 16 e 21 anos de idade, identificaram os crimes cometidos em associação criminosa, e levantaram o histórico residencial desses adolescentes desde os 14 anos de idade, e encontraram forte evidência de que a interação social de adolescentes que residem geograficamente próximos e frequentam a mesma escola aumenta a probabilidade de cometerem crimes juntos. Os efeitos da interação são ainda mais fortes se os adolescentes compartilham a mesma etnia e gênero.

Ou seja, a aglomeração social de adolescentes em situação de maior vulnerabilidade e risco criminogênico leva à formação de redes criminosas mais densas e ativas.

Por fim, é importante citar a pesquisa de Chioda, De Mello e Soares (2012), que estudara o impacto da expansão do Bolsa Família a partir de 2008 na cidade de São Paulo, momento em que o programa passou a transferir renda para as famílias pobres com adolescentes entre 16 e 17 anos matriculados na escola (até então a idade máxima elegível era de 15 anos). O estudo encontrou correlação negativa entre as transferências e o crime (mais transferências menos crimes). Conforme os autores, o programa, em sua evolução e expansão entre os anos de 2006 e 2009, que correspondeu a cerca de 59 mais estudantes cobertos por

escola, causou uma redução de 21% na criminalidade nas vizinhanças onde eles estudam (94 crimes a menos por escola por ano).

O impacto não se deu pelo efeito de incapacitação decorrente do tempo em que o adolescente estava na escola, mas em razão do aumento da renda familiar e pela interação social, ou seja, o grupo de colegas dos jovens abrangido pelo programa é afetado tanto pela matrícula na escola quanto pela exigência de frequência elevada às aulas. Se o grupo de colegas dentro da escola é melhor do que aquele que o jovem encontra nas ruas, contribui para afastá-lo do crime.

4. Violência – estratégia evolutivamente estável

A violência possui ligações com os genes e o ambiente, conforme visto no item anterior. Mas não é apenas isso. Há evidências de que a violência seja parte de nossa constituição humana. Isso significa que nosso cérebro é equipado com estratégias para a violência. O repertório do comportamento humano inclui roteiros para a violência que permanecem inativos e que são acionados em circunstâncias propícias.

Conforme o biólogo Richard Dawkins (1989), a seleção natural favorece genes que controlam suas máquinas de sobrevivência (o corpo físico) de modo a fazerem o melhor uso do ambiente. A capacidade natural para violência é estratégica. Organismos, notadamente os inteligentes, lançam mão da violência em circunstâncias em que os benefícios esperados superam os custos esperados. E se a estratégia adotada se apresenta como a melhor resposta racional que pode ser dada naquela situação, considerando o comportamento do outro, há um equilíbrio.

A seleção natural não apenas afeta traços anatômicos, mas também predisposições comportamentais. Nessa perspectiva, animais podem ser considerados “máquinas de escolha” – dado que a melhor anatomia não ajudará se o indivíduo não usá-la de forma útil e estratégica, nos momentos propícios (Stake, Jones e O'Connor, 2011).

O fato de humanos e chimpanzés adotarem a violência de coalizão sugere que tais incursões letais são vantajosas evolutivamente para uma espécie inteligente que se divide em grupos de diferentes tamanhos, e nos quais machos com afinidades de parentesco formam coalizões

e podem fazer uso da força relativa da cada um. A atuação de facções criminosas dentro e fora do sistema prisional segue esse padrão.

Por que isso é importante ao falarmos de crianças e adolescentes?

Em todas as culturas, os meninos espontaneamente participam de brincadeiras brutas (o que constitui uma prática para a luta), assim como se dividem em coalizões que competem agressivamente. A idade mais violenta não é a da adolescência, mas a das crianças que acabaram de aprender a andar.

Um estudo (Tremblay et al, 2004) acompanhou uma amostra aleatória de 572 famílias com um recém-nascido de 5 meses. As avaliações da frequência de agressão física foram obtidas das mães aos 17, 30 e 42 meses após o nascimento. Depois foram analisadas quais características da família e da criança, antes dos cinco meses de idade, prediziam indivíduos em uma trajetória de agressão física grave de 17 a 42 meses após o nascimento. Observou-se que a maioria dos meninos com pouco mais de dois anos batia, mordida e chutava; só não matavam por falta de acesso a algum instrumento letal. A pergunta correta não parece ser, portanto, como as crianças aprendem a agredir, mas como elas aprendem a não agredir.

A maioria das crianças inicia o uso de agressão física durante a infância, e a maioria aprenderá a usar alternativas nos anos seguintes antes de entrar na escola primária, como a linguagem. Os humanos parecem aprender a regular o uso de agressão física durante os anos pré-escolares. Aqueles que não o fazem parecem estar em maior risco de comportamento violento grave durante a adolescência e a idade adulta. Os resultados do estudo indicam que as crianças com maior risco de não aprender a regular a agressão física na primeira infância têm mães com histórico de comportamento antissocial durante os anos escolares, mães que começam cedo a engravidar e que fumam durante a gravidez (o que danifica genes e prejudica o desenvolvimento da linguagem), e famílias que têm baixos rendimentos e sérios problemas de convivência.

Outro ponto importante é o ganho de autocontrole com a idade. A trajetória do crime na adolescência e na idade adulta jovem está relacionada a um aumento do autocontrole, medido pela maior racionalização do indivíduo (preferência por retornos maiores depois em relação a retornos menores agora). Isso se dá em parte devido ao amadurecimento físico do cérebro. A parte responsável do cérebro para tal

(o córtex pré-frontal) só tem suas ligações completadas na terceira década de vida.

Eppinger, Nystrom e Cohen (2012) examinaram se os adultos mais velhos (com idades entre 65 e 80 anos) diferem dos adultos mais jovens (com idades entre 18 e 28 anos) no grau em que favorecem recompensas imediatas menores sobre recompensas tardias maiores durante a tomada de decisão. É o que se chama de taxa de desconto (o quanto a pessoa desconta o futuro em relação ao presente). Os resultados mostraram reduções relacionadas à idade na taxa de desconto – quanto mais velho, menor a taxa de desconto (menos se desconta o futuro em relação ao presente, o que aponta para maior aversão ao risco, maior paciência, maior autocontrole).

A adolescência é também uma época que testemunha o aumento da busca de sensações (*sensation-seeking*), dirigida pela atividade no *seeking system* do cérebro, que tem seu pico aos 18 anos de idade (Pinker, 2011). O comportamento violento de predação e a raiva são engatilhados por circuitos elétricos do cérebro conhecidos como *seeking system*. Esse sistema se mantém não apenas por ligações físicas, mas também químicas: os neurônios sinalizam uns para os outros com um neurotransmissor chamado dopamina. Drogas que aumentam a oferta de dopamina, como cocaína e anfetaminas, atacam o sistema. A adolescência também testemunha um aumento na competitividade macho-macho, dirigida pela testosterona.

Assim, o aumento na busca de sensações (*seeking system*) e na competitividade (testosterona) pode suplantar o ganho de autocontrole, fazendo com que adolescentes mais velhos e jovens adultos se tornem mais violentos, apesar do amadurecimento cerebral. Com o tempo, o autocontrole vence, fortalecido pela experiência, que ensina aos adolescentes que busca por emoção e competitividade tem custos e que o autocontrole traz maiores retornos. Em suma, a criminalidade adolescente é o resultado de forças internas que empurram e puxam em direções diferentes.

O efeito da variação no tamanho da faixa etária jovem sobre a taxa de homicídios já foi estudado. A literatura de criminologia mostra que o crime não é uma constante no ciclo de vida do indivíduo, mas está fortemente relacionado ao período da juventude. Cerqueira e Moura

(2015) mostram que os homens jovens (entre 15 e 29 anos) compõem o grupo que mais sofre homicídios no Brasil. No universo dos jovens, a maioria das vítimas são homens e de baixa escolaridade (até 7 anos de estudo), o que confirma evidências internacionais. Os jovens são os trabalhadores com níveis mais baixos de qualificação e experiência e, portanto, com custos de oportunidade mais baixos para o crime.

A redução da proporção de jovens de 15 a 24 anos na população do estado de São Paulo entre 1990 e 2000 explicaria parte da queda notada nesse tipo de crime (Pessoa, 2017). Sachsidá e Mendonça (2013) encontraram que um aumento da população masculina jovem, dependendo do contexto, pode implicar aumento da taxa de homicídios.

Oportuno citar que mais da metade da população prisional brasileira é composta de jovens, de 18 a 29 anos de idade (54%, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de junho de 2017).

5. Violência e círculo moral

A evolução humana não é apenas medida pelas guerras e pela expansão de poder sobre a natureza, mas também pela intensificação e extensão da empatia em relação a outros indivíduos situados além de fronteiras de domínios espaciais e temporais. Além de violenta, somos também uma espécie fundamentalmente empática.

A história e a etnografia mostram que as pessoas geralmente tratam estranhos com indiferença moral. Fora do pool de genes (grupos étnicos) e do ambiente de proximidade social (vizinhança, escola etc.), as pessoas podem ser moralmente indiferentes a outras quando estas estão fora de seu círculo mental (ou “círculo moral”). O ser humano desenvolveu técnicas que contribuiriam para ampliar os círculos mentais das pessoas, o que facilita a auto-identificação no outro, como a alfabetização, o turismo, o conhecimento da história e da arte, o esporte etc.

Um experimento feito na década de 1970 pelo psicólogo social Philip Zimbardo mostrou como alunos de uma universidade de elite podem facilmente empurrar uma pessoa para fora do seu círculo moral. O experimento surgiu do departamento de psicologia da Universidade

de Stanford com a intenção de analisar as consequências psicológicas do ambiente prisional.

Para tanto, 24 homens que não tinham antecedentes criminais, uso de drogas e histórico de comportamento violento foram colocados no porão do departamento, metade em celas com uniforme de prisioneiros e a outra metade do lado de fora com uniforme de guardas. O local foi alterado para parecer ao máximo com um ambiente prisional, e àqueles que seriam os guardas foram dadas informações sobre como agir. Os “prisioneiros” tinham de usar batas, bolas de ferro nos pés e gorros de meia, e eram chamados por números de séries.

Não demorou para que os “guardas” começassem a brutalizar os prisioneiros (subindo em suas costas enquanto faziam flexões de braço, borrifando-os com extintores de incêndio, obrigando-os a limpar vasos sanitários com as mãos nuas). O comportamento de cada um mudou drasticamente até o ponto em que o experimento precisou ser interrompido pelo nível de descontrole.

O ambiente e os papéis sociais assumidos influenciam a visão de mundo e o círculo moral das pessoas.

6. Racionalidade

Conforme visto, a violência é uma estratégia racional, imprimida evolutivamente no cérebro humano, que envolve incentivos e os constrangimentos impostos pelo ambiente. Dados anuais sobre crime e guerra mostram que a violência não é um impulso primitivo e irracional, tampouco uma patologia. Conforme já suspeitava Hobbes, ao escrever o *Leviatã* no século XVII, a violência é o resultado inevitável da dinâmica entre organismos sociais racionais movidos pelo auto-interesse.

Conforme visto, organismos sociais inteligentes lançam mão da violência em circunstâncias em que os benefícios esperados superam os custos esperados. Essa abordagem da psicologia e da biologia (Pinker, 2004, 2011; Dawkins, 1989) permite explorar o crime como resultado de um cálculo de custo-benefício.

A busca por respostas para entender como o crime responde a intervenções políticas tem levado juristas ao modelo econômico do crime proposto originalmente por Gary Becker em 1968. Be-

cker (1968) aplica a teoria da escolha racional desenvolvida na ciência econômica: um crime é cometido se o benefício esperado pelo agente com essa ação for maior do que o custo esperado. O que Becker fez foi propor um modelo simples de utilidade esperada para o comportamento criminoso.

Em seu modelo de tomada de decisão, potenciais criminosos respondem de forma racional e consistente a incentivos. O crime surge em um processo de decisão de agentes racionais que maximizam a sua utilidade esperada e que, de um lado, consideram os benefícios psicológicos e monetários do crime e, de outro lado, consideram os seus custos, medidos pela probabilidade de haver alguma punição e pelo equivalente monetário da severidade da punição.

Pery Shikida (2018), em sua vasta pesquisa dentro de estabelecimentos penitenciários, encontrou respaldo para esse modelo econômico de crime. Na busca de tentar compreender os motivos que levam um indivíduo a migrar para uma atividade ilícita, percebeu, com as respostas dos presos nas entrevistas, que quando a expectativa de lucro superava os custos percebidos, o crime era efetuado.

Segundo Shikida, criminosos em potencial fazem um cálculo: quando percebem que o tráfico de drogas, o roubo e o furto serão mais rentáveis economicamente do que trabalhar em atividades econômicas de baixa qualificação, o mundo do crime passa a ser visto como mais vantajoso. Quando a probabilidade de ser detido pela polícia, julgado e condenado pelo crime é baixa, a criminalidade passa a ser mais atrativa.

Pesquisas de Oliveira (2018) e Levitt (1998) mostram que o comportamento de adolescentes criminosos é coerente com a maximização de utilidade.

A existência paralela de duas legislações criminais (uma para adolescentes e outra para adultos) para os mesmos atos e com previsão de punições distintas possibilita um quase-experimento. Oliveira (2018) usou como base de dados todas as prisões realizadas pela polícia (civil e militar) do estado do Rio de Janeiro ao longo do ano de 2016 e o primeiro semestre de 2017 (um total de 59.126 prisões), e usou esse quase-experimento gerado pela maioria penal para avaliar os impactos do aumento da severidade da punição na reincidência e para dois tipos de crime: tráfico de drogas e homicídios (escolhidos por se

tratarem de crimes que possuem diferenças significativas na severidade da punição entre menores e maiores de idade).

Os resultados indicam que o aumento da severidade da punição gerada pelo Código Penal é capaz de reduzir em 20% a reincidência e em 6% e 63% a proporção dos crimes de tráfico de drogas e homicídios, respectivamente.

Steven Levitt (1998) também verificou que a criminalidade adolescente é sensível a mudanças na severidade da punição da lei penal. Encontrou mudanças expressivas na criminalidade associadas à transição do regime juvenil para o regime adulto de punição. No ano seguinte ao atingimento da maioridade penal, computando-se a quantidade de prisões por determinados crimes e a quantidade de ocorrências reportadas para esses crimes, encontrou-se que estados americanos que punem mais severamente o crime adulto em relação ao crime juvenil viram a taxa de crimes violentos cair 25% e de crimes patrimoniais, entre 10 e 15%. Mudanças na severidade da punição teriam respondido por aproximadamente 60% da diferença da taxa de criminalidade violenta entre adolescentes e adultos entre 1978 e 1993.

Isso posto, uma pergunta se torna importante: afinal, crianças e adolescentes fazem escolhas racionais? A partir de quando têm “discernimento” para poderem ser responsabilizadas penalmente?

Pesquisa de Harbaugh, Krause e Berry (2001) traz os resultados de um experimento que responde a essa pergunta. Foram estudadas crianças de 7 e 11 anos e, para comparação, jovens cursando o ensino superior. O experimento testa variações no que é considerado o requisito mais básico para a racionalidade, a transitividade. Escolhas racionais devem obedecer à transitividade. Isso significa que quando uma pessoa escolhe A quando lhe é dado optar entre A e B, e B quando dada uma escolha entre B e C, então a racionalidade exige que escolha A se tiver que optar entre A e C. Constrangimentos externos (escassez) podem alterar o preço das coisas (custo), e escolhas mudam porque o agente quer maximizar utilidade (manter ou ter maior benefício ao menor custo), mas preservando-se a transitividade (na nova situação).

Crianças mais novas são observadamente intransitivas (em uma expressão, não sabem o que querem), e vão se tornando mais transitivas com o avanço da idade. Adotando-se a maximização de utilidade

como padrão comportamental, é possível medir os desvios (violações da transitividade) e, assim, as mudanças comportamentais com a idade. Considerando que o crime e a violência fazem parte de um cálculo estratégico de custo-benefício, é uma abordagem interessante para se pensar referenciais temporais de responsabilização penal.

A pesquisa realizou um teste simples de racionalidade com cestas de bens de consumo. As pessoas foram perguntadas sobre que cestas preferiam em uma lista com alternativas dado um orçamento limitado, e suas escolhas foram analisadas com base no método de “preferências reveladas”. A ideia básica por trás desse método é tentar inferir algo útil sobre as preferências de uma pessoa observando as escolhas que ela faz.

Foi adotado o GARP (*generalized axiom of revealed preference*) como critério necessário e suficiente para dizer se a escolha é ou não consistente com maximização de utilidade. GARP avalia transitividade ($A > B > C$) e é sensível à indiferença do pesquisado entre opções. Por exemplo, uma pessoa que ora escolhe o presunto, ora o queijo, mostra-se indiferente a ambos. Suponhamos que o preço do sanduíche de queijo sobe. Se essa pessoa é observada comprando o sanduíche de queijo após o aumento de preço, isso seria uma violação de GARP, uma vez que o aumento do preço deveria ter quebrado a indiferença da pessoa entre queijo e presunto, mas não quebrou.

Foi observado no experimento que o número de violações cai significativamente com o avanço da idade de 7 para 11 anos. De 11 para 21 anos, a queda é pequena e praticamente insignificante. Foram testadas violações aleatórias para controle, e observou-se que mesmo as crianças mais novas tinham menos violações do que seria esperado se simplesmente fizessem escolhas aleatórias.

Em resumo, cerca de 25% das crianças de 7 anos de idade e cerca de 60% das crianças de 11 anos fazem escolhas consistentes com maximização de utilidade. E não há ganho significativo em escolha racional de 11 para 21 anos de idade. Foi observado também que indivíduos com maiores habilidades matemáticas faziam escolhas mais racionais.

Tudo o mais constante, um adolescente de 12 anos tem condições similares a um jovem de 21 anos para fazer um cálculo de utilidade esperada e decidir cometer ou não um crime.

7. Conclusão

O repertório do comportamento humano inclui roteiros para a violência que permanecem inativos e que são acionados em circunstâncias propícias. Um modelo comportamental de tomada de decisão encontrado em estudos de biologia, psicologia e economia é o de que potenciais criminosos respondem de forma racional e consistente a incentivos. A violência surge em um processo de decisão de agentes racionais que maximizam a sua utilidade esperada (para proteger seus genes, obter vantagem evolutiva, fazer renda).

Tudo o mais constante, um adolescente de 12 anos tem condições similares a um jovem de 21 anos para fazer um cálculo de utilidade esperada e decidir cometer ou não um crime. A percepção de maior custo com o aumento da severidade da punição produz efeitos dissuasórios em adolescentes quando atingem a maioridade penal.

O Estado deve levar em consideração também que o adolescente se encontra em uma fase de vida biologicamente mais propensa ao uso da violência, e que variáveis no ambiente (condições uterinas, condições favoráveis para o desenvolvimento da linguagem, qualidade da comunidade de iguais, condições para ampliação do círculo moral, vizinhança, escolaridade, posição social etc.) podem aumentar ou reduzir o risco para o comportamento criminoso.

Políticas públicas que mirem essas variáveis tendem a ser mais eficientes do que o recurso ao sistema penal, ambiente no qual estão presentes todas as condições e incentivos para a exponenciação do uso da violência.

Referências

- BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.
- BILLINGS, S. B.; DEMING, D. J.; ROSS, S. L. *Partners in crime: schools, neighborhoods and the formation of criminal networks*. NBER Working Paper Series, feb 2016.
- CERQUEIRA, D.; MOURA, R. L. O efeito das oportunidades do mercado de trabalho sobre as taxas de homicídios no Brasil.

In: *Anais do XLIII Encontro Nacional de Economia*, Florianópolis: ANPEC, 2015.

CHETTY, R.; HENDREN, N.; KATZ, L. The effects of exposure to better neighborhoods on children: new evidence from the Moving to Opportunity Project. *American Economic Review*, v. 106, n. 4, p. 855-902, april 2016.

CHIODA, L.; DE MELLO, J. M. P.; SOARES, R. R. *Spillovers from conditional cash transfer programs: Bolsa Família and crime in urban Brazil*. Rio de Janeiro: Rede de Economia Aplicada, fev. 2012 (Working Paper n. 024).

DAWKINS, R. *O gene egoísta*. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

ELIAS, N. A civilização dos pais. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 27, n. 3, pp. 469-493, set./dez. 2012.

EPPINGER, B.; NYSTROM, L. E; COHEN, J. D. Reduced sensitivity to immediate reward during decision-making in older than younger adults. *PLoS One*, v. 7, n. 5, may 2012, p. 1-10.

HARBAUGH, W. T.; KRAUSE, K.; BERRY, T. R. GARP of kids: on the development of rational choice behavior. *The American Economic Review*, v. 91, n. 5, dec. 2001, p. 1539-1545.

HARRIS, J. R. *The nurture assumption: why children turn out the way they do*. New York: Free Press, 1998.

LEVITT, S. Juvenile crime and punishment. *Journal of Political Economy*, v. 106, n. 6, 1998, p. 1156-1185.

OLIVEIRA, C. Evidências empíricas dos efeitos dissuasórios da maioridade penal no Brasil. Dez. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329783326_Evidencias_empiricas_dos_efeitos_dissuasorios_da_maioridade_penal_no_Brasil.

PESSOA, M. de S. Violência urbana e segurança: uma agenda nacional. In: GIAMBIAGI, F.; ALMEIDA JUNIOR, M. F. de. *Retomada do crescimento: diagnósticos e propostas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 235-258.

- PINKER, S. *Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*. São Paulo: Cia das Letras, 2004.
- PINKER, S. *The better angels of our nature: why violence has declined*. Viking, 2011.
- SACHSIDA, A; MENDONÇA, M. J. C. *Evolução e determinantes da taxa de homicídios no Brasil*. Brasília: IPEA, jan. 2013 (Texto para Discussão n. 1808).
- SHIKIDA, P. F. A. *Memórias de um pesquisador no cárcere*. Foz do Iguaçu: IDESF, 2018.
- STAKE, J. E; JONES, O. D.; O'CONNOR, E. O. Economics, behavioral biology, and law. *Articles by Maurer Faculty*. Paper 2097, 2011.
- TREMBLAY, R. E.; NAGIN, D. S.; SÉGUIN, J. R.; ZOCCO-LILLO, M.; ZELAZO, P. D.; BOIVIN, M.; PÉRUSSE, D.; JAPPEL, C. Physical aggression during early childhood: trajectories and predictors. *Pediatrics*, v. 114, n. 1, jul. 2004, p. 43-50.

DIREITO PENAL SIMBÓLICO: UMA ANÁLISE DA LEI 8.072/90 E LEI 13.964/2019

Lucas Gomes da Silva Pepicon

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, tem por referência as mudanças legislativas que se sucederam, visando dar uma resposta aos anseios da sociedade, aumentando a punição aos delitos.

A partir disso, há círculo vicioso, no qual a população passa a acreditar que: 1) somente o Direito Penal possa solucionar os seis conflitos; e 2) apenas o maior rigor na punição dos delitos irá realizar a diminuição da criminalidade.

Para compreendermos a expectativa da sociedade, neste modo solução, devemos compreender a mudança que ocorreu na própria. Nisto se enquadra o estudo sobre o que se denomina “Sociedade do Risco”, que com o avanço tecnológico e aumento da possibilidade de ser(mos) afetado(s) por danos, se faz uma busca pelo controle de tais riscos.

Com a violência se tornando pauta cotidiana nos meios de comunicação, a sociedade se enxergava cada vez mais como possível vítima, assim passou a exercer sobre o legislador pressão, esta se materializava nos meios de comunicação, pedindo punição a novas formas de criminalidade e que se majorasse penas aos delitos existentes.

Nos anos subsequentes, se notou a inflação legislativa em matéria penal, porém o legislador não consegue satisfazer o desejo punitivo da

sociedade e dos canais de mídia. Desta maneira, o ordenamento jurídico perde sua eficiência e sua credibilidade, visto que a tutela excessiva de bens jurídicos, que não deveriam ser protegidos, retira a eficiência do Direito Penal.

Cabe, portanto, entendermos, em quais pontos ocorreu a perda de credibilidade no sistema penal. Para isso, é preciso também investigar as razões que levaram as mudanças legislativas, fazendo com que a lei penal fosse crescendo em matéria e diminuindo em eficácia punitiva.

2 SOCIEDADE DO RISCO E O SISTEMA PENAL

Em seu livro *Crimes de Perigo Abstrato*, Pierpaolo Bottini (2010), inicia ressaltando ser o direito penal e seus institutos “como mecanismos de controle social e, por isso, recebem os valores e cumprem os objetivos do modelo social em que se inserem, ...”. Assim, há de se ter em mente que a maneira em que a sociedade enxerga os delitos e a criminalidade induzirá ao legislador a formulação de normas penais e/ou processuais penais para se coadunar com os pensamentos daquela.

Risco conforme o Dicionário Escolar da Língua Portuguesa, significa: “1. Probabilidade de ocorrência de (algo) muito próximo e geralmente adverso; 2. Possibilidade de perigo, perda, doença ou morte;...”. Já perigo configuraria “1.situação de risco ou de ameaça para alguém ou alguma coisa; 2. Aquilo que provoca ou pode provocar essa situação”. Neste ponto BOTTINI (2010), o risco iria se referir à tomada de consciência quanto ao perigo futuro e às opções que o ser humano tem à sua frente, concluindo o risco se relacionaria com “medição, planejamento”, já o perigo com o destino.

Ulrich Beck em seu livro “Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade (2010; em Alemão *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986), cunhou o termo “Sociedade de Risco”, tendo por argumento fundamental que “a sociedade industrial caracterizada pela produção e distribuição dos riscos não corresponderia às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica modernidade”. Por conseguinte, a norma penal é utilizada como mecanismo de controle de riscos.

Isso decorre, segundo PEREIRA (2004), pois na sociedade de risco há uma tendência à expansão do direito penal, em especial: “(iii) o sentimento social de insegurança; (iv) configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”; (v) difusão social dos efeitos dos delitos; (vii) descrédito de outras instâncias de proteção”. Prossegue a autora, citando SILVA SÁNCHEZ (2002), que essas causas da expansibilidade se pormenorizam nos seguintes aspectos:

“d) difusão da sensação de insegurança – a dimensão subjetiva da insegurança é maior que a dimensão objetiva, com isso surge demanda por mais segurança, e essa vem, em geral, na forma de propostas de endurecimento da lei penal; e) configuração de uma sociedade de sujeitos passivos – há um enorme contingente de cidadãos–consumidores, nessa sociedade dominada por sujeitos pacientes, há uma sobrevalorização da segurança; f) identificação social com a vítima, derivada da configuração de uma sociedade de classes passivas; g) descrédito de outras esferas de proteção – a visão da sociedade de ser o direito penal o único recurso eficaz na proteção de determinados bens jurídicos.”

A dimensão subjetiva da insegurança se refere na forma de atuação dos meios de comunicação que transmitem imagens da realidade fazendo com que o receptor tenha a ilusão de que o que lhe é apresentado está muito próximo de si. Tal reiteração e dramatização dos fatos levam à falsa impressão dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva maior do que nível de risco objetivo. À vista disso, Nilo Batista (2002), em seu *Mídia e Sistema Penal*, demonstra que em uma edição do jornal *O Globo*, quase 80% do noticiário se referia a fatos criminais ou judiciais.

Portanto, a partir da conjugação de uma sociedade que troca sua liberdade por mais segurança, que recebe dos meios de comunicação diariamente, vide programas policiais, de cometimento de delitos, e que crê no direito penal com única solução para os problemas, terminará por sempre exigir dos seus representantes legislativos, uma expansão do âmbito do direito penal e flexibilização de garantias individuais e processuais penais.

3 LEI 8072 – CRIMES HEDIONDOS

Inicialmente, necessário será rememorarmos as produções legislativas anteriores a Lei 8072, para se compreenda (in)evolução, ou melhor, a mudança da visão de um direito penal subsidiário para um direito penal que sacie os desejos punitivos da sociedade e meios de comunicação.

A primeira tentativa de reformulação do Código Penal foi no ano de 1961, tendo o Min. Nelson Hungria a incumbência de formulá-lo. Segundo, FRAGOSO (apud TORON, 1996), o “anteprojeto acrescentado ao Governo em 1963 manteve praticamente a estrutura do código em vigor (de 1940), cujos defeitos mais graves se procurou eliminar, sendo poucas as soluções inovadoras”. De destaque, continua o mestre, foi a introdução do fim do sistema do duplo binário em relação aos imputáveis e a adoração do sistema vicariante para os semi-imputáveis. Porém, este anteprojeto mantinha a característica de um apego a leis mais severas.

Devido aos acontecimentos políticos posteriores, notadamente a Ditadura Cívico-Militar de 1964 e o Ato Institucional nº5, as Comissões Revisoras não conseguiam finalizar seu trabalho, por diversos motivos. Por fim, o Código Penal, batizado de “Código de 69”, foi promulgado pela Junta Militar que governava o país, entretanto este Código não chegou a vigor, ora porque cedia às pressões doutrinárias contrárias, ora para aguardar o novo Código de Processo Penal, que nunca chegou.

Alberto Toron (1996), prossegue, informando que, neste ínterim foram realizados diversos Congressos e Seminários, e trabalhos denunciando a crise do sistema, buscando impor um novo Código. De extrema importância foi o Seminário de Direito Penal e Criminologia, realizado em 1973 na cidade de Goiânia, que resultou na Moção de Goiânia e cujos princípios foram incorporados na Lei 6416/77. Dentre estes, TORON (1996), cita “desponta a limitação do uso da privação da liberdade aos casos mais graves e aos condenados realmente perigosos; adoção para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade, do regime de prisão aberta e prisão albergue, *sursis*, etc”.

Em 24 de maio de 1977, é elaborada a Lei nº 6416/77, após CPI instaurada com o fim de examinar a dramática situação do sistema penitenciário, que ao final constatou que “as prisões estavam superlotadas, corrompidas e corrompedoras, que havia uma indevida miscigenação entre reincidentes, presos perigosos e não perigosos; e necessário se fazia uma correção do sistema, reservando-o a prisão para os casos de verdadeira necessidade”. Toron (1996), afirma que, a reforma penal realizada pela Lei 6.416/77 foi *avant La lettre*, iniciando o processo para eliminação prática das penas de curta duração. Os réus primários, desde então, mesmo na prática de um delito grave, só muito excepcionalmente foram encarcerados, ademais a prisão provisória, só raramente era mantida.

Enfim, com o início da transição para a democracia, foram criados vários grupos de trabalho para reforma parcial do Código Penal. No âmbito da comissão, explica Toron (1996), que prevaleceu a visão de que o Direito Penal tem caráter fragmentário, devendo interferir apenas e tão somente nos casos de efetiva necessidade jurídico-social e, ainda assim, de forma a combinar a menor intensidade com a máxima eficácia. Desenlace imediato deste posicionamento foi a reafirmação no ordenamento positivo do sistema progressivo e dos substitutivos penais, onde as sanções são concebidas, segundo DOTTI (1980), “como um processo de diálogo entre o Estado e o condenado”.

3.1 PRINCÍPIOS DA REFORMA PENAL DE 1984

A Reforma Penal da Parte Geral do Código Penal, estabeleceu alguns compromissos, dentre eles: a) com o Estado Democrático de Direito; b) o Princípio da Intervenção mínima; c) Princípio da Dignidade Humana; c) Respeito à Dignidade Humana; d) A culpabilidade como fundamento e limite da pena.

Nicos Poulantzas (1980), esclarece acerca falsa dicotomia entre os arbítrios, os abusos e o reino da lei, explicando “a lei e a regra estiveram sempre presentes na constituição do poder: o Estado Asiático ou despótico, o Estado escravagista (Roma, Atenas), o Estado Feudal foram sempre fundamentados no direito e na lei ...; Toda forma estatal, mesmo as mais sanguinária, edificou-se sempre como organização

jurídica:... ”. De outra parte, na medida em que a reforma penal se vincula com o princípio da legalidade, assume seu compromisso com o Estado Democrático de Direito. Também, prossegue Toron (1996), o endereço deste compromisso é a proteção da dignidade da pessoa humana como corolário do Estado justo, falando-se portanto em um Estado de Direito Material.

No âmbito da reforma penal de 1984 e, bem assim, nodo discurso dos reformados encontra-se a compatibilização dos Direitos Humanos com o sistema penal. Nessa linha, prestigiou-se a ideia de que os direitos fundamentais da pessoa hão de constituir uma espécie de que os direitos fundamentais da pessoa hão de constituir em espécie de vetor na edificação e aplicação das sanções, conforme lição do professor DOTTI (1980). O mestre argentino Eugenio Zaffaroni em documento apresentado ao Seminário de San José (em 15 de julho de 1983), aponta requisitos de conteúdo material que derivam diretamente do caráter de pessoa de todos ser humano. Dentre ele temos: “a) O *nullum crimen sine conducta*, no sentido de que não se pode fundar nenhuma pena em virtude da característica do homem, mas ó em função de uma ação. Condução ou ato do mesmo; b) “*Nullum crimen sine lege*”; c) “*Nullum crimen sine culpa*” e d) Quanto às penas privativas de liberdade, consagram-se os princípios de que terão como finalidade essencial a ressocialização dos condenados...”. Vale dizer, afirma Toron (1996), que num Estado que se pretenda democrático, no qual o dissenso quanto às regras de comportamento aparece como nota típica, torna-se inaceitável a utilização indiscriminada do sistema punitivo para o exercício do controle social. Assim, este instrumento deveria ficar reservado como uma espécie de último argumento e, ainda assim, sempre restrito aos aspectos que tocam a coletividade ou a terceiros individualmente considerados.

À vista disso, o legislador da reforma penal, optou pelo confinamento do Direito Penal à proteção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento do homem em comunidade. Nessa linha de raciocínio, assegura BITTERN COURT (2011), o princípio da intervenção mínima no Direito Penal tem seu núcleo a partir da verificação do grau que o binômio “subsidiariedade/fragmentariedade” assume. O caráter subsidiário do Direito Penal radica-se no fato de que este só deve atuar quando outras medidas de controle social fracas-

sarem. O sistema penal, nessa medida, surge como *ultima ratio*. Já a sua fragmentariedade decorre primeiramente da seleção dos bens jurídicos a serem protegidos, isto é, da separação entre o que deve ser objeto de tutela penal e o que não deve e, depois, da forma pela qual são atacados.

Finalizando, temos a culpabilidade como fundamento e limite da pena. Claus Roxin (1986), esclarece que “o conceito de culpa tem a função de assegurar ao particular que o Estado não estenda o seu poder penal, no interesse da prevenção geral ou especial, para além do correspondente à responsabilidade de um homem concebido livre e suscetível de culpa”. O acolhimento do princípio da culpabilidade tem, então, como implicação, além da punição do fato somente ao seu autor, o seu estabelecimento em bases que não excedem os limites da culpa. Sendo a culpa vista enquanto fundamento e o limite da pena, a reforma penal eliminou o sistema do duplo binário (pena + medida de segurança), afinal periculosidade e culpabilidade possuem significados diferentes. A primeira opera no do futuro e a segunda no do passado. Assim, a punição do imputável fica nos limites da retribuição ao ato cometido.

3.2 VIRADA LEGISLATIVA PÓS-CONSTITUINTE: Lei 8072/90 e alterações posteriores

A Carta Republicana de 1988, ao mesmo tempo que constitucionaliza uma série de preceitos trazidos pela Reforma Penal de 1984, como o da legalidade do crime e da pena (art. 5º, inc. XXXIX); responsabilidade pessoal (art. 5º, inc. XLV). Contudo, a Carta “cidadã” traz consigo uma forte carga retórica e apelativa com vistas a mostrar a preocupação com a contenção da criminalidade, se consubstanciando no art. 5º, inc. XLIII, que diz “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandamentos, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Com a promulgação da Lei nº 8072/90, chamada de “Lei dos Crimes Hediondos”, afirma Toron (1996), que o cenário jurídico-penal ganhou um novo colorido. Portanto, prossegue, seria este diploma

que, representa uma “virada” em relação aos compromissos da Reforma Penal, a qual, por ter incidido na Parte Geral, é a expressão filosófica do sistema punitivo.

Interessante mencionar, ainda, que tal legislação foi aprovada em clima de grande emocionalismo, onde os meios de comunicação de massa, atuaram decisivamente de forma a exagerar a situação real da criminalidade, o novo diploma (Lei 8072/90), ademais, a inconstitucionalidade de algumas regras que o integram, também criou uma balbúrdia em termos de razoabilidade punitiva.

Alberto Silva Franco (2011), em seu “Crimes Hediondos”, comenta sobre o processo de criação da Lei em comento, que foi encaminhada pelo Ministro da Justiça ao Presidente da República, um pouco antes de completar um ano da promulgação da Carta Magna. A resposta, prossegue o mestre, estaria na enorme repercussão, à época, na opinião pública, provocada pelos meios de comunicação social, da prática do crime de extorsão mediante sequestro, faro delituoso que atingia a mais alta camada social e que até então não era praticamente registrado nas estatísticas criminais.

Isto mudou a partir dois sequestros: o primeiro do empresário Abílio Diniz e a acusação de que nele estavam participando pessoas de determinado partido político, foi suficiente, em conjunto com o sentimento geral de insegurança e impunidade, para que se desse ao delito uma conotação política e se pleiteasse um rigor na punição dos crimes violentos. Posteriormente, o empresário Roberto Medina, também sofreu um sequestro, servindo de pretexto maior para a produção de projeto de lei tendente a reprimir o crime hediondo. PAIVA (2009), explica:

“A dramatização que acompanhou a cobertura dos dois casos mencionados serviu, ao que parece, para manter a sensação dis-função social decorrente deste tipo de crime. (...). Em outras palavras, se qualquer família tinha condições de se colocar no lugar de uma vítima, ou no de alguém, com um parente vitimado por um sequestro, a postulação desse crime como um problema social gozava de uma sólida credibilidade.”.

Nas razões do projeto e que tinham sido elaboradas pelo eminente Prof. Damásio de Jesus ficou consignada a preocupação de viabilizar a “a guerra contra o crime”, na linha ideológica do Movimento da Lei e da Ordem. Explica o mestre: “a criminalidade, principalmente, a violenta, tinha o seu momento histórico de intenso crescimento, aproveitando-se de uma legislação penal excessivamente liberal.”

Miguel Reale Jr. (1992), ressaltou que “(...). O importante, no entanto, é verificar que, editada a lei bem mais rigorosa, aumentaram vertiginosamente os sequestros, a mostrar nenhuma correspondência entre a gravidade da pena e redução da criminalidade”. Neste ponto CALDEIRA (2001), demonstra bem como o Estado do Rio de Janeiro, após criação de setor policial específico, aprendeu a lidar com o delito de sequestro, demonstrando que a efetivação do direito penal está nos mecanismos investigação e não no aumento de penas.

Nos anos subsequentes foram criadas mais três legislações expandindo a enumeração de crimes hediondos. Foram as Leis 8.930/94; 9.677/98 e 9695/98; e, 12.015/2009. A Lei 8.930/94, foi formulada após as chacinas da Candelária e de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, aliadas ao assassinato da atriz Daniela Perez, dando pano de fundo necessário para os meios de comunicação iniciassem uma campanha com o objetivo de incluir o delito de homicídio no rol de crimes hediondos. Porém, sua inclusão, no caso do homicídio, não alterou o desequilíbrio punitivo provocado pela Lei dos Crimes Hediondos, já que não houve nenhuma mudança da cominação penal, nem para reduzir as ações criminosas contra as quais o diploma legal foi preparado, consoante lição de Alberto Franco (2011).

Novamente surgiu uma nova comoção nos meios de comunicação e na população, desta vez foi a questão da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos alimentícios ou de produtos para fins terapêuticos ou medicinais. A Lei 9.677/98, segundo FRANCO (2011), nasceu com a indicação falsa de seu conteúdo, havia uma evidente dessincronia entre a ementa e o texto legal, isto é, a ementa rotulava os delitos mencionados na lei como crimes hediondos, mas nenhuma palavra do texto legal confirmava tal etiqueta. Assim, o legislador produziu nova lei: a Lei 9.695/98, colacionando a marca crime hediondo à figura típica do art. 273 do

CP, com a nova redação que lhe foi atribuída pela Lei 9.677/98, excluída a modalidade culposa.

Já a Lei 12.015/2009, buscou, após casos de pedofilia, via internet, chamarem atenção de jornais, dar uma resposta “adequada” a tal delito. Deste modo, a novel legislação, introduziu a figura do estupro de vulnerável, além de reformular os crimes sexuais no Código Penal. Alberto Franco (2011) destaca, ao analisar a produção legislativa, que a figura do estupro absorveu a de violento atentado ao pudor, demonstrando, mais uma vez, o equívoco legislativo.

4 PACOTE ANTICRIME – LEI 13.964/2019

O “Projeto Anticrime” formulado pelo atual Ministro da Justiça Sérgio Moro, após a junção com o projeto do Ministro do Supremo Alexandre de Moraes, e posteriores mudanças legislativas, foi aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado, vigendo como a Lei n° 13.964/2019.

Em um primeiro momento, devemos identificar que o tal legislação teve como objetivo “estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa”. Neste ponto, LACERDA (2019), pontua o erro terminológico da nomeação do Projeto, visto que “(...), todo crime só existe como violação à lei. (...), além de pressupor a existência de alguma legislação a favor do crime, só se justifica em razão do apelo comercial de mais uma mercadoria em favor do espetáculo penal”.

Uma das demonstrações de recrudescimento penal, é a mudança no tempo de cumprimento de penas privativas de liberdade, que conforme a alteração foi aumentada para no máximo 40 anos. Tal modificação, além de inócua, uma vez que as condições carcerárias não tem capacidade de ressocialização do apenado e o Estado Brasileiro demonstrou sua ineficiência de administrar os presídios, se tornando um local a prática de crimes permanece, afora serem dividas pelas Organizações Criminosas. Ademais, tal ideia também não é nova, pois FRAGOSO (apud TORON, 1996), explica que o Ministro Nelson Hungria, em seu anteprojeto apresentado em 1963, propôs o aumento do máximo da pena de reclusão para 40 anos.

Outra que se refere ao atendimento de saciedade da punição requisitada pela sociedade, que é proporcionada pela mídia, é referente a saída temporária. Muito comum, em datas festivas, os noticiários serem inundados de matérias referentes a pessoas que praticaram crimes de grande repercussão nacional, “alertando” a sociedade da saída da prisão de tais apenados. De tal modo, a mudança legislativa no art. 122, §2º da Lei 7.210/1984, retirando o direito de saída temporária do condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte. Ora, em busca de satisfazer o desejo punitivo da sociedade, se sacrifica um direito do apenado, mantendo no sistema prisional, que já fora declarado pela Suprema Corte Brasileira, como um Estado de Coisas Inconstitucionais.

5 CRÍTICA A AMBAS AS LEIS: FUNÇÃO SIMBÓLICA DA PUNIÇÃO

Capez *apud* Jaíza e Sabrina (2020), coloca que o Direito Penal possui o propósito de compilar os comportamentos humanos mais graves e que causem reprovação ante a coletividade, e aplicar-lhes cominações legais a título de infrações e sanções penais. Afirma, ainda, este autor que o Direito Penal visa proteger os valores fundamentais da sociedade, e tem como propósito maior a busca por uma justiça igualitária e adequada aos preceitos constitucionais.

Em decorrência disso, faz-se necessário abordar uma das finalidades ilegítimas do Direito Penal, que consiste na função simbólica, conhecida como Direito Penal Simbólico. De acordo com Gomes e Bianchini *apud* Jaíza e Sabrina (2020), expressa-se “em um efeito psicológico de satisfação para os políticos e legisladores, e de tranquilidade e confiança temporária aos eleitores quanto a criação de leis e crimes”.

Conforme Edelman *apud* Neves *apud* Jaíza e Sabrina (2020), tal política simbólica serve a princípio para garantir a harmonia social, reduzindo as tensões e desempenhando uma função aquietadora do público. Contudo, trata-se apenas de uma política paliativa perante a coletividade, pois, na prática, como afirmam Gomes e Bianchini *apud* Jaíza e Sabrina (2020), não há prevenção com eficácia, quantos aos delitos que se pretendiam evitar.

Assim, Masson *apud* Jaíza e Sabrina (2020), explana que esta natureza imprópria do Direito Penal é perceptível pela inflação legislativa e pela criação de forma exagerada e desnecessária de figuras penais, apenas no tocante a casos pontuais ou ainda o aumento injustificado e desproporcional de suas penas.

Desse modo, Masson *apud* Jaíza e Sabrina (2020), afirma que para os governantes estas leis produzem um sentimento de dever cumprido frente a segurança, a proteção da paz pública. Já para a sociedade, acarreta na enganosa sensação de que a problemática da criminalidade se encontra sob controle da autoridade competente para tanto, podendo então se tranquilizar pelo legislador firme e atento que foi eleito (MASSON, 2016, p. 11).

Távora e Alencar *apud* Jaíza e Sabrina (2020), constataam que a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) consiste em um dos melhores exemplos do midiático “endurecimento” de leis criminais, como “combate” ao crime. Esta lei foi proposta à sociedade como um combate ao crime por meio de ampliação de possibilidades de prisão, redução de hipóteses de soltura e limitações à atuação da advocacia (Távora e Alencar, 2019, p. 12). Porém, de maneira direta, a lei não combate o crime, pois, sua aplicação apenas acontece após a ocorrência daquele.

6 MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia da pesquisa tem como objetivo analisar a utilização do Direito Penal como forma de solucionar o problema da criminalidade. E para esta avaliação com análise de pesquisa uma revisão bibliográfica, fazendo uma interlocução não apenas com a produção acadêmica existente sobre a temática, mas também com informações oficiais disponíveis, buscando assim estabelecer quais foram as produções legislativas e fatos sociais que resultaram na movimentação do legislador em busca de tipificar ou recrudescer medidas punitivas.

Como ponto de partida para a pesquisa bibliográfica, uma análise de artigos acadêmicos e científicos, livros, notícias. Buscando analisar, da melhor forma possível, as avaliações feitas durante este período, tendo visões de todos os ângulos que possam colaborar para entendermos melhor o que foi esse processo e qual as consequências que trouxe ou trará.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos, aferir, que as legislações comentadas surgem como um modelo de solução dos problemas da criminalidade. Mas, o Direito Penal, em especial em relação ao aumento de penas, não possui resultados práticos, possuindo somente um apelo ao punitivismo da sociedade.

Apesar do legislador sempre se situar em posição atrasada, em relação à necessidade de tipificação de delitos, cabe aos representantes não se desesperarem em dar uma resposta aos anseios da sociedade a cada momento que esta ache necessário. Isto, pois deve o legislador ter em mente o princípio da subsidiariedade do Direito Penal e de sua fragmentariedade, pois a expansão desmedida do Direito Penal, desvirtua-o e retira sua credibilidade.

Consequentemente, se iniciará um círculo vicioso, no qual sempre se exigirá, cada vez mais punições mais rigorosas para os delitos, que ao término incidirá na perda da proporcionalidade entre os delitos e suas respectivas penas.

Por fim, necessário se faz uma busca por um Código Penal que atenda os princípios disposta na Constituição de 1988. O prudente, é o Estado buscar conciliar, dentro de seus recursos financeiros, a melhora da infraestrutura dos entes de investigação criminal, assim a eficiência da punição, estará na certeza de se punir o ato delituoso, e não no tamanho da pena.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jaíza Sâmmara de Araújo; ALVES, Sabrina Layane Rodrigues Menezes. **LEIS PENAIS DE CARÁTER SIMBÓLICO NA ATUALIDADE: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI ANTICRIME PERANTE O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO**. Revista de Políticas Públicas n° 5, Ano 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politicaspUBLICAS/article/viewFile/242475/33766> Acesso em: 19/03/2020

BRASIL, Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 28/03/2020

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília-DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 28/03/2020

_____. Lei n° 8072, de 25 de julho de 1990. Brasília-DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Acesso em: 28/03/2020

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **TRATADO DE DIREITO PENAL: Parte Geral**; 16ª Ed; São Paulo; Saraiva, 2011

BOTTINI, Pierpalo Cruz. **CRIMES DE PERIGO ABSTRATO**. 2ª Ed; São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

CAMARGO, Daniel Marques de. Justiça com as próprias mãos: a sociedade e o direito. Disponível em: <https://danieldecamargo.jusbrasil.com.br/artigos/139694809/justica-com-as-propriasmaos-a-sociedade-e-o-direito>. Acesso em: 30/03/2020

CARVALHO, Salo de. A estrutura lógica e os fundamentos ideológicos do sistema de penas no Projeto de Lei Anticrime. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 3, p. 161-192, set./dez. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/66656> . Acesso em: 23/03/2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i3.66656>.

DENNINGER, Erhard. **“SEGURANÇA, DIVERSIDADE E SOLIDARIEDADE” AO INVÉS DE “LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE”**. Revista Brasileira de Estudos Políticos; n° 88 – Dezembro/2003. UFMG.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **CRIMES HEDIONDOS**. São Paulo. 7ª Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

LACERDA, Fernando Hideo I. **COMENTÁRIOS SOBRE O “PROJETO DE LEI ANTICRIME”**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/fernando-lacerdacomentarios-projeto-lei-anticrime> Acesso em 26/03/2020. (Publicação: 07/05/19).

- LEAL, João José. **LEI DOS CRIMES HEDIONDOS OU DIREITO PENAL DA SEVERIDADE**: 12 anos de equívocos e casuísmos. Revista Brasileira de Ciências Criminais; vol. 40/2002; p. 155-179; Out – Dez/2002; Doutrinas Essenciais de Direito Penal; vol. 7; p. 51-79/ Out/2010 DTR/2002/436
- STRECK, Lênio Luiz. **A BANALIZAÇÃO DE TESES NO DIREITO PENAL E A DIFICULDADE DE SE FAZER CRÍTICA DO E NO DIREITO EM TERRAE BRASILIS – O CUIDADO COM O FATOR “GRUDGE”**. Revista dos Tribunais; vol. 934/2013; p.223-257; Ago/2013 DTR/2013/6993
- TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários AO ANTEPROJETO DE LEI ANTICRIME** - Tripartido em três Projetos de Lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional. - Salvador: JusPODIVM, 2019
- TORON, Alberto Zacharias. **CRIMES HEDIONDOS**: o mito da repressão penal: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- VIEIRA, Andrey Bruno Cavalcante. **Direito Penal Simbólico como meio de controle e de política criminal**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/18/direito-penal-simbolico-como-meio-de-controle-e-de-politica-criminal/> Acesso em 23/03/2020. (Publicação: 18/02/19).

A INSUFICIÊNCIA CRIMINALIZADORA DO DIREITO DIGITAL BRASILEIRO: ATIPICIDADE DAS ATIVIDADES PERPETRADAS POR CIBERCRIMINOSOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES LEGAIS.

Mikaella Carvalho Ribeiro

Thirso Del Corso Neto

INTRODUÇÃO

A evolução humana, desde os seus primórdios, sempre esteve intrinsecamente vinculada ao talento e a capacidade de planejar e criar inventos diversos, com o escopo de amenizar os empecilhos naturais e mecânicos que surgem durante o cotidiano e, dentre as diversas criações advindas do labor humano, citam-se as máquinas informáticas e a Internet, cuja relevância ao presente estudo é patente, dado que o homem moderno vive, simultaneamente, entre dois mundos distintos, o mundo dito real – a esfera física, e o mundo virtual – a esfera cibernética.

A priori, cumpre definir o conceito de “âmbito cibernético” ou “ciberespaço”, qual seja, um ambiente informático que visa a interatividade, controle e estudo do processamento dos métodos de comunicação e transmissão de dados e informações efetuados pelas máquinas e seus sistemas correspondentes, pelo que, incluem-se no meio ciber-

nético a esfera virtual dos dispositivos informáticos e a Internet e suas respectivas funcionalidades (SILVA, 2015).

Assim, a era tecnológica possibilita que as pessoas, na qualidade de usuárias, armazenem uma quantidade considerável de informações pessoais em plataformas e dispositivos digitais, que podem ser facilmente acessados pelo público, fator que contribui para a prática delitativa em suas variadas facetas.

Nessa esteira, estabelecendo-se a premissa de que a sociedade moderna está intimamente ligada ao espaço cibernético, surge a obrigação de debate a respeito da crescente insegurança digital, o que, consequentemente, acarreta a necessidade de desenvolvimento de mecanismos de proteção, especialmente no que se refere a salvaguarda dos direitos de privacidade, intimidade, personalidade, liberdade e dentre outros indissociáveis à natureza do ser humano, sendo tal questão o cerne da discussão estabelecida pelo presente trabalho.

1 O CIBERESPAÇO E A INSEGURANÇA DIGITAL: INTERNET E DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS.

A criação da Internet desencadeou um fenômeno que se alastrou de forma célere, consagrando-a como ferramenta ímpar no itinerário do ser humano moderno, em razão das múltiplas funcionalidades à disposição de seus usuários. Neste sentir, ensina Patrícia Peck Pinheiro:

Tecnicamente, a Internet consiste na interligação de milhares de dispositivos do mundo inteiro, interconectados mediante protocolos (IP, abreviação de *Internet Protocol*). [...]

A interligação física e a uniformização do sistema de transmissão de dados entre as redes, por meio de protocolos, permitiu, portanto, que a Internet conquistasse maior amplitude no globo. [...]. (2016, pg. 48-49)

Todavia, a ideia de conectividade mundial não foi o objetivo primordial para a criação da Internet, pois, denota-se que sua origem remonta à década de 60, auge da Guerra Fria, ocasião na qual os Estados Unidos desenvolveu uma rede de computadores para exclu-

sivo uso militar. O sistema, denominado ARPANET (*Advanced Research Projects Administration* – Administração de Projetos e Pesquisas Avançadas), consistia na interligação descentralizada de dispositivos, com vias a conservar as informações existentes em bases militares (PINHEIRO, 2016).

Após, a utilização da ARPANET se expandiu para a esfera civil, primeiramente, sob a forma de sistema de transmissão da produção acadêmica nas universidades norte-americanas e, em 1987, passou a ser usada para fins comerciais, denominando-se Internet. A partir disso, surgiram recursos inovadores, como a criação do correio eletrônico (e-mail) e do banco de informações e espaço multimídia da *World Wide Web* (WWW), com o intuito de proporcionar amplitude de acesso e compartilhamento de arquivos.

Entretanto, a difusão global da Internet acarretou o surgimento de um mundo complexo de realidade virtual, por vezes, intercontinental, que, simultaneamente, amplia a liberdade de ação de pessoas físicas e jurídicas em seus intentos e expõe as vulnerabilidades dos usuários, comprometendo-lhes a segurança (GRECO, 2017).

Nessa esteira, frise-se que o desenvolvimento da Internet somente foi possível mediante a evolução mecânica dos itens informáticos, sendo meritório destacar que o primeiro computador, denominado ENIAC – *Electronic Numeric Integrator and Calculator*, foi criado em 1946, para atender objetivos e necessidades de militares e, que em 1951, surgiram os primeiros computadores em série, o que impulsionou, progressivamente, as atividades industriais de produção de inventos tecnológicos (SILVA, 2015).

Dito isto, denota-se que a tecnologia contemporânea potencializou o cometimento de infrações legais já conhecidas, bem como favoreceu o surgimento de novos ilícitos penais a serem objeto de regulamentação, pelo que, originou-se a figura dos Delitos Cibernéticos, segundo Emerson Wendt e Higor Vinicius Nogueira Jorge:

Nos moldes do que foi anteriormente comentado, decidimos utilizar o termo “crimes cibernéticos” para definir os delitos praticados contra ou por intermédio de computadores (dispositivos informáticos, em geral). (2013, pg. 33)

Tais condutas ilícitas, também denominadas “Cibercrimes”, “Crimes Digitais”, “Crimes Virtuais”, “Delitos Informáticos” e dentre outras expressões adotadas pela doutrina, podem ser efetuadas com ou sem acesso à Internet, desde que sejam utilizados dispositivos de informática para tal, como computadores, notebooks, aparelhos celulares, tablets Televisões, etc.

Atualmente, não obstante a considerável parcela de atos lesivos praticados com o uso da Internet, salienta-se que as primeiras ações, precursoras de algumas condutas delitivas contemporâneas, surgiram na década de 50 e eram realizadas apenas com a utilização de computadores.

Neste período, surgiram os programas de computador capazes de se autorreplicar, tornando-se conhecidos como os antecessores dos códigos maliciosos, ao passo que, o primeiro vírus de computador, denominado Elk Cloner, surgiu somente em 1982, e seu modo de ação se dava através da difusão em computadores Apple DOS 3.3 (WENDT e JORGE, 2013).

Desde então, as ações de cibercriminosos vem se desenvolvendo e se aprimorando por meio da elaboração de métodos diversificados que garantam a consumação, assim como a impossibilidade de enquadramento penal do ato.

Constata-se que a ofensividade dos agravos virtuais é ampliada pelo uso do espaço digital, por exemplo, o agente pode assumir a identidade de qualquer pessoa, ou mesmo encobrir os rastros de suas ações, o que, por si, cria óbices para a sua identificação e responsabilização criminal. Ademais, o ciberespaço permite maior alcance dos efeitos lesivos, bem como a prática simultânea de variadas condutas pela mesma pessoa ou por diversos agentes operando em concurso.

A insegurança digital ultrapassou, há muito, o conceito de eventualidade para firmar-se como patente ameaça a todos os usuários de Internet e de produtos informáticos, que se tornam alvos em potencial das ações executadas por cibercriminosos, o que ensejou a premente e constante necessidade de adaptação jurídica aos novos contextos e conflitos derivados da criação e do aperfeiçoamento do aparato tecnológico.

2 DIPLOMAS NORMATIVOS DO CIBERESPAÇO NO DIREITO BRASILEIRO.

Os Delitos Digitais não possuem uma regulamentação codificada na legislação pátria. Parte da legislação foi, e tem sido, adaptada para enquadrar, dentro dos crimes já tipificados, as condutas realizadas no meio cibernético. A título de exemplificação, as formas mais comuns de criminalidade cibernética são: 1) **Estelionato e Furto Eletrônicos** (*fraudes bancárias*) - Arts. 155, §§ 3o e 4o, II, e 171 do CP; 2) **Armazenamento; posse; produção; troca; publicação de vídeos e imagens contendo pornografia infanto juvenil** - Arts. 241, 241-A, 241-B do ECA; 3) **Assédio e Aliciamento de crianças** - Art. 241-D do ECA; 4) **Ciberterrorismo** – Art. 2º, § 1º, inc. IV, da Lei 13260/16; e 5) **Ameaça** - Art. 147 do CP.

Ao revés, há casos em que se faz urgente a atuação do Poder Legislativo para propor a criminalização de condutas, bem como fornecer novos mecanismos de investigação e repressão dos atos danosos, para proporcionar a segurança eletrônica e material das vítimas em potencial.

Em razão da escassez normativa, é recorrente o uso de dispositivos pertencentes a diplomas de outros ramos do Direito, para aplicação por analogia. Tal exemplo é a Lei nº 12.965/2014 - Marco Civil da Internet, denominado “Constituição da Internet”, que, a despeito de possuir natureza predominantemente cível, contém disposições que podem ser largamente utilizadas no desenvolvimento dos procedimentos investigativos de delitos cibernéticos, contribuindo para que o ciberespaço seja um ambiente menos hostil e ofensivo, o que ocorre mediante a positivação de princípios, garantias e deveres a serem observados pelos usuários, bem como mecanismos de controle de informações e dados de acesso e de responsabilização civil dos causadores de agravos digitais.

A Lei em comento instituiu ainda, além de diretrizes para o uso da Internet no Brasil, os seguintes eixos inovadores: 1) Definição e uniformização de termos técnicos; 2) Guarda de Registros de Acesso a aplicações de Internet por 06 (seis) meses (art. 15) e de registros de conexão pelo prazo de 01 (um) ano (art.13), prorrogáveis por pedido do Ministério Público e das autoridades investigativas ou administra-

tivas; 3) Proteção às informações armazenadas em provedores de rede, mediante a limitação de obtenção somente por meio de ordem judicial (art. 10, §1º); e 4) Obrigatoriedade de observação da legislação brasileira para provedores que realizem atos de coleta, armazenamento, guarda e/ou tratamento de quaisquer registros em território nacional (art. 11).

Ato contínuo, no que se refere ao arcabouço jurídico brasileiro que trata da utilização da Internet e de dispositivos informáticos, cumpre expor que há dois diplomas normativos principais que versam sobre tipificações penais de condutas lesivas praticadas no ciberespaço, cujas disposições serão tratadas nos eixos seguintes.

3 LEI Nº 12.737/2012 – LEI “CAROLINA DIECKMANN”.

A Lei nº 12.737/2012 é resultado da aprovação do Projeto de Lei nº 2.793/2011, e tornou-se popularmente conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, em razão do episódio envolvendo a divulgação de cerca de 36 (trinta e seis) fotos íntimas da atriz de novelas, cuja repercussão nacional contribuiu para a celeridade da análise e respectiva tramitação junto à Câmara dos Deputados, o que resultou na criminalização de condutas específicas ainda não tipificadas por projetos anteriores.

Pois bem, esmiuçando o diploma normativo em questão, denota-se a inclusão de nova espécie de infração penal, qual seja, o delito de invasão de dispositivo informático, igualmente conhecido como intrusão informática, sendo cominada a pena de detenção de 03 (três) meses a 01 (um) ano, somada a multa:

Art. 154-A. Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: [...]

Outrossim, o §1º do dispositivo supra prevê modalidade equiparada do delito, cominando a mesma penalidade ao agente que produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de

computador, criado com o fim de possibilitar a realização das condutas contidas no caput do artigo (PLANALTO, 2012). Neste sentido, a respeito dos objetos tutelados nesta espécie de ilícito, cumpre transcrever a lição de Cleber Masson, a qual propõe a seguinte dicotomia:

Objeto jurídico: É a liberdade individual, especificamente no tocante à inviolabilidade dos segredos. [...] **Objeto material:** É o dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores. [...] Só há crime quando a conduta recai em dispositivo informático alheio. Destarte, o fato será atípico quando o sujeito devassa um dispositivo próprio [...]. (2015, pg. 1.285)

A Lei em análise prevê ainda a modalidade qualificada do ilícito, na hipótese em que a invasão do dispositivo resulta em controle remoto desautorizado e/ou obtenção de informações sigilosas, de comunicações eletrônicas privadas e de segredos comerciais ou industriais (§3º) (GRECO, 2017).

A depender das consequências oriundas da invasão, há a previsão de três causas especiais de aumento de pena, quais sejam: 1) ocorrência de prejuízo econômico (§2º); 2) ocorrência de divulgação, comercialização ou transmissão de informações e dados obtidos (§4º); e 3) prática do crime contra as autoridades elencadas (§5º).

Por sua vez, o artigo 154-B da Lei nº 12.737/2012 tratou ainda da natureza da ação penal, a qual, em regra, é pública condicionada à representação do ofendido, exceto, se as condutas forem praticadas em desfavor da Administração Pública direta ou indireta, de quaisquer dos poderes e no âmbito de quaisquer das esferas do federalismo de terceiro grau, ocasião na qual a ação penal será pública incondicionada.

Mediante tais premissas, ressalta-se que os delitos se enquadram na classificação de crime comum, visto que os sujeitos ativo e passivo podem ser pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, não havendo necessidade de característica específica para figurar em qualquer dos polos.

Os delitos são de natureza formal, ou seja, não se exige a produção dos resultados concretos de “obter, adulterar ou destruir dados ou in-

formações” ou “instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”, sendo suficiente que haja a invasão, por meio de violação de qualquer mecanismo de segurança com o dolo específico de realizar quaisquer das condutas acima, para a efetiva consumação. Acerca dos mecanismos de segurança, entende-se o seu conceito como sendo qualquer ferramenta usada para proteção do dispositivo contra ameaças, como senhas e antivírus (MASSON, 2015).

Ato contínuo, a Lei nº 12.737/2012 promoveu ainda alteração no artigo 266 do Código Penal, que versa sobre o ilícito de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, mediante a inserção do §1º, conforme segue:

[...] Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública [...] Art. 266. [...] § 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

A presente inovação representa modalidade equiparada ao crime do caput do artigo 266 do Código Penal, pelo que, o agente que interromper, impedir ou dificultar o restabelecimento de serviço de utilidade pública ou serviço de natureza telemática, assim definida como o grupo de serviços informáticos de transmissão fornecidos através de rede de telecomunicações, como os que se dão via satélite, telefonia ou por fibra óptica, por exemplo, incorre na pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos, somada a aplicação de multa.

Por sua vez, a derradeira alteração promovida pela “Lei Carolina Dieckmann”, foi a inserção do parágrafo único no artigo 298 do Código Penal²¹, que tipifica o crime de falsificação de documento parti-

21 Falsificação de documento particular

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Falsificação de cartão

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o

cular, pelo que se deu a inclusão do cartão de crédito ou débito no rol de documentos de cunho particular.

4 LEI Nº 7.170/83 – LEI DE SEGURANÇA NACIONAL.

A Lei de Segurança Nacional é um diploma de caráter integralmente penal e processual penal, cujo conteúdo disciplina os crimes em desfavor da ordem política e social, estabelecendo-se regras de processamento e julgamento dos ilícitos, com o objetivo de promover a proteção da integridade territorial, da soberania nacional, do regime democrático e representativo, da Federação, do Estado de Direito e dos chefes dos poderes da União, contra atos lesivos ou capazes de acarretar risco de lesão (PLANALTO, 1983).

O regulamento normativo introduziu ao ordenamento jurídico diversas novas condutas ilícitas, distribuídas no decorrer no Título II – Dos Crimes e das Penas, correspondendo do artigo 8º ao artigo 29.

Dentre as criminalizações tipificadas, somente algumas ações podem ser cometidas com a utilização do ciberespaço, quais sejam, a título de exemplo:

- 1) Art. 8º - Entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil. [...];
- 2) Art. 10 - Aliciar indivíduos de outro país para invasão do território nacional. [...];
- 3) Art. 13 - Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos. [...];
- e 4) Art. 21 - Revelar segredo obtido em razão de cargo, emprego ou função pública, relativamente a planos, ações ou operações militares ou policiais contra rebeldes, insurretos ou revolucionários. [...].

Desta feita, ainda que o bem jurídico protegido pela legislação supra seja a segurança nacional por meio das tipificações específicas,

cartão de crédito ou débito.

evidencia-se que não há qualquer previsão de cometimento de tais delitos por meio informático, nem mesmo na forma qualificada ou como causa de aumento de pena.

Por conseguinte, ainda em se tratando da esfera da legislação brasileira aplicável ao ambiente digital, é de Jéssica Fagundes Bortot:

Além dessas legislações supracitadas, [...] ainda tem-se a Lei nº 11.829/2008, que combate a pornografia infantil na internet; a Lei nº 9.609/1998, que trata da proteção da propriedade intelectual do programa de computador; a Lei nº 9.983/2000, que tipificou os crimes relacionados ao acesso indevido a sistemas informatizados da Administração Pública; [...]. (2017, pg. 349)

Entretanto, apesar das inovações normativas, impera a premissa de que persiste certa omissão legislativa nacional quanto a tipificação de novas espécies de crimes cibernéticos, como será demonstrado no eixo seguinte, especialmente em se considerando a potencialidade lesiva das ações e o constante avanço tecnológico que possibilita o surgimento de inúmeras ferramentas que auxiliam o cometimento de crimes virtuais e criam obstáculos para a responsabilização criminal dos agentes.

5 MECANISMOS DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL: A INSUFICIÊNCIA DAS CONDUTAS CRIMINALIZADAS.

A insegurança digital encontra sustento na insuficiência normativa contemporânea, vez que, a legislação existente nem sempre é maleável para incidir sobre todas as atividades prejudiciais, o que acarreta variadas críticas a tais diplomas, seja pela inércia quanto a tipificação de uma gama de condutas lesivas, seja pelo enquadramento de atos que, a depender do contexto, não podem ser definidos como atividades prejudiciais. A exemplificação, merece destaque o entendimento de José Eduardo de Souza Pimentel acerca da Lei nº 12.737/2012:

A lei tem recebido críticas porque teria criminalizado as atividades dos chamados “hackers do bem” (*ethical hacker*), profissionais bastante valorizados no mercado, que, com conheci-

mento e ferramentas apropriadas, invadem sistemas em busca de vulnerabilidades. (2018, Pg. 32)

As novas tipificações e equiparações criadas pelas Leis nº 12.737/2012 e nº 7.170/1983, foram dispostas em uma redação deveras restrita a casos específicos, o que permite o cometimento de ações igualmente prejudiciais que não podem ser emolduradas nas condutas criminalizadoras descritas, em razão do rigoroso detalhamento dos requisitos legais para caracterizar a ilicitude dos atos praticados. Assim, com vias a demonstrar tal constatação, serão narrados, a seguir, casos hipotéticos de condutas lesivas que, frente a literalidade das leis citadas, são consideradas atípicas.

Neste contexto, a primeira hipótese incide sobre a aplicação do artigo 154-A do Código Penal, delito de invasão de dispositivo informático. A exemplo, se um indivíduo possui o intento de obter informações pessoais que sabe estarem armazenados no notebook ou celular da vítima e, ao acessar o dispositivo depara-se com a inexistência de mecanismo de segurança, por óbvio, o agente poderá ter acesso irrestrito a todos dados que procura e realizar a retirada destes sem que sua ação seja considerada criminosa.

Isto porque, a violação de mecanismo de segurança é elementar do tipo na redação do artigo 154-B, assim, não estão legalmente abrangidos os dispositivos alheios desprotegidos por ferramentas de segurança, pelo que não há invasão (MASSON, 2015). No mesmo sentido é o ensinamento de Emerson Wendt e Higor Vinicius Nogueira Jorge:

[...] o indivíduo que invade o computador de um conhecido sem o objetivo de obter, alterar ou excluir dados ou informações ou sem violar um “mecanismo de segurança” não será indiciado nem preso, pois esses fatos não são criminosos, por não se adequarem ao art. 154-A do Código Penal. [...] o causador do transtorno pode ser responsabilizado na esfera civil [...].(2013, pg. 34)

De mesmo modo, a limitada redação do dispositivo não permite o encaixe de condutas prejudiciais realizadas por hackers que invadem contas particulares de armazenamento de dados em nuvem, ou mesmo

contas cadastradas em redes sociais e plataformas de mídia, com o escopo de violar a privacidade e intimidade das vítimas a fim de utilizar as informações para cometimento de outros delitos, como extorsão, por exemplo.

Nesta hipótese, tal fato se dá em virtude da impossibilidade de utilização, por analogia, do artigo em questão, pois sua tipificação é restrita a invasão de “dispositivo informático”, conceito que inclui apenas objetos materiais, como computadores, notebooks, tablets, smartphones e outros afins. Logo, ainda que as contas registradas em redes sociais e em plataformas digitais de armazenamento, contenham uma série de informações de cunho particular, estas não encontram proteção jurídica junto à Lei nº 12.737/2012.

Outrossim, o próximo caso hipotético de ausência de tipificação incide sobre a imprecisão da redação do artigo 266, § 1º, do Código Penal, que trata da criminalização da interrupção, impedimento ou criação de obstáculos para o restabelecimento de serviço telemático e/ou de utilidade pública.

Tal ilícito claramente se aplica aos ataques virtuais praticados por hackers através da utilização de vírus ou programas maliciosos, os quais são projetados para efetuar acesso ilimitado e sucessivo aos sites governamentais, por exemplo, com o escopo de provocar a sobrecarga do serviço e, desta forma, interromper o seu funcionamento habitual.

Contudo, não é possível enquadrar como infrações penais as atividades de cibercriminosos que, sem causar qualquer espécie de perturbação, interrupção ou impedimento na utilização do serviço por outrem, invadem, ou seja, violam os mecanismos de segurança de sistemas oficiais do Governo Federal conectados ou não à Internet, para obter informações restritas sobre qualquer esfera de atuação da Administração Pública.

A inexistência de ilícito penal correspondente ao exemplo supra, se dá pelo fato de que o agente invadiu um sistema governamental, e não um dispositivo informático, como um computador ou um item de armazenamento externo, o que afasta a aplicação do artigo 154-B do Código Penal. Ademais, no caso hipotético, a obtenção das informações se deu sem que o agente incorresse nos núcleos do tipo previstos no §1º do artigo 266 do Códex Penal, isto é, não houve mínima alte-

ração no funcionamento do sistema governamental, pelo que, a ação igualmente não acarreta a aplicação deste segundo dispositivo.

Por sua vez, a hipótese descrita acima permite ainda estabelecer um comparativo para com o teor da Lei nº 7.170/1983 – Lei de Segurança Nacional, cujas disposições tipificam variadas condutas delitivas que atingem diretamente a ordem política e social do Estado Brasileiro.

Dentre os delitos específicos, cabe evidenciar os conteúdos dos artigos 13 e 21, que tratam, respectivamente, da tipificação de espionagem governamental, obtenção e divulgação ilícita de informações consideradas sigilosas, bem como da divulgação de segredo, obtido em função do cargo, acerca de operações militares ou policiais contra revolucionários, insurretos ou rebeldes (PLANALTO, 1983).

Assim, retomando a linha de raciocínio exemplificativa, se o cibercriminaloso invade sistema governamental e obtém informações que, mesmo restritas ao público, não sejam de caráter sigiloso ou de cunho militar e/ou tecnológico, a conduta, embora prejudicial, não pode ser enquadrada como ilícita, dada a ausência de previsão legal e a impossibilidade de interpretação extensiva in malam partem.

Portanto, em se considerando as exemplificações dos parágrafos anteriores e o fato de que a criminalidade virtual evolui diariamente, reinventando métodos para possibilitar a potencialização dos agravos produzidos e assegurar a impunidade, resta evidente a carência legislativa brasileira para se adaptar a modernização delitiva, o que enseja adoção de providências eficientes à proteção eficaz dos usuários do ciberespaço, especialmente no que se refere a garantia dos direitos de privacidade, liberdade, personalidade e intimidade.

6 INCORPORAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS PARA APRIMORAMENTO DA PROTEÇÃO DIGITAL NO BRASIL.

A problemática explicitada requer, como medida primordial, o requinte da produção normativa para promoção das alterações jurídicas essenciais frente a realidade contemporânea da crescente insegurança digital. Neste contexto, é recomendável a invocação do Direito internacional, com o intuito de incentivar os estudos dos diplomas

estrangeiros e internacionais, para o conhecimento e importação de institutos e mecanismos de resolução dotados de possibilidade real de aplicação no Brasil.

Dentre as normatizações internacionais em potencial, cumpre tecer observações acerca da Convenção de Budapeste, conhecida como “Convenção sobre o Cibercrime”, assinada no ano de 2001. Trata-se de um tratado internacional oriundo de estudos e aprofundamentos a respeito da legislação existente, de modo a obter da cooperação transnacional nos atos de embate a cibercriminalidade e fortalecimento da segurança global, como professam Josemary M. Freire Rodrigues de Carvalho Rocha, Mariana Tavares de Melo, José Carlos Ferreira da Luz e Paula Maria Nóbrega:

[...] A Convenção de Budapeste serve, assim, como parâmetro para todas as propostas legislativas no mundo inteiro, de modo a unificar as legislações nacionais pertinentes ao tema, de modo a unificarem-se os conceitos e soluções de conflitos a nível mundial. (2015, pg. 52)

O Tratado em questão possui o total de 48 (quarenta e oito) artigos, divididos nos seguintes capítulos: **I – Terminologia** (definições e uniformização de termos técnicos); **II – Medidas a Tomar a Nível Internacional** (disposições sobre as principais infrações penais divididas por categorias e as regras de processamento investigativo e competência); **III – Cooperação Internacional** (princípios de atuação e normas a respeito do sistema cooperativo); e **IV – Disposições Finais** (regramentos para adesão, efeitos, aplicação territorial e dentre outros eixos).

Dentre as proposições da Convenção sobre o Cibercrime destacam-se os seguintes itens: a) Parâmetro de uniformização para a produção legislativa internacional; b) Harmonização normativa para estabelecimento da cooperação internacional com vias a combater o caráter transnacional dos delitos; e c) Instituição de rede de contato com disponibilidade 24h (vinte e quatro horas) durante 07 (sete) dias por semana, com o intuito de assegurar a prestação instantânea de assistência nos atos de investigação de delitos virtuais e de recolhimento de provas.

A Convenção de Budapeste, atualmente, encontra-se ratificada por cerca de 49 (quarenta e nove) países, cabendo ressaltar que o Brasil não é signatário do Tratado e nem de quaisquer outros pactos de cunho internacional que visem a previsão mútua de cooperação internacional nos procedimentos investigativos inerentes a persecução da cibercriminalidade (BORTOT, 2017).

Por fim, no que se refere ao Direito Comparado e respectivo estudo de institutos jurídicos, é imperioso explicar acerca do *Cybersecurity National Action Plan* (Plano de Ação Nacional de Segurança Cibernética) criado em 2016 por Barack Obama, à época presidente dos Estados Unidos da América.

A política governamental foi inaugurada com o objetivo primordial de estabelecer a fortificação da segurança nacional contra ameaças informáticas e, desta forma, promover ainda a proteção da economia, o que seria concretizado por intermédio da intensificação interativa entre o Governo, a iniciativa privada, a população e as autoridades policiais, bem como através da destinação de verbas públicas para investimento em pesquisas, aquisição de equipamentos, criação de mecanismos de prevenção de ataques e respectiva capacitação profissional (BORTOT, 2017).

CONCLUSÃO

A modernização tecnológica, largamente vivenciada na era contemporânea, apresenta uma dicotomia que orbita entre a ampliação dos recursos que sustentam as necessidades humanas e a exposição das vulnerabilidades de usuários do ciberespaço.

É incontroverso que a ciência jurídica surge do fato social e de suas ramificações no mundo natural, entretanto, o avanço digital implica a adaptação do Direito às peculiaridades da esfera virtual, pelo que, incide como desafio o aprimoramento legislativo com vias a acompanhar as constantes modificações sociais, cujos efeitos se propagam até o mundo jurídico.

Neste sentido, restou demonstrado no presente artigo que o arcabouço normativo pátrio carece de adaptações, especificamente no que se relaciona ao direito penal material, fato que enseja a urgente

adoção de providências por parte do Poder Legislativo, com a finalidade de combater o caráter estático no qual se encontra o Direito Digital Brasileiro.

Em consonância com as especificidades existentes a respeito dos crimes cibernéticos, comprovou-se que as inovações trazidas por diplomas legais como a Lei nº 12.737/2012 – Lei “Carolina Dieckmann”, a Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet, e a Lei nº 7.170/83 – Lei de Segurança Nacional, foram significativas para firmar os pilares da futura produção normativa, porém, insuficientes para coibir as práticas delitivas.

Outrossim, apesar das tipificações e regulamentações elaboradas no decorrer de décadas, a problemática da insegurança digital é fato que evolui de maneira exponencial, o que enseja a adoção de postura célere no que se refere a produção legislativa, posto que, como explicitado, ainda que se considerem os avanços normativos, os diplomas pátrios permanecem intactos em vários ângulos frente a cibercriminalidade (BORTOT, 2017).

Logo, além da evolução legislativa nas esferas do direito penal e processual, o combate aos delitos informáticos deve se aliar ainda a instituição de diretrizes nacionais e políticas públicas que visem a destinação e investimento de recursos para a criação e aparelhamento de mais Delegacias Especializadas em Delitos Cibernéticos, para a capacitação profissional de servidores e para o desenvolvimento de projetos e iniciativas capazes de aprimorar os métodos investigativos para a eficiente identificação dos cibercriminosos.

Por derradeiro, em se considerando que o Brasil possui um conjunto reduzido de leis que tipificam apenas algumas condutas lesivas, urge salientar que a ratificação de tratados internacionais, que versem a respeito da cibercriminalidade, se apresenta como iniciativa primordial a promover a desconstituição do conceito de insegurança digital e de impunidade, pois a cooperação internacional e a importação de normas estrangeiras representam alternativas viáveis e de possível aplicação jurídica para possibilitar a persecução penal e a respectiva responsabilização do agente na medida da potencialidade lesiva cometida.

REFERÊNCIAS

- BORTOT; FAGUNDES, Jessica. Crimes Cibernéticos: Aspectos Legislativos e Implicações na Persecução Penal com Base nas Legislações Brasileira e Internacional . **VirtuaJus** , Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 349-349, ago./2017. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15745>>. Acesso em: 18 mar. 2020.
- GRECO; ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume II: Introdução à Teoria Geral da Parte Especial: Crimes Contra a Pessoa** . 14. ed. Niterói - RJ: Impetus, 2017. p. 1128-1130.
- MASSON; CLEBER. **Código Penal Comentado** . 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1285-1285.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.
- PIMENTEL; SOUZA, J. E. D. Introdução ao Direito Digital. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 32-32, jun./2018. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/352>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- PINHEIRO; PECK, Patrícia. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48-48.
- PLANALTO, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.737/2012, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm . Acesso em: 10 mar. 2020.

PLANALTO, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

PLANALTO, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 7.170/1983, 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. Acesso em: 10 mar. 2020.

ROCHA *et al.* A Tutela Jurídica Sobre os Crimes Cibernéticos. **Campo do Saber**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 52-52, jun./2015. Disponível em: <<http://periodicos.iesp.edu.br/index.php/campodosaber/article/view/4>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

SILVA; DA, Patrícia Santos. **Direito e Crime Cibernético: Análise da Competência em Razão do Lugar no Julgamento de Ações Penais.** 1. ed. Brasília: Vestink, 2015. p. 27-27.

WENDT; JORGE, Emerson;; NOGUEIRA, Higor Vinicius. **Crimes Cibernéticos: Ameaças e Procedimentos de Investigação.** 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013. p. 25-25.

AUTORIA E ZEITGEIST NO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL

José Mário Ramos Correia De Araújo

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo é a questão da autoria em perspectiva jurídico-histórica, analisando fatores históricos que influenciaram na formação do referido conceito. A conjuntura do Brasil na época de aprovação do Código Criminal do Império, a influência da Constituição de 1824 na codificação, o papel do Iluminismo enquanto filosofia contemporânea ao processo analisado e a conformação das contradições sociais, materializadas no Direito, serão os pontos aqui abordados.

O papel da História é de fundamental importância para esclarecer a formação do Direito, os processos que influenciaram as perspectivas legais adotadas e qual o objetivo social almejado com a positivação e aplicação de determinada norma. Habermas (1999, p. 43-51) afirma a necessidade dos estudos históricos, para que a experiência acumulada forneça parâmetros de ação e análise, visando o uso da História enquanto *magistra vitae*.

Os desenvolvimentos políticos na Europa trouxeram a administração colonial da metrópole portuguesa para o Rio de Janeiro, fator que não só apressou o processo de emancipação, como também promoveu a chegada de grande contingente com a Corte, favorecendo o trânsito de ideias e colocando a necessidade de reformas administrativas na colônia.

A emancipação política ocorreu com o retorno da administração colonial para Portugal, após crescente pauta recolonizadora na metró-

pole. A necessidade de manter a união nacional e evitar a perda das liberdades econômicas conseguidas com a vinda da família real, fez com que a elite agrária escravocrata se unisse em torno do Imperador Pedro I, para torná-lo chefe de Estado no Brasil, em uma configuração institucional definida como *legal absolutism*.

A conformação do instituto da autoria penal com o contexto histórico da entrada em vigor do Código Criminal de 1830. Nilo Batista (1990, p. 19) destaca a necessidade de se estudar a História para compreender o Direito, pois o modo de vida e correspondente organização social são fatores aptos a prestar esclarecimentos sobre a constituição e finalidade dos institutos jurídicos.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

O século XIX, no Brasil, trouxe mudanças na estrutura política e social da civilização brasileira. A vinculação com Portugal, em virtude da origem colonial, promovia o trânsito de saberes, concepções filosóficas, métodos de conhecimento, instituições, sistemas de crenças, dentre outras influências. Na Europa, fonte majoritária da produção intelectual assimilada no Brasil, o constitucionalismo estava se estabelecendo no último terço do século XVIII, advindo da Revolução Francesa (1789), ocorrendo movimentação social correspondente nas Américas, com a Revolução Americana (1776).

As ideias do Iluminismo, promoviam o antropocentrismo, reconhecendo a superioridade do homem através do saber. O saber racional seria capaz de dissolver os mitos, trocando imaginação por conhecimento. A técnica, as ciências naturais e o método são os principais fundamentos da filosofia iluminista; somando-se a estas características têm-se a universalização enquanto meta, promovendo a emancipação intelectual, quantificando a natureza, produzindo conhecimento através da experimentação, dedução (ADORNO, 1947, p. 19-23).

Autores como Locke (1632 – 1704) consideram a possibilidade de um direito natural, onde o legislador aperfeiçoa lei preexistentes, este ainda dividiu o poder em absoluto e moderado, onde o primeiro é fruto de uma vontade que engloba o poder executivo e legislativo, seja feito pelo rei ou parlamento; o segundo é fruto da divisão de competências,

sendo as decisões políticas tomadas por sujeitos distintos (MENDES e BRANCO, 2017, p. 56).

Montesquieu desenvolve a ideia de poder moderado, ou seja, aquele que tem decisões originárias de diferentes instâncias, construindo a concepção de liberdade enquanto a permissão de fazer tudo aquilo permitido por lei, assim como, para além desta, a nada ser obrigado. Rousseau contribui com a ideia de “Contrato Social”, onde os indivíduos renunciam à liberdade individual, em nome de uma convivência civilizatória, constituindo uma liberdade civil, que consistiria na garantia de estar submetido a leis gerais, fruto da totalidade do corpo soberano, sendo o povo detentor desta soberania. (MENDES e BRANCO, 2017, p. 57)

O chamado *Legal Enlightenment*, vertente do Iluminismo vinculada ao Direito, inicialmente estava ligada ao Absolutismo, os monarcas passaram a ser concebidos enquanto fonte de Direito; Frederico II da Prússia (1740-1780), Maria Theresa da Áustria (1740-1780) e o Rei José I de Portugal (1750-1777) e o Marquês do Pombal, com sua obra “Lei da Boa Razão”, eram expoentes de governantes ligados a novas práticas que concebiam uma visão política do direito e das leis, onde a relação, muitas vezes contraditória, entre Direito natural e poder político era mediada por esta nova concepção relativa às fontes jurídicas. A lei tornou-se objeto de privilegiada reflexão intelectual e instrumento de ação política (GROSSI, 2010, p. 65).

Locke era um dos pensadores mais liberais de sua época por destacar em sua as garantias legais dos indivíduos e da propriedade, contra os arbítrios do poder; em consonância com os desenvolvimentos filosóficos de sua época, todavia, as liberdades, em seu pensamento legalista, estavam atreladas às leis provenientes do monarca. Os protagonistas do Iluminismo não mais seriam filósofos e pensadores políticos, e sim, juristas (por meio do domínio da técnica) e economistas (GROSSI, 2010, p. 66).

A lei torna os indivíduos livres, por representar a vontade geral institucionalizada. A liberdade, enquanto proteção para com a violência, tinha suas origens na obediência às determinações legais. Uma mudança fundamental neste período foi a unificação de todo o aparato legal sob os poderes do Estado (monismo legal), acabando com a pluralidade

de sistemas oriundos da época medieval. Para Grossi (2010, p. 69), este período caracteriza um período de acentuado legalismo, beirando a idolatria. O *legal absolutism* e o liberalismo econômico formam as bases de uma nova concepção (*Weltanschauung*) de sociedade. A propriedade privada foi deslocada para o centro dos debates, sendo indicativos de virtude para aqueles de posses; ter mais propriedade passou a indicativo de capacidades especiais.

O discurso liberal de igualdade dos indivíduos era também atrativo para a classe média, uma vez que, essa retórica ignorava diferenças sociais, no que diz respeito a questões relacionadas ao bem-estar. O *legal absolutism* e liberalismo integravam a perspectiva de um Direito unitário e vinculado a estruturas do Estado, ocorrendo interdependência entre ambos, visto que, segundo Bobbio (2000, p. 7-10) e Grossi (2010, p. 70) o pensamento liberal da época não está necessariamente vinculado a liberdades democráticas.

O final do século XVIII aprofundou as mudanças sociais com o advento das revoluções Americana e Francesa, em 1776 e 1779, respectivamente. Dentre as principais mudanças destacadas estão a rejeição ao passado, novo papel das determinações legais na sociedade e novas fontes do Direito. A concepção de estamentos, onde havia a divisão entre clérigos, nobres e súditos, foi superada, ao surgirem os diversos Códigos, sendo o Código Civil de Napoleão de 1804, pioneiro na implantação de institutos jurídicos ligados ao Estado; ainda segundo Grossi, uma possível exceção à regra seria o Código Criminal de 1787, aprovado pelo imperador José II da Áustria (GROSSI, 2010, p. 86).

O histórico colonial do Brasil, com sua conseqüente vinculação intelectual às matrizes europeias, deixa sua *intelligentsia* (ELIAS, 1990, p. 28) em contato com os desenvolvimentos ocorridos nas metrópoles, adotando instituições semelhantes, com os indivíduos tendo sua formação advinda dos centros universitários da Europa.

O indivíduo, portanto, passa ao centro da proteção legal, com o monopólio da violência vinculado ao Estado. Inicialmente os iluministas defendiam o monarca enquanto fonte única e legítima de Direito, capaz de revelá-lo aos seus súditos. Com o desenvolvimento do processo histórico, o despotismo iluminista passou por transformações de grande relevância na França e Estados Unidos da América, onde

ocorreu a adoção de uma Constituição, enquanto fonte legal e principiológica capaz de legitimar a nova ordem social, fato que representou para a História e o Direito, o fim do Antigo Regime. O Direito e a Economia adquiriram proeminência nas sociedades, o primeiro através das Constituições e Códigos, sendo objeto principal deste trabalho o Código Criminal de 1830, e a segunda por meio da doutrina liberal.

Na seara penal o iluminismo voltou-se a humanização de processos e penas, condenando a tortura, os processos penais por bruxaria, pleiteando o fim de castigos corporais e da pena de morte, dentre outras reivindicações. Autores como Montesquieu e Rousseau, além de Voltaire, Beccaria e Sonnenfels, defendiam uma secularização, racionalização, individualização e, sobretudo no Direito Penal, a humanização (VORMBAUM, 2016, p. 26).

Nesta fase posterior do Iluminismo, final do século XVIII, houve a superação do legal *absolutism* em direção ao constitucionalismo, visando o controle do poder central e divisão do mesmo, acompanhado da “era das codificações” (GROSSI, 2010, p. 84) da qual faz parte o Código Criminal do Império. A influência iluminista no ramo penal do Direito trouxe o debate sobre a interpretação da lei e o papel dos juízes. A compreensão dos filósofos desta época, quando da sua compreensão do papel desempenhado pela lei, e especificamente a lei penal, é destacada por Vormbaum (2016, p. 28) como a contribuição de maior influência no Direito.

A humanização do Direito Penal, a reivindicação de abolição das penas cruéis e tortura colocaram os métodos utilizados pela inquisição em xeque, nos quais os processos de investigação, apuração, constituição de provas estavam ligados aos detentores do poder de decisão sobre o caso concreto, promovendo uma união das funções na processualística penal; os filósofos iluministas percebiam a inutilidade da tortura, por favorecer confissões fictícias, fundadas no medo de sofrimento físico (BECCARIA, 1999, p. 61-66). Com o estabelecimento das codificações e garantia dos direitos positivados, a condenação criminal não seria mais fruto de um arbítrio, uma valoração sem objetividade, e sim, composta por leis gerais e critérios públicos para penalização de condutas, resultando também na impossibilidade de sentença condenatória, em caso de inobservância das determinações legais para constituição de probatório penal.

O Brasil se insere neste contexto, por ter suas instituições e predominância cultural oriunda da matriz ibérica, portanto, europeia. O processo histórico neste território tem particularidades que favoreceram o trânsito de ideias advindas das regiões metropolitanas, de modo específico, é possível citar a vinda da família real ao Rio de Janeiro.

A Corte foi responsável por trazer aproximadamente quinze mil pessoas, diretamente após a chegada do rei João VI, segundo Mota (2012, p. 317), promovendo a formação, e implantação de uma estrutura administrativa e burocrática necessária para governar o império a partir da nova sede. Dentre as instituições destaca-se a Casa de Suplicação, ou Supremo Tribunal, enquanto instituição oriunda das modernas concepções de divisão de poderes apregoadas pelos iluministas.

Sérgio Buarque de Holanda (2004, p. 15) historia a maior presença de estrangeiros, principalmente no Rio de Janeiro, capital imperial. A abertura dos portos às nações amigas fez com que o trânsito de europeus se intensificasse, fato que concorre para a formação de mentalidade cosmopolita, acompanhando os desenvolvimentos sociais dos centros de poder. Em 1808 a corte aportou no Brasil, permanecendo até 1821. Um dos destaques dos historiadores do Direito é para a concentração de poderes de polícia, na pessoa do Intendente Geral de Polícia da Corte, responsável por zelar pela segurança pública, desenvolvendo um papel muito importante na aplicação do direito penal.

A jurisdição era considerada deveras ampla, os crimes cometidos na Corte eram de célere procedimento, o diploma legal era a Lei de 25 de junho de 1760, transposta do reino português ao Brasil. Todavia, as atribuições do Intendente Geral da Polícia da Corte e do Estado de Brasil eram, se comparadas a Portugal, mais amplas que nas terras da metrópole, uma vez que englobava não somente atividades de *ius politicae*, abarcando igualmente tarefas de natureza administrativa e eventos públicos, fato que demonstra uma maior prática centralizadora da administração real neste território (MARCOS, MATHIAS e NORONHA, 2014, 212-214).

O retorno da família real foi acompanhado de um movimento português de recolonização, algo impensável diante da nova realidade do Brasil colonial após a chegada da Corte. A resistência promoveu um embate entre forças políticas, que posteriormente promoveu a

emancipação para com Portugal. Dentre os principais atores políticos destaca-se o partido português, partido brasileiro e partido liberal-radical. Os partidos brasileiro e português e articularam para evitar a re-colonização, por pressões da metrópole, e o regime republicano, com sua maior participação popular. Estes principais atores políticos promoveram aliança em torno de Pedro I, que proclamou a independência em setembro e foi aclamado imperador em outubro de 1822 (MOTA, 2012, p. 332-333).

3. O ORDENAMENTO JURÍDICO IMPERIAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Holanda (2003, p. 180) destaca a representatividade do primeiro imperador enquanto patrono do constitucionalismo brasileiro, acolhendo as reivindicações do liberalismo, apesar de ter dissolvido a Constituinte de 1823. O historiador destaca ainda a capacidade de manutenção da unidade nacional por meio da monarquia, com amparo legal na figura do monarca e da Constituição.

Para Wolkmer (2002, p. 73) a formação de uma cultura jurídica nacional se fez necessária, passando a constituir uma cultura de caráter liberal, enquanto proposta doutrinária de diretrizes políticas e econômicas, manifestando um saber responsável por orientar as primeiras faculdades de Direito no Brasil, criando uma elite jurídica e um ordenamento legal próprio.

A doutrina jurídica caracteriza este período como correspondente aos direitos fundamentais de primeira geração, ligados ao valor da liberdade individual e limitação ao poder do Estado (caráter negativo), assegurando direitos civis e políticos, quando do surgimento das primeiras Constituições escritas (NOVELINO, 2016, p. 272)

No mesmo sentido Mendes e Branco (2017, p. 128) destacam a liberdade de consciência e reunião, assim como, inviolabilidade do domicílio. Sem preocupação com desigualdades sociais, considerando o homem em sua individualidade, destacando especial proteção também à propriedade privada.

A Constituição de 1824 foi redigida em diminuto tempo, sendo outorgada pelo imperador Pedro I, a redação se deve ao Conselho de

Estado, composto por juristas nascidos no Brasil. O texto constitucional representava a emancipação jurídica, adotando o regime monarquista (MARCOS, MATHIAS e NORONHA, 2014, p. 237). Para Mota (2012, p. 391) a Constituição de 1824 instituiu uma monarquia liberal de fachada, parlamentarista e centralizadora, aos moldes do liberalismo monárquico da Restauração.

No texto normativo da Carta Magna do Império, estabelece em seu início as bases do Estado em sua forma de governo, representatividade (art. 3), divisão administrativa e, apesar de estabelecer o catolicismo enquanto religião oficial, garante a liberdade de culto (art. 5). O governo monárquico, constitucional e representativo de caráter doutrinariamente iluminista é positivado. O documento segue discorrendo sobre a cidadania brasileira, onde de importância para o direito penal é perceber que no artigo 8, II, era possível a suspensão dos Direitos Políticos por sentença condenatória de prisão.

A Assembleia Geral era fonte de Direito (art. 15, VIII), elaborando, interpretando, suspendendo e revogando Leis; com isso, as disposições penais necessariamente passariam pelo legislativo. A imunidade penal era garantida aos legisladores durante o mandato, de modo que somente em flagrante de delito e crimes com penal capital a prisão poderia ser efetuada (art. 27), do mesmo modo havia a proteção a opiniões proferidas durante o exercício parlamentar, garantia que refletia os pilares do liberalismo, característico da primeira geração de direitos fundamentais.

Incorporando o princípio iluminista da separação de poderes, a Constituição de 1824 determina que o conhecimento relativo a delitos praticados por membro da família imperial, ministros e conselheiros de Estado, senadores e deputados, seja exercido pelo Senado. Nesta mesma perspectiva, o artigo 48 atribui poderes diferenciados no juízo de determinados crimes.

No tocante a matérias penais, a Carta Magna do Império dispõe ainda sobre a impossibilidade dos criminosos pronunciados em “que-rela” ou “devassa” terem direito a voto nas eleições (art. 94, III). O Imperador era pessoa sagrada e, portanto, isenta de responsabilidade penal (art. 99). O caráter monárquico, mais próximo ao Antigo Regime, pode ser percebido nas disposições do Capítulo I do Título 5º, que

trata do Poder Moderador; havia também a possibilidade do Imperador perdoar e moderar penas impostas a réus condenados por sentença, atuando com instância judicial definitiva.

Cumprindo seu papel institucional de determinar diretrizes para a organização do Estado Imperial do Brasil, a Constituição de 1824 traz ainda questões de responsabilidade criminal dos Ministros de Estado em seu Capítulo IV, estabelecendo delitos a serem regulamentados no Código Criminal de 1830; do mesmo modo existe previsão legal de punição a atos ilícitos manifestamente dolosos, por parte dos Conselheiros de Estado (art. 143).

O Poder Judicial é constituído de modo independente, sua competência para julgar feitos relativos a crimes é instituída no artigo 151, onde também é posta a necessidade de codificação; este artigo é parte integrante do Título 6º, Do Poder Judicial, Capítulo Único, Dos Juízes e Tribunais de Justiça. Neste fragmento, há a criminalização abstrata de condutas, com a correspondente citação do tipo penal, por exemplo, peculato, suborno, concussão, mais ainda sem previsão de pena, todavia, especificamente aqui a questão da autoria é tratada no estabelecimento de crime próprios (art. 157), onde os responsáveis seriam Juízes de Direito e Oficiais de Justiça.

A publicidade do processo penal também era garantia de direito fundamental de primeira geração presente no texto da Carta Magna Imperial, como meio de exercer controle sobre a atividade jurisdicional; havia também a previsão de escolha de Juízes Árbitros para determinadas causas penais (as civilmente intentadas, art. 159), possibilitando uma modalidade negocial de jurisdição penal.

A organização do Poder Judicial tinha o Supremo Tribunal de Justiça enquanto instância final, todavia, a Constituição garantia ao Imperador a possibilidade de isentar alguém de pena, por exemplo. O julgamento de determinadas autoridades, como Ministros de Estado, Presidentes das Províncias, dentre outros (art. 164, II) e a revisão de instâncias superiores estavam também dentre as atribuições da mais alta corte.

O tipo de organização constitucional brasileiro, que envolvia uma monarquia com Poder Moderador, e relativa institucionalidade com o funcionamento do Parlamento e Poder Judiciário, além do Executivo

que também era chefiado pelo Imperador. O sistema político adotado no Império foi idealizado por Carl Schmitt (1996, p. 10-11), este menciona a Constituição de 1824, referindo-se ao Poder Moderador, enquanto exemplo de proteção constitucional revestida da necessária imparcialidade advinda do monarca; para este autor, a proteção da constitucionalidade praticada por um tribunal superior é uma das maneiras de se garantir o cumprimento das normas, todavia, não é meio suficiente.

O Título 8º, em suas disposições sobre os Direitos Cíveis e Políticos dos nacionais, dispõe sobre diversas matérias de fundamental relevância para o Direito Penal e Processual Penal. A representatividade na aplicação e elaboração das Leis, garantida enquanto fator de determinação pelo Legislador da competência da Assembleia Geral para fiscalizar o cumprimento do texto constitucional e elaborar as devidas atualizações, a tipificação das condutas socialmente indesejáveis passa a ter sua legitimação fundamentada na representação parlamentar.

As liberdades civis enquanto pressuposto do Iluminismo na concepção de sociedade, onde o Direito passa a integrar as estruturas do Estado, encontram-se protegidas pelo Direito Constitucional da Carta de 1824, com destaque para a liberdade, segurança individual e propriedade. Garantias fundamentais de primeira geração, de caráter negativo, onde o Estado deveria se abster de determinadas condutas.

Os princípios da legalidade, da irretroatividade da Lei, inviolabilidade do domicílio, liberdade locomoção, tolerância religiosa, estavam positivados enquanto garantias fundamentais. No âmbito penal, a prisão somente seria regra com a formação de culpa e revestida das devidas formalidades (art. 179, VIII, IX e X) o pagamento de fiança garantiria a liberdade durante o processo de conhecimento, a abolição de penas cruéis, humanizando a execução penal; a individualização das penas e a determinação para que um Código Criminal, fundado na Justiça e Equidade englobam determinações legais que diretamente influenciam o Código Criminal do Império, em virtude do *Zeitgeist* (HERDER, 1769, p. 164) ou ainda *objektiver Geist* (HEGEL, 1821, p. XVI).

4. O CÓDIGO CRIMINAL DE 1830 E SUAS QUESTÕES RELATIVAS À AUTORIA PENAL.

No contexto histórico da independência, fundamentando-se na filosofia do Iluminismo enquanto *Weltanschauung*, surge o Código Criminal do Império, em 1830, após três anos de debates no Legislativo e apreciação de dois projetos distintos. O ordenamento jurídico já previa sua elaboração, com a Constituição de 1824 (art. 179, §18). Um Direito Penal liberal, em conformidade com a Carta Magna, foi colocado em vigência, após sua aprovação pela Assembleia Geral.

A obra História do Direito Brasileiro afirma que: “o conteúdo do direito penal se desvinculara dos pressupostos metafísico-religiosos, logo, apenas a tutela de valores imanentes, referidos como interesses genéricos de convivência, seriam contemplados. A axiologia ético-religiosa foi afastada” (MARCOS, MATHIAS e NORONHA, 2014, p. 270).

Sérgio Buarque de Holanda (2004, p. 420) historia que o Código Criminal do Império é considerado um dos trabalhos mais elaborados do Legislativo brasileiro, destacando a admiração de juristas estrangeiros. A responsabilidade sucessiva por crimes de abuso de liberdade de pensamento foi outra inovação destacada pelo autor, onde a referida codificação criminaliza a autoria mediata.

Bitencourt (2012, p. 72) destaca o diploma como marco na América Latina, pelo seu pioneirismo em ser o primeiro código autônomo; que mesmo sendo influenciado pelo Código Penal francês de 1810, mostrou sua originalidade em diversos pontos. Os portugueses e espanhóis adotaram posteriormente o modelo brasileiro, pela meticulosidade técnica quando da sua elaboração, destacando-se também a pioneira adoção da pena de dias-multa.

A tradição europeia na elaboração do ordenamento jurídico é evidenciada por Holanda (2004, p. 420), quando este analisa a formação dos juristas brasileiros. A universidade de Coimbra era responsável por formar a maioria da intelectualidade, por política da metrópole, visando a imposição de uma perspectiva teórica oficial, ligada aos interesses da Coroa. Os estadistas do Império, a *intelligentsia*, imbuídos dos estudos desenvolvidos na Europa, foram os responsáveis por trazer as inovações do Código Criminal; posteriormente houve a criação de

cursos jurídicos no Brasil (1827), visando a formação do corpo administrativo e burocrático do Império. Portanto, muito embora sejam, a Constituição de 1824 e o Código Criminal de 1830, elaborações ocorridas no Brasil, a formação dos juristas responsáveis pelos projetos pioneiros, como José Bonifácio (grande mentor do constitucionalismo e independência (2012, p. 382-383)), além de, Bernardo de Vasconcelos e Clemente Ferreira (autores dos projetos para a codificação penal (MARCOS, MATHIAS e NORONHA, 2014, p. 270)).

O Código Criminal inicia com a sua primeira parte dedicada aos crimes e às penas, em seu Título I, Capítulo I, “Dos Crimes e dos Criminosos” traz o princípio da legalidade (art. 1), enquanto garantia individual contra arbitrariedades do Estado, enquanto Estado nacional. Consagrando princípios iluministas e positivando a garantia de não haver crime, delito ou figuras equiparadas, sem Lei anterior que assim o estabeleça (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), um dos pressupostos compartilhados por todos os iluministas, em acordo com mandamento constitucional já mencionado.

Logo em seguida, no segundo artigo, o crime é definido como toda ação ou omissão voluntária, em desacordo com as Leis penais. Neste ponto específico, denota-se que o Estado se dispõe a penalizar violações a regras positivadas, violações legais, estreitando o campo de ação do Direito, separando a moral do Direito (VORMBAUM, 2016, p. 45), mais um pressuposto comum aos iluministas (a intervenção mínima do Direito Penal). O crime seria violação a Lei penal, e não violação a um bem jurídico penalmente tutelado.

A filosofia penal de preponderância durante o período de elaboração e implementação do Código Criminal de 1830 era o causalismo, fundamentado nos pressupostos de uma visão de mundo (*Weltanschauung*) era permeada por paradigmas advindos das ciências naturais, sendo estas, consideradas o parâmetro verdadeiro na produção de conhecimento. Inserido no processo histórico, o Direito sofreu influência da Escola Positivista. Segundo Bobbio (1999, p. 136) o estudo do Direito como fato, e não como valor passou a ser principal repercussão desta visão filosófica, onde o Direito era aquele manifestado na realidade histórico-social, não importando a existência de um direito ideal, como era visto o Direito natural.

O conceito de crime, enquanto ofensa a Lei, segue também um entendimento que pressupõe a definição da conduta criminalizada, no intuito de evitar arbitrariedades, ou seja, de modo objetivo. O Código Criminal do Império positiva, então, a definição de critérios para identificação de autoria, em seu artigo 4º: “são criminosos, como autores, os que cometerem, constrangerem ou mandarem alguém cometer crimes”; percebe-se que há uma enumeração de critérios para tipificar o cometimento de crime, seja por mão própria ou autoria mediata. O domínio da conduta pode ser exercido, portanto, direta ou indiretamente pelo executor do tipo penal, por alguém constrangido ou ainda por terceiros que estejam agindo a mando.

O jurista Claus Roxin (2015, p. 6) estabelece que também as teorias objetivo-materiais utilizam-se de relações de causa efeito no estabelecimento da distinção entre autores, partícipes e instigadores, parâmetros utilizados nas ciências naturais na definição de fenômenos. Ao vincularem-se a tais pressupostos, realizavam a diferenciação aqui debatida por meio de critérios que revelam a opção metodológica vinculada ao causalismo.

O artigo 5º estabelece a figura penal do cúmplice, figura penal transmutada no atual partícipe, atribuindo tal caracterização àqueles que diretamente concorrem para a prática de crimes. A atribuição de atuação direta tem como fundamento o contexto histórico de sua época, onde o positivismo, preocupado em uma análise predominantemente fática e na limitação do poder do Estado, em uma perspectiva de Direito Penal liberal, adotando um modelo de codificação oriunda da França revolucionária, local onde havia uma desconfiança para com a magistratura, que deveria se ater a uma literal interpretação dos institutos jurídicos, estes emanados do Parlamento (MENDES, 2017, p. 59-61), todavia, no contexto brasileiro, onde existiu o Poder Moderador.

O diploma penal estende o conceito de cúmplice, em seu artigo 6º, 1º: “os que receberem ou ocultarem coisas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabê-lo em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberam ou compraram”; a segunda parte do artigo determina critérios igualmente objetivos para criminalizar a conduta daqueles que fornecem abrigo ou prestam seu imóvel residencial para a reunião de criminosos, sabendo que estes co-

meteram ou pretendem cometer algum crime; é perceptível, contudo, a questão do elemento dolo, quando da imputação, visas determinar melhor diferenciação entre os diferentes executores da conduta penal, diante das limitações dos critérios puramente objetivos (ROXIN, 2015, p. 4-7). O legislador imperial rejeitou o conceito unitário de autor (*Einheitstäterbegriff*), também conhecido como sistema unitário (ALFLEN, 2014, p. 165), apoiando a diferenciação desse para com o partícipe diretamente no texto legal.

O sétimo artigo traz a mitigação da liberdade de imprensa, tipificando o denominado “abuso da liberdade de comunicar os pensamentos”. A definição dos tipos penais constantes no sétimo artigo demonstra que os parágrafos 1 a 5 são dirigidos aos órgãos de imprensa. As condutas descritas indicam a isenção de responsabilidade para agentes que estejam atuando sob o domínio de outrem, em subordinação direta, desde que ocorra a identificação do mandante, o autor intelectual. Os critérios para determinação de autoria e punibilidade são expressos, independentemente de condição subjetiva para identificação de autoria.

Os fatores que levaram o Código Criminal do Império a positivar o artigo sétimo deriva da repressão exercida pelo governo imperial. Nelson Werneck Sodré (1999, p. 60-81) destaca a perseguição aos jornais, muitas vezes por alguns editores apresentares posicionamentos políticos divergentes da Coroa. Editores de orientação republicana eram perseguidos e muitas vezes agredidos fisicamente. Todavia, o mesmo destaca também a existência de setores fiéis ao Imperador Pedro I, uma vez que o movimento de independência, prontamente antecessor à codificação criminal, foi tido como uma solução de continuidade política, responsável por evitar grandes mudanças sociais; estas perspectivas se refletem no Direito, quando o Código Criminal, atrelado à Constituição, garante diversas liberdades individuais advindas do *Zeitgeist* iluminista, todavia, isenta o Imperador de responsabilidade, deixa com este a possibilidade de rever execução penal de qualquer julgamento, enquanto instância final e criminaliza atividades da imprensa.

A questão da autoria no Direito Criminal do Império, portanto, reflete as peculiaridades da organização social desenvolvida com a emancipação da Coroa Portuguesa, onde o Império brasileiro adotou um regime monárquico constitucional com características do Antigo

Regime. A inovação em determinar critérios objetivos para identificação de autoria e cumplicidade seguiam inspiração do Código francês de 1810, onde o ordenamento jurídico intentava uma limitação da atividade de interpretação dos magistrados, em virtude da ruptura com o regime anterior. Partindo de uma dogmática penal que considerava o crime uma violação a Lei, a descrição de autor era vista como meio de evitar arbitrariedades, contudo, resguardando da incidência penal a figura outrora sagrada do chefe de Estado, por este não se sujeitar ao Código, além de gozar de especial proteção.

Neste sentido afirma Wolkmer (2002, p. 73-90), que a formação liberal brasileira ocorreu em diferente contexto daquele acontecido na Europa, ou seja, neste continente o liberalismo foi responsável por formular uma nova mentalidade, nova orientação da sociedade, em contraposição ao Antigo Regime. Houve uma luta entre os burgueses e os aristocratas, no intuito de promover uma reformulação na organização social. No Brasil ocorreu processo diverso, com o liberalismo representando uma reordenação do poder nacional em torno das dominantes elites agrárias. Enquanto na Europa houve uma valorização do indivíduo, das liberdades contra o Estado, da consolidação do individualismo; no Brasil o liberalismo conviveu com a escravidão, a censura, o patrimonialismo, sendo um discurso canalizado para atender interesses de oligarcas monocultores e burocratas ligados à monarquia. O ordenamento jurídico, portanto, materializou as contradições da sociedade brasileira, enquanto *objektiver Geist*, as concepções culturais em sua manifestação histórica, consolidando o Direito enquanto realização que torna explícito o sistema de organização social, através dos seus diversos institutos, no caso específico, a autoria penal.

CONCLUSÃO

A positivação das leis, monopólio legal pelo Estado, controle do ordenamento jurídico, estruturação da Administração Pública, passaram a embasar a teoria política do Iluminismo e, conseqüentemente, influenciar nas lutas políticas ocorridas ao final do século XVIII e início do XIX, a filosofia iluminista inicialmente se dedicou a justificar

as origens do poder absoluto atribuído ao monarca, com Hobbes e sua obra *O Leviatã*, por exemplo. O ideário do contrato social, posteriormente, veio trazer a soberania ao povo, ainda que delegada posteriormente ao governante.

O sistema jurídico brasileiro foi inaugurado, de modo autônomo, com a Independência, em 1822. O processo conservou a forma monárquica, sob um regime centralizado no Imperador, sendo este fonte de Direito e detentor de legitimidade para julgar determinados casos em última instância; teorizado pelos Iluministas de primeira geração, o *legal absolutism* formou a organização social brasileira após a Independência, com legitimação em documento constitucional outorgado pelo monarca em 1824.

O Código Criminal do Império teve sua previsão estabelecida na Constituição de 1824, enquanto parte integrante do sistema jurídico que tinha o Imperador como poder máximo, seguido pela Carta Magna e, no caso específico, a codificação penal. O positivismo, o causalismo foram as teorias inspiradoras do Direito Penal do início do século XIX, quando da elaboração das leis.

A questão da autoria sofre influência do *Zeitgeist*, quando o legislador formula o instituto utilizando critérios advindos de uma perspectiva iluminista, garantindo as proteções reivindicadas, como propriedade, segurança jurídica, liberdade individuais e econômicas, dentre outras. O uso de critério objetivos para determinar a autoria, vai no intuito de seguir os citados pressupostos, todavia, as lutas políticas demonstram que a manutenção de um sistema centralizado, de caráter monárquico, expressa através do Direito os referidos conflitos, quando tipifica o abuso de liberdade de expressão, visando coibir a imprensa de fazer críticas ao governo imperial.

Ocorre a manifestação do *objektiver Geist*, ou seja, o Direito materializa em seu texto legal os conflitos e anseios sociais, demonstrando sua finalidade. A história demonstra os pressupostos para a construção das codificações e institutos nelas contidos. O instituto da autoria penal, por um lado servia para limitar a ação dos agentes de Estado, evitando arbitrariedades, por outro lado, atuava também, como fator que legitimava abusos de poder e controle social pela coerção, em contradição a pressupostos apregoados.

Referências

- ADORNO, T. W. e HORKHEIMER, M. *Dialetik der Aufklärung*. Amsterdam: Querido Verlag, 1947.
- ALFLEN, P. R. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014
- BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITTENCOURT, C.R. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Icone, 1999.
- ELIAS, N. **O processo civilizador**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.
- GROSSI, P. *A history of European law*. United Kingdom: Wiley-Blackwell, 2010.
- HABERMAS, J. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Icone Editora, 1999.
- HEGEL, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1821.
- HERDER, Johann Gottfried von. *Kritische Wälder*. Riga; 1769.
- HOLANDA, S.B. **O Brasil monárquico: o processo de emancipação**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- HOLANDA, S.B. **O Brasil monárquico: reações e transações**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando e NORONHA, Ibsen. **Histórias do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- MENDES, G.F. e BRANCO, P.G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil: uma interpretação**. São Paulo: SENAC, 2012.
- NOVELINO, M. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodium, 2016.
- ROXIN, C. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlim: De Gruyter Verlag, 2015.
- SCHMITT, C. *Der Hüter der Verfassung*. Berlim: Drucker und Humblot, 1996.
- SODRÉ, N.W. **História da imprensa no brasil**. Rio de Janeiro: Mauad Editora, 2007.
- VORMBAUM, T. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlim: Springer Verlag, 2016.
- WOLKMER, A. C. **História do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA ATUAÇÃO DO JUIZ CRIMINAL

Jefferson Borges da Cruz

Dimis da Costa Braga

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito referido no preâmbulo da Constituição Federal e consagrado em seu primeiro artigo impôs ao sistema de justiça penal uma série de adaptações.

Considerado o quadro histórico em que inserido o anterior texto constitucional – elaborado no conturbado e controverso contexto histórico do regime militar –, a nova ordem jurídica imposta pelo constituinte de 1988 obrigou à releitura e à adaptação da legislação criminal então vigente. Na novel democracia, a recepção ou não das normas penais pelo texto promulgado foi objeto de intensas análises ao longo das décadas que se lhe seguiram, circunstância fomentada pelo fato não terem sido elaborados novos Códigos Penal e de Processo Penal, ambos datados da década de 1940.

Nesse contexto está o problema do abuso de autoridade, cujo tratamento normativo remonta à revogada Lei nº 4.898, de 09.12.1965. Publicada pouco mais de mês após o Ato Institucional nº 2, segundo o qual “não pode haver paz sem autoridade, que é também condição essencial da ordem”, o diploma deu lugar à recém vigente Lei nº

13.869/2019, que passamos a examinar na perspectiva do magistrado na esfera penal.

ABUSO DE AUTORIDADE E A PROTEÇÃO DEFICIENTE DOS BENS JURÍDICOS POR ELA TUTELADOS

O direito fundamental à proteção e à segurança e a necessária limitação do arbítrio estatal fizeram do sistema de justiça penal não só uma estrutura jurídica formal da efetivação das garantias e liberdades individuais, exigindo-se também a expressão do dever de preservação da dignidade da pessoa humana (GOMES, 2007, p. 704).

Dessa premissa surge como corolário o dever do Estado de promover a proporcional e adequada tutela dos bens jurídicos sujeitos à violação por parte dos atores do sistema de justiça penal.

Se por um lado não pode o Estado atropelar a dignidade ao estabelecer procedimentos processuais penais arbitrários sob o manto da realização da justiça, por outro não pode ele violar a mesma dignidade ao deixar desprotegidos os bens jurídicos a ela inerentes. O excesso é proibido, mas também o é a insuficiência, de forma que os direitos humanos ou fundamentais não se convertam em mera declaração formal do Estado, a permitir a sua sistemática violação.

Como adverte DE GIORGI, é a partir dos direitos humanos que florescem, os princípios da propriedade, da igualdade e da proteção contra o Estado, nesta ordem, e depois da proteção por parte do Estado, cuja violação sistemática originam os apelos para serem respeitados, não por outro motivo direitos fundamentais puderam conviver por séculos com a escravidão (DE GIORGI, 2017, p. 325).

Em busca do equilíbrio dessas duas realidades – proteção dos excessos como da insuficiência à efetividade dos direitos fundamentais – surge a noção de garantismo positivo em contraposição ao garantismo negativo, lastreada no princípio maior da proporcionalidade: a limitação contra os excessos do aparato estatal deve ser conformada com a proteção de direitos fundamentais através do direito penal.

Esta construção da doutrina ganhou relevo com a decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de maio de 1993,

que considerou que o Estado deve atuar positivamente para garantir os meios normativos e materiais aptos a bem tutelar o bem jurídico, o que equivale a dizer que o legislador não pode se utilizar da proteção conferida pelo direito penal ao seu bel prazer (SANTIAGO, 2012, p. 79-80²²).

Este postulado advindo da doutrina e jurisprudência alemã é mencionado por STRECK (2005, p. 180), para quem a proporcionalidade possui uma dupla face, de proteção positiva e de proteção de omissões estatais: a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado (*Abwägung*) mas também da proteção insuficiente de um direito fundamental social, caso em que o Estado abre mão de fazer uso de certas sanções penais ou administrativas para proteger certos bens jurídicos, que se denominou por princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Esta dupla visão de Streck sobre o princípio da proporcionalidade no contexto da resposta penal veio a ser destacada pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 418.376-MS:

“A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, nas perspectivas do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental” (STF, RE 418.376-MS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9 de junho de 2006).

Nessa esteira, a Constituição define a proteção de um bem jurídico como objetivo a ser seguido, e incumbe ao legislador definir os meios e a extensão da proteção que lhe é dada (SANTIAGO, *Ibidem*).

Assente nestas bases doutrinárias e jurisprudenciais, emergiram durante as recentes décadas na comunidade jurídica brasileira questionamentos acerca da efetiva proteção conferida pelo diploma de 1965, sobretudo por conta dos frequentes episódios de truculência e violência policial.

22 STRECK atribui essa construção à Claus-Wilhelm Canaris na obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado (Grundrechte und Privatrecht)*.

Ao cominar penas de detenção de dez dias a seis meses nos delitos tipificados nos seus artigos 3.º e 4.º, a Lei nº 4.898/65 e os mecanismos nela engendrados seriam mesmo suficientes no cenário de dupla objetividade jurídica por si desenhados, aptos a tutelar concomitantemente os direitos individuais e liberdades fundamentais e a regular prestação dos serviços públicos? Ou haveria um descompasso entre a reprovação social da conduta e a resposta penal, à luz da tutela destes bens jurídico, designadamente por serem enquadrados como crimes de menor potencial ofensivo?

BRANCO, CAVALCANTE e PINHEIRO (2020, p. 12) apontam não haver dúvidas quanto à ineficiência da antiga Lei n.º 4.898/1965, pelas penas em sua maioria baixas, sem poder dissuasório, pelo que se fazia imperativa a aprovação de uma nova regulamentação.

Embora houvesse na lei revogada a previsão de um rito próprio, a moldura penal dos crimes previstos sujeitavam-nos indistintamente às medidas despenalizadoras dos juizados especiais, circunstância esclarecida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (Conforme decisão do STF no Habeas Corpus 163.282a/RO)²³. O desvalor da conduta praticada pelos agentes públicos em cotejo com a branda resposta penal deu suporte a uma premente discussão acerca da necessidade de reforma da lei.

Foi, contudo, com a expansão das investigações policiais e das ações penais relacionadas à criminalidade organizada de índole econômico-financeira (*white collar crimes*), e o amplo envolvimento de agentes políticos em atos de corrupção e correlatos – de que é exemplo maior o alcance pela justiça penal das mais variadas camadas do poder pela chamada Operação Lava Jato – que estas discussões ganharam impulso, culminando com a aprovação da hoje vigente Lei n.º 13.869/2019.

23 “Com o advento da Lei nº 11.313/2006, que modificou a redação do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 e consolidou entendimento já firmado nesta Corte, ‘consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa’, independentemente de a infração possuir rito especial”.(HC 163.282/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18.05.2010, DJE de 21.06. 2010)

MARQUES e SILVA (2020, p. 8) questionam: “qual o motivo de se pautar, em regime de urgência e com votação simbólica, não nominal, um tema tão importante e sensível, após ter ficado dois anos parado (...)? Afirma-se, pelos corredores do Congresso Nacional, que esta lei teve como objetivo esvaziar os poderes de investigação da Operação Lava Jato, blindando os parlamentares que ainda não foram objeto de investigações”.

Para FREITAS (2019), a polêmica Lei 13.869/2019 é fruto do inconformismo de parlamentares com certas ações policiais e iniciativas do Ministério Público e decisões de Magistrados.

Se em tempos anteriores a violência policial foi a principal hipótese motivadora dos intentos reformadores, com as ações penais de combate à corrupção e ao crime organizado a ela relacionado os holofotes recaíram sobre a atuação dos magistrados e membros do Ministério Público, designadamente no que toca aos possíveis abusos cometidos na condução do processo penal.

Todavia, não só agentes políticos apontavam a fragilidade da antiga Lei de abuso de autoridade. Conforme PRESSLER, o tratamento legal dessas condutas era de verdadeiros indiferentes penais, frente a bens jurídicos de dignidade, necessidade e utilidade constitucionalmente relevantes, ausente sistemática instrumental adequada para contenção dos coatores, incentivados a violar barreiras propositalmente frágeis (PRESSLER, 2005, p. 1). Não faltou quem apontasse que a prática de abusos por parte dos magistrados conduziria ao quadro reativo de determinados setores:

Todo esse ambiente de desrespeito aos mandamentos legais e constitucionais, com as tintas da “política de tolerância zero” e do “movimento de lei e ordem”, leva setores da sociedade a perder a noção da cogência das disposições fundamentais. (MAHMOUD, 2014, p. 99)

Seja porque a doutrina já alertava para a proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados, seja por conta da suposta retaliação política às medidas adotadas no âmbito policial e judicial que levaram à prisão parcela significativa dos congressistas na Operação Lava Jato, fato é que

a nova Lei traz inovações importantes respeitantes à magistratura criminal, prevendo uma série de novos tipos penais que circundam a sua atuação.

OS MAGISTRADOS SEGUNDO A NOVA ROUPAGEM DA LEI

A forte reação da magistratura, sobretudo no âmbito da Associação dos Juízes Federais (AJUFE)²⁴ não soa estranha, haja vista que os esforços para aprovação da nova lei surgiram no curso mais acentuado dos resultados da operação Lava Jato. Todavia, não se pode dizer que é de todo nova a responsabilização penal dos juízes no contexto do abuso de autoridade.

Com efeito, para além das previsões amplas do artigo 3º, o artigo 4º da revogada Lei nº 4.898/65 dispunha configurar abuso de autoridade da parte do magistrado ordenar medida privativa da liberdade sem as formalidades legais ou com abuso de poder, deixar de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe foi comunicada, levar à prisão quem se proponha a prestar fiança nos casos em que admitida e prolongar a execução de prisão temporária deixando de expedir em tempo oportuno o alvará de soltura.

No atual diploma, contudo, sinal de que a atuação dos juízes está sob nova perspectiva é o fato de a eles estar dedicado o inciso IV do artigo 2º, pelo qual resta evidente os membros do Poder Judiciário dentre os potenciais sujeitos ativos dos crimes nele previstos.

A Lei esclarece que o agente público pode praticar os crimes nela previstos ainda que não esteja no exercício das suas funções, bastando que aja a pretexto de exercê-las (artigo 1º, caput). Assim, para além das previsões que aderem à atuação cotidiana do magistrado na condução

24 Em 14.08.2019 a entidade emitiu nota sobre o Projeto de Lei aprovado na Câmara dos Deputados, apontando, entre outros pontos, que: "(...) O referido projeto tem como objetivo evidente enfraquecer o combate à corrupção, (...) vulnera a separação dos poderes e a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público e fornece poderosa ferramenta de retaliação contra Juízes/as, Promotores/as, Policiais e Fiscais em benefício de pessoas acusadas (...). Além disso, ao criminalizar supostas violações às prerrogativas dos Advogados, criminaliza também a própria atividade jurisdicional...".

do processo, também a ele caberá a sanção nos casos em que pretenda se eximir de obrigação legal ou obter vantagem ou privilégio indevido pelo simples fato de ocupar o cargo de magistrado, conforme previsão do artigo 33, parágrafo único, da Lei (prática vulgarmente conhecida como “carteirada”).

Tratando-se de crimes próprios que exigem do autor a qualidade de agente público, as infrações previstas na lei classificam-se também como tipos penais incongruentes, ou seja, para que se configurem é preciso que haja uma dentre quatro intenções especiais, um liame subjetivo transcendental, a saber, a finalidade específica de prejudicar outrem, ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou por mero capricho ou satisfação pessoal (§1º do artigo 1º).

Por serem crimes de ação pública incondicionada, surge um primeiro problema no campo da efetividade da aplicação do novo diploma: em toda e qualquer infração penal, caberá ao Ministério Público avaliar se houve dolo específico no agir do magistrado.

Este exame de cunho puramente subjetivo poderá tornar dificultosa e complexa a prova de tais intenções específicas, sobretudo ao levar-se em consideração que a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não poderá configurar crime. A atuação rigorosa do juiz muitas vezes vem calcada nos ideias de realização da justiça e promoção da segurança pública, motivo pelo qual o dolo que move o autor do crime deverá ter sido demonstrado satisfatoriamente por algum meio de prova.

Em que pese a lei insira a magistratura numa posição de destaque, para MARQUES e SILVA (2020, p. 9) ela não teve a mesma audácia no plano do garantismo positivo e da proibição da proteção insuficiente, motivo pelo qual a qualificam como mera lei simbólica.

Para confirmar esta tese, frisam os autores que em todos os crimes a pena mínima é igual ou inferior a um ano, o que torna possível a incidência do instituto da suspensão condicional do processo previsto no artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais). Cumprida esta, extinta é a punibilidade do agente, que permanece sendo primário e de bons antecedentes. Não sendo o caso de *sursis* processual, o agente será processado, mas nenhuma das penas nos novos crimes previstos supera os quatro anos e, sendo o agente primário, não há lugar à prisão

preventiva (conforme o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal), o que induz à conclusão de que se não haverá prisão ao longo do processo, o mesmo se diga quando da condenação, impondo-se lembrar que se as penas máximas não superam quatro anos, cabe o regime aberto de seu cumprimento (MARQUES e SILVA, *Ibidem*).

Completa este cenário a reforma da legislação processual penal operada pela Lei n.º 13.964/2019 (o chamado “pacote anticrime”), que introduziu o artigo 28-A na lei processual penal para possibilitar o acordo de não persecução penal, também uma medida despenalizadora que acarreta a extinção da punibilidade e a ausência de menções nos antecedentes criminais (§§12º e 13º do dispositivo).

As incongruências da lei face ao texto constitucional, segundo a visão da magistratura brasileira, já se encontram *sub examine* perante o Supremo Tribunal Federal, onde tramitam Ações Diretas de Inconstitucionalidade autuadas sob n.ºs 6.236 e 6.239, propostas respectivamente pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Nelas se defende em apertada síntese, que os dispositivos da Lei afetos à atuação jurisdicional ferem a Constituição ao avançarem no espaço próprio de atuação dos membros do Poder Judiciário, interferindo indevidamente na garantia constitucional do livre convencimento motivado e na independência judicial

INCIDÊNCIA DOS NOVOS TIPOS PENAIS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL

É neste cenário de aparente rigor simbólico e de discussões polêmicas sobre a (in)constitucionalidade da Lei que estão inseridos tipos penais voltados precipuamente à atuação do magistrado. Por opção metodológica, analisaremos cinco deles, formulando destaques aos possíveis pontos de controvérsia.

De longe, o dispositivo que mais tem causado temores nos variados setores da magistratura é o artigo 9º da Lei, que criminaliza e pune com detenção de um a quatro anos e multa o ato de decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais.

Tal disposição legal abrange a conduta do magistrado que, dentro de prazo razoável, deixar de relaxar prisão manifestamente ilegal, mas também as de não substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível, ou indeferir liminar ou ordem de *habeas corpus*, quando manifestamente cabível (parágrafo único, incisos I a III).

A apreciação subjetiva destas hipóteses é variável, e poucos são os parâmetros aos quais se possa apegar para compreender o que seria um direito manifestamente cabível, ou mesmo um prazo razoável.

Segundo FREITAS (2019), a manifesta desconformidade é um conceito subjetivo, e o que para uns pode ser claro, evidente e incontestado, pode não ser para outros.

De todo modo, cabe perquirir quais seriam as hipóteses que potencialmente indicativas de uma manifesta ilegalidade, a ser sempre sopesada frente ao dolo específico, elemento normativo do tipo como já referido.

A decretação ou manutenção da prisão ilegal abrange tanto as prisões processuais (prisão em flagrante, temporária e preventiva) quanto a prisão penal (decorrente da condenação).

No caso da prisão em flagrante, o artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal (CPP), com a redação que lhe deu a Lei nº 12.403/2011, exige do juiz uma análise acerca da necessidade da manutenção da prisão em audiência de custódia, devendo esta ser relaxada se ilegal ou convertida em preventiva, se cabível, sendo ainda possível a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.

O CPP não admite, portanto, a manutenção da prisão em flagrante por si só, o que equivale a dizer que não é porque o réu foi preso em flagrante que deverá ser mantido no cárcere.

Emerge de plano a possibilidade de ter-se por praticado o crime do artigo 9º nos casos em que os elementos constantes do auto de prisão demonstrem à sociedade tratar-se de flagrante forjado, ou ainda preparado ou provocado (hipóteses de crime impossível, nos termos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal).

Cabe ao juiz avaliar a legalidade do auto de prisão em flagrante no seu aspecto formal e no seu mérito (ou seja, se há situação de flagrância a teor do disposto no artigo 302 do CPP). Superada essa fase e homologado o auto, deverá fundamentar eventual imposição de medida cautelar

diversa da prisão ou converter a prisão em flagrante em preventiva, devendo ainda avaliar se é o caso de se conceder a liberdade provisória.

Ao adotar essa sequência lógica ditada pelo CPP, indaga-se: quais seriam os parâmetros minimamente objetivos a serem adotados para chegar-se à conclusão de que, *v.g.*, a conversão do flagrante em uma das dez medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal é manifestamente cabível?

Por certo a configuração do crime previsto no artigo 9º é de difícil prova, sobretudo se considerado o §2º do artigo 1º, pelo qual a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não é punível. Se não comprovado o dolo específico, previsível que funcionará como tese de defesa plausível a alegação de mera discordância quanto à interpretação da lei, fatos e provas.

Não obstante as dificuldades para se alcançar o conceito de medida manifestamente cabível ou prisão manifestamente ilegal, BRANCO, CAVALCANTE e PINHEIRO (2020, p. 69), apontam que para “além do sério problema existente no *caput*, as três condutas omissivas previstas no parágrafo único trazem outro grave defeito: não há qualquer parâmetro para que se avalie o que seja prazo razoável para efeito de análise da relevância da omissão”.

O legislador não apresentou parâmetro objetivo que permita conhecer o limite da razoabilidade para que o magistrado faça cessar algo que não se sabe bem o que é, leia-se, a definição de decisão em manifesta desconformidade com as hipóteses legais (2020, *Ibidem*).

A densificação normativa tal como posta poderá causar, segundo FREITAS (2011), temor nos magistrados que vislumbram inconstitucionalidade da norma e temem pela independência e imparcialidade da magistratura, primados constantes da Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo 10), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, inciso I), da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º), implicitamente da Constituição Federal (artigo 5º, inciso LIII, e 95, incisos I a III) e explicitamente na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, artigo 41) e no Código de Ética da Magistratura, editado pelo CNJ (artigo 1º).

A doutrina de BRANCO, CAVALCANTE e PINHEIRO (2020, p. 66) vislumbra como única possibilidade de incidência do artigo 9º

na seara penal “quando não houver qualquer análise do conjunto fático-probatório ou for proveniente de decisão completamente desprovida de fundamentação. Isso porque o juiz tem o dever de proferir sua decisão a partir da análise da prova dos autos, segundo seu livre convencimento motivado. Se o juiz profere sua decisão segundo tais critérios, ainda que de modo sucinto, não haverá crime, pois não se pode presumir o dolo nem se utilizar de interpretação extensiva em desfavor do réu”.

Chega-se à conclusão de que, para que se possa suscitar a aplicabilidade mínima do tipo penal em exame, poder-se ia cogitar a possibilidade de o magistrado criminal – imbuído de intenção de prejudicar outrem, beneficiar a si ou a terceiro, ou por capricho ou satisfação pessoal – ignorar por completo a fundamentação jurídica que negue o relaxamento de prisão em flagrante, não reconheça a ocorrência de comprovado flagrante forjado ou preparado, ou ainda, a comprovada violação das formalidades legais do auto e a inoportunidade de flagrante. Nos casos de aplicação das medidas cautelares e de deferimento de *habeas corpus*, a aplicabilidade da referida norma dependerá, igualmente, de uma atuação teratológica, totalmente desprovida de fundamentos jurídicos aplicáveis ao caso concreto.

No que pertine ao crime previsto no artigo 10º, que pune com pena de um a quatro anos de detenção, e multa, o agente que decretar condução coercitiva de testemunha ou investigado de forma manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo, a obscuridade dos parâmetros encontra-se fomentada pela inadiabilidade dos atos processuais, regra prevista nos artigos 535 e 411, §7º, do Código de Processo Penal (com as redações dadas pela Lei nº 11.689/2008).

Com efeito, haverá que se perquirir sobre a imprescindibilidade da prova faltante a fim de se avaliar se a ordem de condução coercitiva é proporcional e necessária, sendo também esta uma seara sujeita à subjetividade do julgador.

Menos nebulosa é a situação prevista no artigo 20 da Lei, que pune com detenção de seis meses a dois anos a conduta daquele que impede sem justa causa a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência (reservado o interrogatório ou a audiência realizada por videoconferência).

Nesta hipótese, como exemplo, poder-se-ia vislumbrar o cabimento das sanções do tipo penal para o magistrado que ordena que o advogado apresse-se na conversa reservada a fim de que a audiência não sofra atrasos e delongas.

No entanto, a definição de justa causa e prazo razoável – elementos do tipo – para esse efeito dependerá também de um exame apurado do caso em concreto, à luz do dolo específico exigido pela Lei.

É de se frisar que a mesma Lei n.º 13.869/2019 incluiu artigo 7º-B na Lei n.º 8.906/94, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, criminalizando a violação de direito ou prerrogativas constante dos incisos II a V do artigo 7º do diploma, dentre os quais está o direito de comunicação com os clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis. Neste caso, a sanção penal é menor que a constante do artigo 20 da Lei, situando-se entre três meses e um ano de detenção, e multa.

Relativamente ao tipo penal previsto no artigo 28 da Lei, a divulgação da gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, que exponha a intimidade ou a vida privada ou fira a honra ou a imagem do investigado ou acusado, é punida com detenção, de um a quatro anos, e multa, observa-se que a Lei n.º 13.869/2019 promoveu também alterações no regime das interceptações telefônicas (Lei n.º 9.296/1996), criminalizando a conduta do juiz que determina a interceptação, a escuta ambiental ou a quebra do segredo de justiça das audições com objetivos não autorizados pela lei.

Corolário da proteção constitucional conferida à vida privada e à honra, trata-se de medida que visa combater o chamado “vazamento de áudios”, em especial sem relação com a questão penal discutida.

O âmbito de subjetividade é relativamente reduzido nesta infração, eis que, diante do cenário processual penal em concreto será possível aferir se os diálogos cujo segredo foi levantado por decisão judicial guardam relação com o mérito da matéria criminal. Assim, *v.g.*, as sanções deverão recair sobre o magistrado que, imbuído de dolo específico, constrange o acusado de crime de branqueamento de capitais ao liberar o acesso à imprensa de trechos de conversas de cunho íntimo ou sexual.

Merece menção ainda o crime previsto no artigo 37 da Lei, relativo ao pedido de vistas abusivo. A norma pune com detenção de seis meses a dois anos e multa o magistrado que demorar demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento.

Observa-se que se trata de crime próprio que terá como autores, em regra, os membros de tribunais, por se exigir que o pedido de vista seja formulado em órgão colegiado. Há um reforço do dolo específico aludido no artigo 1.º, §º 1.º da Lei, visto ser imperioso o intento de procrastinar ou retardar o julgamento, elemento este que busca passar ao largo dos casos de desembargadores cujos gabinetes estejam abarrotados de processos, não lhes sendo possível dar o devido andamento por circunstância alheia à sua vontade.

Optou o legislador por não incluir nesta previsão o magistrado de primeiro grau que retém o processo em conclusão injustificadamente por período irrazoável, relegando-se tal circunstância às penas do crime de prevaricação, punido com detenção de três meses a um ano, e multa, conforme o artigo 319 do Código Penal, desde que presente dolo específico de satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

CONCLUSÕES

É consabido que o Estado Democrático de Direito não admite o arbítrio estatal, figurando a Constituição como instrumento limitador e garantidor.

Tão relevante quanto esta premissa é a necessidade de o Estado valer-se do direito penal – enquanto *ultima ratio* no contexto de intervenção mínima – para proteger bens jurídicos constitucionalmente sensíveis e de elevado *status*, caso das liberdades e garantias tuteladas pela nova lei de abuso de autoridade.

Se é certo que a nova lei teve por objetivo atualizar o vetusto enquadramento normativo da década de 1960, não menos certo é que momento e modo de sua aprovação justificou preocupações acerca da sua real finalidade, ante a atuação rigorosa de magistrados e outras autoridades no âmbito de investigações e punições de crimes graves frequentemente praticados por agentes políticos.

Reconhecendo que as críticas à legislação revogada também são justificadas, não há como negar que o diploma padece de certas fragilidades que poderão tornar falha sua aplicabilidade, nomeadamente de tipos penais de conceitos amplos e indefinidos.

Sobre esse fato se debruçará o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que contestam o teor legal – duas delas propostas por associações de magistrados –, bem como na interpretação concreta dos casos que lhe chegarem através de recursos ou *habeas corpus*.

À jurisprudência das instâncias intermediárias, por sua vez, compete encontrar um ponto de equilíbrio entre o agir rigoroso do magistrado conducente de um processo penal e o agir abusivo, mercedor de reprimenda do mesmo sistema de justiça penal que lhe abriga.

Afinal, se a Lei não poderá servir como instrumento de represália à magistratura, não menos certo é que eventuais excessos violadores das garantias e liberdades cometidos na condução do processo são intoleráveis no atual estágio da democracia.

Com efeito, tratando-se de bens jurídicos tutelados em tão elevada importância, espera-se que a interpretação da lei que os protege se dê absolutamente calcada na proteção suficiente dos direitos fundamentais, sem prejuízo da garantia da independência da magistratura.

O que não se pode admitir é que caia na inutilidade, como se deu com a revogada Lei 4.898/1965, pois, como afirma PRESSLER (2005, p. 19), “tratam-se de bens essenciais ao Estado Democrático de Direito englobando a pedra angular inafastável da dignidade da pessoa humana. Porém, apesar deste constitucionalismo verifica-se que a punibilidade nestas espécies delitivas é mitigada, acarretando evidente e errôneo processo de discriminalização, tendo em vista a relevância dos bens jurídicos-penais que se tutela.”

REFERÊNCIAS

AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil. Nota de repúdio ao Projeto de Lei de Abuso de Autoridade aprovado na Câmara dos Deputados. Brasília, 15 de agosto de 2019. Disponível em <https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias/12738-nota-de-repu->

dio-ao-projeto-de-lei-de-abuso-de-autoridade-aprovado-na-camara-dos-deputados. Acesso de 23 de março de 2020.

BRANCO, Emerson Castelo; CAVALCANTE, André Clark Nunes; PINHEIRO, Igor Pereira. Nova lei do abuso de autoridade: comentada artigo por artigo. Leme: JH Mizuno, 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de Ética da Magistratura. Publicado no Diário da Justiça, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em 03 de abril de 2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 03 de abril de 2020.

BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em 03 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n.º 418.376-MS, Rel. Min. Marco Aurélio. Voto do Min. Gilmar Mendes. Julgado em 09 de junho de 2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>. Acesso em 23 de março de 2020.

DE GIORGI, Rafaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. In: Revista Opinião Jurídica. Fortaleza: ano 15, n. 20, p. 324-340, jan./jun. 2017. Tradução: Diego de Paiva Vasconcelos. DOI: 10.12662/2447-6641oj.v15i20.p324-340.2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. Nova lei de abuso de autoridade é aprovada em clima de tensão. Revista Consultor Jurídico, 29 de setembro de 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-29/segunda-leitura-lei-abuso-autoridade-aprovada-clima-tensao>. Acesso em 24 de março de 2020.

- FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos da Lei de Abuso de Autoridade sobre a magistratura. *Revista Consultor Jurídico*, 1.º de dezembro de 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-01/reflexos-lei-abuso-der-autoridade-magistratura>. Acesso em 24 de março de 2020.
- GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antonio García-Pablos. *Direito Penal – parte geral*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. O abuso de poder no direito penal brasileiro. Brasília: IDP, 2014. Disponível em <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1536/O%20Abuso%20de%20Poder%20no%20Direito%20Penal%20Brasileiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03 de abril de 2020.
- MARQUES. Gabriela Alves Campos; SILVA, Ivan Luís Marques da. *A nova lei de abuso de autoridade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- PRESSLER, Gustavo de Souza. Paradigmas para uma crítica ao delito de abuso de autoridade. *Aduaneiras.com.br*, 2005. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131107.pdf>. Acesso em 03.04.2020.
- SANTIAGO, Paulo Roberto Sampaio. *A proteção deficiente da lei de abuso de autoridade: desproporcionalidade por deficiência da proteção penal do estado democrático de direito*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista da Aju- ris*, Porto Alegre: Ano 32, nº 97, março de 2005.

HISTORICIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: DE SILVA FERRÃO À REFORMA DE 1984

Alexandre Graciano Da Silva

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz uma explanação sobre a evolução histórica das ideias penais, discriminando as várias épocas e fases pelas quais o direito penal atravessou em sua marcha progressiva, acompanhando o desenvolvimento das relações humanas e o incremento da complexidade e dinâmica social. O texto traz momentos marcantes do passado enfatizando os tipos de castigos que, desde os tempos mais remotos, eram aplicados aos delinquentes. À medida que a sociedade evolui em suas relações intersubjetivas abrindo espaço aos discursos humanitários, com a busca pelo respeito à dignidade da pessoa humana, opera-se o abrandamento das sanções criminais com a extinção, ou pelos, a tentativa, dos suplícios e horrores inomináveis nos cárceres.

Na sequência, será abordada a introdução do direito penal no Brasil e o conseqüente desenvolvimento do ordenamento jurídico-penal. Demonstrar-se-á a evolução da dogmática penal pátria, progredindo de um sistema meramente retributivo da pena, com a utilização de castigos cruéis, a exemplo de muitos outros países da época, até o surgimento das ideias de ressocialização do delinquente.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL E DA PENA

A violência é uma característica intrínseca à natureza humana. Tal situação fez com que fossem estabelecidas regras de convivência nos primórdios da civilização, discriminando condutas proibidas passíveis de sanção. Surgiu o direito penal antes mesmo de qualquer rascunho de organização estatal. Sua história está visceralmente ligada à história da pena.

A evolução da humanidade levou ao surgimento do Estado que buscou monopolizar a distribuição da Justiça, definindo regras de comportamento e penalizações para os desvios considerados lesivos à coletividade. No esteio dessas ideias, René Ariel Dotti, ao transcrever o texto do juriconsulto português Silva Ferrão, na obra *Theoria do Direito Penal*, vol.1, p. XXX/XXXI, com grafia original, editada em 1856, demonstra claramente o contexto em que se inseria o direito penal da época aplicado nas nações consideradas modernas.

A historia do direito penal é uma historia de crimes moraes, de tyrannias, de horrores, de tormentos, e de sangue, que fazem estremecer a humanidade, que hoje contempla os factos, e que não póde, na presença delles, deixar de recuar tremendo. Parece impossivel, que hovessem legisladores, juizes, executores da alta justiça, a representar activamente nas repetidas scenas de supplicios os mais variados, todos corporaes, todos afflictivos, a respeito dos quaes a imaginação do homem procurasse com esmero a preferência e a invenção de martyrios os mais dolorosos contra seres da mesma espécie, contra irmãos, contra filhos. Os homens, peóres que as feras, a pretexto de punir os maleficios, commeteram crimes mais reprehensiveis, que os que pretenderam reprimir. Deram o exemplo de crueldade, da violação dos direitos individuaes, e dos da propriedade. (DOTTI, 2004, p.124)

Ilustra-se que, inicialmente, a atuação do Estado na aplicação das penas mostrou-se rígida, severa e de cunho claramente tirânico, com sanções tidas hoje como inimagináveis por sua desumanidade, revelan-

do um regozijo em provocar sofrimentos atrozes por parte dos operadores do direito e seus executores, em apresentações bizarras eivadas de dor e encharcadas com o sangue de seus semelhantes.

O direito penal é abordado em períodos distintos traduzindo o grau evolutivo de cada época, devendo por isso proceder-se ao estudo histórico da legislação penal de forma autônoma das ideias penais. Os períodos são assim divididos historicamente: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico. (SCHECARRIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 23)

Os períodos são distribuídos em etapas ou fases classificando-se de acordo com a espécie de aplicação da pena. Inicia-se pela fase primitiva que engloba a vingança privada, vingança divina e vingança pública. (ARAGÃO, 1972, p. 26)

A vingança privada data dos primórdios da civilização, em uma época totalmente carente de qualquer forma de administração da Justiça. Imperava a força que, por vezes, não tinha como alvo o infrator, recaindo nos membros da tribo ou família. Não havia limites na resposta à agressão, desconsiderando qualquer proporcionalidade em relação ao injusto original. O sistema guardava uma extrema hostilidade, denotando uma reação puramente instintiva, sem nenhum apreço humanitário. Segundo Thaís Montelero Antunes:

As principais penas desse período são as de “Perda da Paz” e a “Vingança de Sangue”. A primeira delas se justificava pela necessidade de cooperação entre os indivíduos e era aplicada contra um membro do próprio grupo. Ao infringir uma das normas, o indivíduo era banido do grupo social, deixando-o sem proteção e à mercê dos grupos inimigos, condenando-o assim à morte. A pena da “Vingança de Sangue” era aplicada quando a vítima pertencia a um determinado grupo social que, para se vingar do crime cometido, lutava contra o grupo agressor, iniciando-se assim verdadeira guerra grupal. (ANTUNES, 2016)

Ainda na fase primitiva, em algumas comunidades, havia a crença de que o comportamento delituoso do indivíduo de algum modo atingia a divindade, transferindo-se a responsabilidade pela punição aos

sacerdotes, evidenciando o começo do período da vingança divina. O respeito às divindades fica mais patente quando se trata das civilizações do antigo oriente em que as leis penais tinham um forte viés religioso. O foco era apelar a ira dos deuses impondo aos agressores castigos cruéis no intuito de reconquistar a simpatia e benevolência dos seres supremos. A pena era vista como uma ação de cunho reparatório fortemente influenciada pela ideia de vingança privada que dava lugar ao império da lei do mais forte. O objetivo central da sanção era impor ao delinquente uma retratação em face da divindade, denotando um contexto permeado de sacralidade. (SCHECARIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 24-26)

O cunho divino do direito penal vai perdendo força com o desenvolvimento social e o incremento da complexidade das relações humanas. O poder particular cede espaço ao poder dos soberanos, centralizando a resposta sancionatória aos delinquentes e, de certa forma, tornando-as oficiais. Despontam os entes públicos com um discurso inicial de ter como objetivo fundante uma maior proteção da coletividade. Na realidade, tudo não passava de ilusão. A organização do Estado e a centralização do poder acabou por criar soberanos despóticos com poderes absolutos. Não encontravam limites na persecução penal e agiam de acordo com sua conveniência, carente de qualquer segurança jurídica. A população encontrava-se a mercê dos humores de seus senhores, sendo submetida a castigos cruéis, assim retratada na visão de Basileu Garcia:

Para se ter ideia do que representou no passado o sistema de atrocidades judiciárias, não será necessário remontar a mais longe que há três séculos. Na França, por exemplo, ainda depois do ano de 1700, a pena capital era imposta de cinco maneiras: esquartejamento, fogo, roda, forca e decapitação. O esquartejamento, infligido notadamente no crime de lesa-majestade, consistia em prender-se o condenado a quatro cavalos, ou quatro galeras, que se lançavam em momento em diferentes direções. A morte pelo fogo verificava-se após ser amarrado o condenado a um poste, em praça pública, onde era o corpo consumido pelas chamas. E costume houve, também, de imergir o sentenciado em chum-

bo fundido, azeite ou resina ferventes. O suplício da roda era dos mais cruéis: de início, o paciente, que jazia amarrado, era esbordado pelo verdugo, até se lhe partirem os membros. Em seguida era colocado sobre uma roda, com a face voltada para o céu, até expirar. (GARCIA, 1956, pp. 15 e 16)

Os cidadãos eram tratados de forma desigual pelos detentores do poder, poupando os abastados dos castigos mais severos, enquanto os menos aquinhoados eram punidos impiedosamente, carentes de defesa e entregues à própria sorte.

As sanções de caráter penal sofrem abrandamento adquirindo uma feição mais humanitária, com vistas ao atendimento da dignidade da pessoa humana, na fase denominada humanística, concentrando-se a pena na privação de liberdade, universalizando a sanção penal, inclusive com a substituição da pena capital que se mostrava ineficaz no combate à criminalidade. (SCHECARIA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 33)

A dinâmica social impõe ao direito que acompanhe as mudanças trazidas no século XVIII pela evolução em diversas áreas do saber, como a Filosofia, as Ciências, as Artes, entre outros. Esse período é conhecido como “século das luzes”. O direito penal foi alvo de críticas relacionadas às sanções criminais por castigos cruéis, torturas e a imposição de sofrimentos desmedidos, com vistas, única e exclusivamente, à retribuição. Surge a reflexão sobre a necessidade de discussão de medidas de prevenção da criminalidade em oposição ao caráter meramente punitivo. A pena de prisão passa a constituir um paradigma na estrutura da punição. Segundo Ana Messuti:

(...) ante a grande variedade de atos que podem constituir um delito, a resposta foi se uniformizando pouco a pouco, até converter-se praticamente em uma só(...). De maneira que se eu tiver traído meu país, vou para a prisão; se matei meu pai, vou para a prisão; todos os delitos imagináveis são castigados do modo mais uniforme. Parece-me ver um médico que para todos os males emprega o mesmo remédio. Produz-se um fenômeno semelhante à aparição da moeda nas relações comerciais. (MESSUTI, 2003, pp. 26 e 27)

O exercício do direito penal toma o caminho da legalidade, deslocando a visão de punição do infrator como vingança ou retribuição para a busca de formas de prevenção da criminalidade. Na lição de Thiago da Nova Telles:

(...) todas as lesões jurídicas contradizem o fim primordial do Estado, qual seja: a criação e manutenção de condições que permitam a vida em sociedade. O Estado tem, portanto, legitimidade para criar institutos que impeçam a ocorrência dessas lesões jurídicas. Estes institutos devem ser coativos – sem que se excluam, entretanto, as instituições éticas, como a educação e a religião – e, principalmente, de coerção física, devendo atuar de duas formas: com anterioridade, impedindo uma lesão jurídica ainda não consumada, e com posterioridade, obrigando o indivíduo a reparar a lesão causada. (TELLES, 2008, p. 17)

Os maiores expoentes nessa época foram Cesare Bonessana e John Howard. O primeiro, também conhecido como Marquês de Beccaria, era filósofo, provindo de uma família abastada que, aos 27 anos, publicou na cidade de Milão, em 1764, o clássico “*Dei delitti e dele pene*”. Na sequência, John Howard publica, no ano de 1777, na Inglaterra, a obra “*The state of prisons in England end Wales*”. Na condição de *sheriff* de Bedford, Howard demonstrou uma paixão sobre o tema das condições das prisões. Em várias viagens por diversos países europeus constatou que, a exemplo do que acontecia em seu condado, as prisões de muitas nações eram úmidas, sem ventilação, escuras, infestadas por piolhos e carrapatos, disseminando vírus e causando muitas doenças. Sua obra buscava conscientizar as autoridades a dispensar um tratamento mais digno aos reclusos, ressaltando a necessidade de se construir presídios mais adequados sob o ponto de vista sanitário. (BITTENCOURT, 1993, pp. 44 e 45)

Encerrando a classificação dos períodos tem-se a fase científica contemporânea. Também conhecido como período criminológico, teve seu despertar por volta do ano de 1850, no século XIX, e contou com expoentes como Cesare Lombroso, tido como criador da Antropologia Criminal, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. Ressalta-se nesse

período o estudo mais científico e metodológico do direito penal, com foco no delinquente e a razão pela qual delinquia. Teve forte influência das teses positivistas, principalmente da teoria determinista e evolucionista. Digna de destaque a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

O movimento Criminológico iniciou-se com os estudos de César Lombroso, com a publicação da obra *Luomo Delinquente studiato in rapporto, all antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie*, expondo suas teorias e abrindo nova etapa na evolução das ideias penais. Aborda o crime como manifestação da personalidade humana e produto de várias causas. Lombroso estuda o delinquente do ponto de vista biológico. Criou com seus estudos a Antropologia Criminal e, nela, a figura do criminoso nato. (MIRABETE, 2002, p. 40)

Lombroso inaugurou um estudo do crime como fenômeno biológico, contrariando a Escola Clássica que considerava o ato delituoso como ente jurídico. O cientista acreditava na delinquência nata porque via no homem um ser atávico, selvagem. Realizou um estudo de grande magnitude para identificar características comuns, físicas e psicológicas, em delinquentes vivos e cadáveres, na busca de poder identificar estigmas com potencial criminoso. A sua grande contribuição para a Criminologia foi a elaboração da teoria sobre o “homem delinquente”, resultado de mais de 25 mil análises em reclusos de prisões europeias, bem como aproximadamente 400 autópsias. (MOLINA; GOMES, 2013, p. 188)

Outro expoente da Escola Positivista, discípulo de Lombroso, foi Enrico Ferri, autor da obra “Sociologia Criminal”, defendendo a tese de que alguns delinquentes poderiam ser recuperados, inaugurando um novo paradigma no direito penal. Aprofundando mais a pesquisa de seu mestre, Ferri destacou a possibilidade de recuperação do criminoso, abrindo caminho para estudos mais direcionados à ressocialização. Na esteira desses pensamentos, vale destacar a contribuição de Raffaele Garofalo, outro discípulo de Lombroso, através de sua obra denominada “Criminologia”, definiu que o fundamento da responsabilidade do delinquente encontrava-se na sua periculosidade. Ademais,

concluiu que o objetivo principal da pena era a prevenção social. Sofreu críticas por vacilar na crença da ressocialização defendendo a pena de morte em alguns casos. (RIBEIRO JÚNIOR, 2009)

As fases históricas supramencionadas não representam uma ruptura entre si, mas, são o resultado da evolução e transformação do pensamento humano, de forma que resquícios de cada fase ainda são perceptíveis atualmente.

2 A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL E AS PENAS NO BRASIL

A história das sanções penais no Brasil começa a ser contada mesmo antes do seu descobrimento. Os índios organizavam-se em tribos que indicavam diferentes níveis de evolução. O costume abarcava toda a noção de justiça da época. O direito penal estava representado pela prática da vingança, seja ela privada, coletiva ou por meio do talião. A praxe era capturar prisioneiros das guerras tribais para rituais antropofágicos, simbolizando verdadeiros troféus obtidos na peleja. (RIBEIRO JÚNIOR, 2009)

Por razões óbvias, o sistema de direito penal brasileiro, desde do descobrimento, foi ancorado no direito português. O Brasil, no período colonial, esteve inicialmente, submetido às Ordenações Afonsinas até o ano de 1512. Na sequência, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas que perduraram até o ano de 1569. Após, vigorou o código de D. Sebastião até o ano de 1603, quando finalmente as Ordenações Filipinas entraram em vigor completando o ciclo desse período. Esta última teve suas sanções penais compiladas e publicadas no Livro V das Ordenações do rei Filipe II, sendo por este motivo conhecida como o primeiro Código Penal do Brasil. As punições ainda traziam um forte viés religioso, com práticas desumanas que refletiam o período medieval. As execuções aberrantes foram muito bem descritas nas palavras de Eliana Descovi Pacheco:

As penas eram severas e cruéis (tais como: açoites, degredo, mutilação, queimaduras, etc.), e visavam difundir o temor pelo castigo. Além da larga cominação da pena de morte, executada

pela força, com torturas, pelo fogo, etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e os galés. Aplicavam-se, até mesmo, a denominada “morte para sempre”, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefava-se vagarosamente, vindo ao solo, ficando ali exposto, até que o ossamento fosse recolhido pela Confraria da Misericórdia, o que se dava uma vez ao ano. (PACHECO, 2007)

A Constituição do Império trouxe a determinação de se organizar um código criminal, com vistas a promoção da justiça e equidade. O Código Criminal do Império do Brasil, mesmo ainda trazendo algumas imperfeições, como o tratamento diferenciado aos escravos, a vinculação de vários delitos ainda ao viés religioso, e a manutenção da pena de morte pela força em alguns crimes, representou um avanço legislativo. O progresso na aplicação do direito penal mostrava-se indiscutível. Apesar de não totalmente cumprida, como no caso dos escravos, estava prevista a igualdade de todos perante a lei, e ficava instituído que a pena ficaria restrita à pessoa do delinquente, em uma clara evolução na comparação como os ordenamentos anteriores.

A proclamação da República trouxe consigo a revogação do Código Criminal do Império do Brasil e a edição do Código Criminal da República. Em razão do contexto da época, foi exigida celeridade na sua elaboração, redundando em alguns problemas que mereceram críticas, como a de Aníbal Bruno:

O primeiro Código Penal da República foi menos feliz que o seu antecessor. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pode assinalar, fundadamente, graves defeitos, embora muitas vezes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se à ideia de sua reforma, e menos de três anos depois de sua entrada em vigor, já aparecia o primeiro projeto de Código para substituí-lo. (BRUNO, 1959, p. 166)

A primeira Constituição da República, promulgada em 1891, trouxe a abolição das sanções consideradas cruéis, em atendimento à dignidade humana, como a pena de morte, a de galés e a de banimento judicial de caráter perpétuo. O Código Criminal da República de 1890, atendendo a uma demanda mais humanizada, trazia em seu bojo

a previsão das penas de prisão, banimento temporário, interdição, suspensão ou perda de emprego público e multas. (PACHECO, 2007)

As falhas contidas no Código Criminal da República provocaram uma verdadeira enxurrada de leis esparsas com o objetivo de retificação ou complementação. O resultado não poderia deixar de ser a criação de uma imensa confusão, dificuldade de aplicação e o incremento da insegurança jurídica.

Urgia a necessidade de atacar o problema. Foi designado o desembargador Vicente Piragibe que recebeu o encargo de reunir todas as leis penais esparsas e consolidá-las em um único documento. O resultado do trabalho foi a composição de quatro livros, reunindo um total de quatrocentos e dez artigos. Surgia um esboço de Estatuto Penal Brasileiro. Editado através do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, a então denominada Consolidação das Leis Penais de Piragibe vigorou até 1940. (PACHECO, 2007)

A Constituição brasileira de 1937 reflete o surgimento de um novo período dominado por um regime político de cunho autoritário que ingressa no país. Diante da suspensão das garantias individuais inseridas no próprio texto constitucional, surgiu a necessidade de revisão do código vigente. O eleito para essa tarefa foi o jurista Alcântara Machado. O projeto de Código Penal foi elaborado e, após a análise de uma comissão revisora, composta por Néelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, foi publicado em maio de 1938, recebendo a denominação de Código Penal de 1940, com sua entrada em vigor definida para 1º de janeiro de 1942. (FADEL, 2012)

Vale ressaltar que, apesar da incumbência de elaboração do projeto do Código Penal ter sido destinada a Alcântara Machado, seu trabalho sofreu várias adaptações pela comissão revisora dando azo a comentários, como o de Basileu Garcia que afirmava que “o Código não corresponde exatamente ao Projeto Alcântara Machado, pois muitas modificações viscerais foram realizadas pela comissão”. (GARCIA, 1956, p. 127)

A promulgação da Constituição de 1946, no pós-guerra, representou o retorno ao regime democrático, surgindo a necessidade da edição de um novo Código Penal. Elaborado o anteprojeto pelo jurista Nelson Hungria, sua apresentação ocorreu em 1963. Após a submissão a duas comissões revisoras, o anteprojeto foi convertido no novo

estatuto por via do Decreto-lei nº1.004, de 21 de outubro de 1969. (RIBEIRO JÚNIOR, 2009)

A lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, revogou o estatuto de 1963 após ter sido submetido a vários aditamentos. Uma nova comissão de juristas foi formada para a elaboração de um novo projeto, agora prevendo um Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal.

O resultado de todos os esforços despendidos pela comissão foi a reforma da parte geral do Código Penal, levada a efeito pela lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que entrou em vigor em 13 de janeiro de 1985; e o aperfeiçoamento de dispositivos criminais com a edição da lei nº 7.210, publicada na mesma data da anterior. Este diploma legal é conhecido como Lei de Execução Penal. Merece destaque algumas inovações introduzidas na legislação penal, segundo Magalhães Noronha:

As maiores e mais sensíveis modificações e inovações introduzidas dizem respeito à disciplina normativa da omissão, ao surgimento do arrependimento posterior, à nova estrutura sobre o erro, ao excesso punível alargado para todos os casos de exclusão de antijuridicidade, ao concurso de pessoas, às novas formas de penas e à extinção das penas acessórias, à abolição de grande parte das medidas de segurança com o fim da periculosidade presumida. (NORONHA, 2000, p. 64)

A legislação penal brasileira vem evoluindo desde o período colonial, muitas vezes experimentando retrocessos autoritários influenciados pelo contexto de cada momento histórico. A dogmática penal contemporânea vem atendendo a uma política criminal cada vez mais crítica quanto ao uso da aplicação da pena. A legitimidade do Estado em intervir na vida e liberdade do cidadão, deve se restringir às condutas mais lesivas e perigosas, enaltecendo o princípio da fragmentariedade do direito penal. O presente artigo demonstra que, desde os primórdios da civilização, as sanções criminais representavam ações violentas, inicialmente privadas, e depois, com o desenvolvimento das relações sociais e a organização do Estado, públicas. A legitimidade estatal para a imposição de sofrimentos ao indivíduo não prescinde do respeito estrito à legalidade e aos direitos fundamentais. A *ultima ratio* do direito penal não deve ignorada, sob pena de violar o Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Após uma breve explanação histórica das épocas e fases do direito penal e das penas aplicadas nos vários momentos vividos pela sociedade, percebe-se a marcha para a humanização dos castigos. À medida que o ser humano evolui moralmente, nas ciências exatas e humanas, nos pensamentos filosóficos, torna-se inadmissível a manutenção de um tratamento bárbaro aos indivíduos, mesmo na condição de delinquentes.

A vingança de privada passa a ser pública e ganha uma estruturação com viés mais laico, derrogando os castigos perpetrados para aplacar a fúria dos deuses. A pessoa humana ganha destaque e tem a preservação de sua integridade elevada a patamares mais altos, em uma incessante busca pelo alcance da dignidade de todos. Os gritos de liberdade, igualdade e fraternidade, se fazem ouvir nos cantos mais remotos do globo, exercendo grande influência na legislação penal de vários países que, premidos pelos apelos das massas, antes relegadas ao descaso, não encontram outra forma de atuação senão o abrandamento dos suplícios, a extinção das penas cruéis e infamantes, a promoção de uma justiça mais equânime.

Apesar de parecer que a evolução do direito penal ocorreu de forma linear e sempre progressiva, em direção à humanização e ao respeito à pessoa do delincente, isso não reflete uma verdade histórica. O caminho percorrido pela humanidade está repleto de momentos de avanços e retrocessos que, apesar da inconstância evolutiva, ao final e ao cabo, está alcançando uma resultante positiva no que diz respeito às vedações dos excessos punitivos, bem como a rejeição da ideia de punição como medida apenas de retribuição.

Os momentos históricos do direito penal são simbolizados pelas penas que os representam em cada uma de suas fases. O desenvolvimento das relações humanas remeteu ao abrandamento das sanções, deixando estas de serem apenas formas de vingança para buscarem uma utilidade social e a recuperação do apenado. A dogmática penal contemporânea não se coaduna com excessos punitivos de qualquer espécie, pregando a operação do direito penal apenas quando estritamente necessário, para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Thaís Montelero. **O Direito Penal e as sociedades da antiguidade**. Disponível em: < <https://thaisantunes01.jusbrasil.com.br/artigos/339931347/o-direito-penal-e-as-sociedades-da-antiguidade>>. Acesso em fev 2019.
- ARAGÃO, Nancy. **Você conhece o Direito Penal?** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1972.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – Causas e alternativas**. São Paulo: Revistados Tribunais, 1993.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. v. I. tomo 1, 1959.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal, Parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. **Breve história do direito penal e da evolução da pena**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve_historia_do_direito_penal_e_da_evolucao_da_pena.pdf>. Acesso em fev 19.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956, v. 1., t. 1.
- MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antônio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, parte geral**, 2002. São Paulo. Atlas.
- MOLINA, Antonio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 35ª ed. Atualizada por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

PACHECO, Eliana Descovi. **Evolução histórica do direito penal.**

In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 39, mar 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3751>. Acesso em jan 2019.

RIBEIRO JÚNIOR, Eurípedes Clementino. **A história e a evolução do Direito Penal brasileiro.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-historia-e-a-evolucao-do-direito-penal-brasileiro,25441.html>>. Acesso em fev 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TELES, Thiago da Nova. **Afinal, por que se pune? Prática Jurídica**, Ano VII, n° 71, 2008, p. 15-20.

A PRISÃO DOMICILIAR DE MULHERES MÃES SENTENCIADAS COM FILHOS MENORES

Rita de Cássia Chagas Barbosa

1 INTRODUÇÃO

Este artigo delinea-se na perspectiva de investigar sobre a prisão domiciliar que venha compor a estrutura familiar, na qual busca-se responder, a partir do objetivo geral, se prisão domiciliar para mulheres mães constitui um fator preponderante para a sua socialização.

Hoje, aproximadamente 38 mil mulheres brasileiras encarceradas são mães e estão longe dos seus filhos e dos seus lares. A maioria, jovens entre 18 e 35 anos, negra ou parda, solteiras, com baixa escolaridade, baixa renda e relatos de vulnerabilidade social bastante equivalente. A maioria é suspeita do crime de tráfico de drogas, por comercializarem, transportarem e para o próprio consumo, e outras, já condenadas por cometerem crimes contra o patrimônio (INFOPEN, 2014).

De acordo com dados do INFOPEN (2014), o tráfico de drogas é o crime com o maior número de mulheres envolvidas, chegando a um total de 27% de todos os crimes que têm o feminino envolvido. O homicídio fica para trás com um percentual de 17%. Os dados que remetem à criminalidade no feminino evidenciam situações muito diferentes da realidade masculina, sendo um dos exemplos mais recorrentes, o tráfico de drogas, em que a figura feminina tende a ser muito mais expressiva do que as dos homens.

A INFOPEN (2014) ainda traz dados referentes à comparação carcerária entre homens e mulheres. O instituto ao referir-se à ligação dos crimes de tráfico de drogas, os homens respondem apenas por 25% desse crime, enquanto as mulheres chegam a quase 70% dos encarceramentos em função desse ato. Esses dados em relação aos crimes de roubo por parte dos homens, chega a ser três vezes maior que os outros citados.

Diante disso, o Poder Judiciário brasileiro opera prendendo, julgando e condenando essas mulheres, sem levar em consideração o fato de que existem medidas alternativas possíveis para amenizar tal sofrimento, em que violam seus direitos, sem a mínima condição de atuarem na sociedade (ONU, 2010).

Vivendo atrás das grades, distante da possibilidade de socialização com os filhos no contexto familiar onde poderia estar agregada a valoração afetiva entre ambos, mudando totalmente o quadro de confinamento e abandono a que foram submetidas e onde o cárcere é um lugar de extrema exclusão social, essas mulheres enfrentam discriminação e, muitas vezes, a falta de apoio dos amigos e familiares (Doig, 2009).

O mais preocupante entre afastamento de mães encarceradas e seus rebentos, é a dificuldade nas visitas onde as mulheres se mantêm reclusas, de maneira que à medida que dificulta o contato com os filhos, a possibilidade de essas mulheres serem abandonadas pela família só aumenta. Os filhos absorvem o sentimento de abandono por falta de informações das mães e todas essas questões geram a quebra do vínculo afetivo, educacional e social (Soares, 2009).

Para que não haja essa quebra do vínculo mãe/filho, a mulher encarcerada tem o papel principal de guardiã das crianças que, especialmente no campo da psicologia, teve apoio teórico, como também na teoria do vínculo mãe-bebê, em que todas as consequências desastrosas foram resultantes da quebra desse vínculo, (Nascimento, 2017).

Assim, essa investigação poderá ser um contributo para os pesquisadores que buscam aprofundarem sobre o encarceramento feminino e a prisão domiciliar de mulheres mães que foram sentenciadas, além de configurar um material de apoio para demonstrar como a prisão domiciliar pode contribuir de facto com a condição de socialização e humanização do sistema carcerário.

2. O FEMININO NO SISTEMA CARCERÁRIO

2.1 Introdução

A situação que abarca o sistema carcerário feminino no Brasil é preocupante. A quantidade de mulheres presas chega a 42 mil, sendo essas em sua maioria, mães e esposas que, por meio do crime, hoje vivenciam a realidade através dos muros de uma prisão (Nascimento, 2016). Diante o exposto, esse primeiro capítulo buscará discorrer a situação em que se encontram essas mulheres, os crimes que as levaram à reclusão e, por fim, os direitos humanos e a violação dos mesmos no sistema carcerário.

2.1 O Crime no feminino

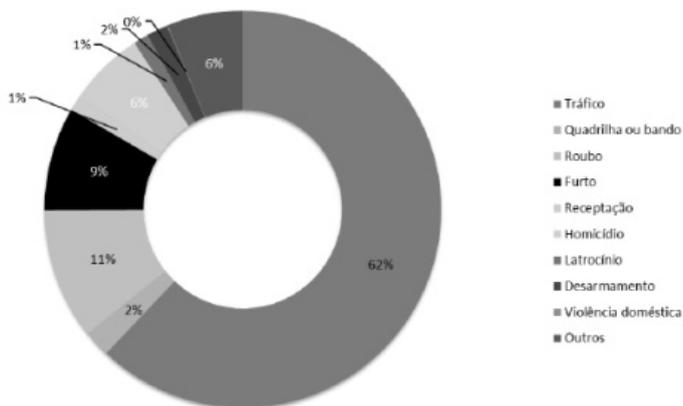
O fenômeno que abarca a criminalidade feminina no Brasil ainda é pouco estudado. Os crimes que envolvem a mulher muitas vezes se encontram no cenário social, cujas características envolvem tanto a sub-existência quanto os crimes de paixão, como afirma França (2014).

O autor ainda traz uma reflexão sobre a representação da mulher no campo da criminologia. A porcentagem ainda é menor do que a dos homens que cometem delitos. A mulher “é vista pelos estudiosos a partir de duas vertentes no que tange à tendência delituosa e a vertente psico-orgânica, (...) como uma forma de compensar uma provável tendência agressiva, algumas delas, acabam fazendo uso da prostituição, por exemplo” (Ilgenfritz, 2009, cit in. França, 2014, p.213).

E é nessas duas vertentes, mente e corpo, que se faz presente a figura delituosa da mulher. Com isso, muitas questões ainda precisam ser respondidas para que de fato, haja uma compreensão mais clara sobre os delitos que envolvem as mulheres.

Essa compreensão da natureza dos crimes tentados ou consumados por mulheres que já se encontram condenadas ou aguardam o julgamento, tem, segundo o INFOPEN (2018) um cenário bem delimitado que contempla um fluxograma que vai desde a fase do inquérito policial até a fase da execução. Nesse caminho evidenciam-se diversos crimes que vão desde aqueles sem violência, aos crimes que têm sua ligação com o tráfico de drogas e o latrocínio, qual seja, roubo seguido de morte, conforme dispõe o gráfico 01:

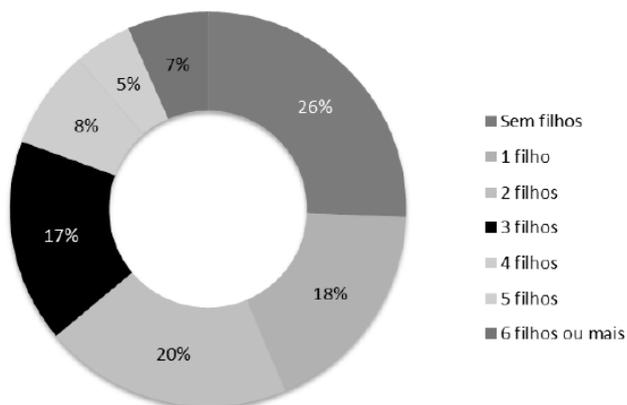
Gráfico 01. Distribuição dos crimes tentados/consumados entre os registros das mulheres privadas de liberdade.



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

Percebe-se que no Brasil, exista uma maior incidência de crimes do tráfico, com 62% das encarceradas, seguidos do furto com 9% e os demais, com uma incidência menor. Isso demonstra que o acesso aos crimes de tráfico tem sido mais visível entre as mulheres encarceradas, o que se dá muitas vezes pela promoção e facilidade em vender e ganhar muito dinheiro. Já em relação aquelas que possuem filhos, essas são segundo o gráfico 02:

Gráfico 02. Número de filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN, Junho/2016.

No país, o número de encarceradas que não possuem filhos é de apenas 26%. Já 18% tem apenas um filho, 20% possuem 2 filhos, 17% das reclusas são mães de 3 filhos, 8% tem 4 filhos, 5% possuem 5 filhos e 7% são aquelas que possuem mais de 6 filhos, totalizando, assim, 74% das reclusas mães.

No caso da prisão domiciliar, essa surge para substituir a prisão cautelar como elemento humanizador, em que as mulheres que atendem os requisitos do CPP-Código de Processo Penal, venham requerer esse benefício que contribuirá com o seu vínculo familiar (Castelo, 2017).

Segundo Castelo (2017) nas hipóteses do art. 318 do CPP, que configura os direitos das mulheres mães que se encontram encarceradas, para a sua garantia efetiva os tribunais superiores têm buscado verificar se há a aplicabilidade da lei e se todas as mulheres têm esse acesso.

Quadro 01. Prisão Domiciliar

PRISÃO DOMICILIAR NA LEP - ART.117	PRISÃO DOMICILIAR NO ART. 318 CPP
É substitutiva da prisão em regime aberto. Prisão-pena.	A prisão domiciliar é substitutiva da prisão preventiva cautelar.
Inc. I – Requisito idade – maior de 70 anos	Inc. I – requisito idade maior de 80 anos.
Inc. II – Doença grave	Inc. II – Exige que a pessoa esteja extremamente debilitada por doença grave.
Inciso III – Se refere a filho menor	Inc. III – Cita o menor de 6 anos de idade
Inc. IV- Gestante	Inc. IV – Gestante no 7 mês ou gravidez de alto risco.

Segundo o Ministério da Justiça (2015,p.29) “no plano internacional, em dezembro de 2010, à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou as regras mínimas para tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei, as chamadas Regras de Bangkok”.

2.2 Os Direitos Fundamentais e a sua violação

A violação dos Direitos Fundamentais das mulheres começa pelo desrespeito que elas vivenciam no sistema carcerário que tem demons-

trado claramente através das ações e das rotinas nos presídios, principalmente aqueles inerentes à sua sobrevivência. Em relação à violência desses direitos das mulheres, mas por sua vez não se encontram apenas na Convenção dos Direitos Humanos, mas perpassa, segundo Souza e Silva (2015) pelo campo da dupla moralidade social, por envolver o gênero e os preconceitos inerentes à figura feminina, discorrendo sobre a fragilidade e a figura materna.

Para Almeida (2016) esses direitos vêm sendo cerceados desde o século XVI, no antigo Brasil Colônia, que teve as legislações portuguesas implementadas no país. A autora ainda demonstra, em sua obra, uma linha tênue de sofrimento que vai desde o início do século XX em que as mulheres eram presas juntamente com os homens e os escravos, até a sua separação, ocorrida na década de 40. Contudo, separá-la não aliviaria as dores e seus direitos negados.

Hoje, quando essas mulheres ingressam ao sistema prisional, o ato de encarceramento é para elas uma enorme cicatriz que levaram para o resto da vida. Esse estigma se dá por se sentirem responsáveis pela cisão familiar. Assim, quando há a ressocialização, ela “está voltada à “restituição” do papel esperado pela sociedade, de esposas e mães exemplares, devotadas às suas famílias” (Souza e Silva, 2015, p.8).

Rogério Grecco (2017) ao discorrer sobre os direitos da pessoa humana sob a luz da constituição brasileira, coloca o Estado como aquele dentro do sistema penitenciário, que mais desrespeita a dignidade da pessoa. Essa interpretação foi feita com base na forma pela qual os reclusos são tratados. Para o autor, o Estado deveria garantir a recuperação desses sujeitos, ao invés de querer se vingar e punir severamente aquele que não atende aos padrões da sociedade. Diante o exposto, que urge a necessidade da implementação da prisão domiciliar da mulher.

3 A PRISÃO DOMICILIAR DA MULHER

3.1. Introdução

No Brasil, a prisão domiciliar é considerada uma medida cautelar que vem substituir a prisão preventiva, possibilitando à mu-

lher com os seus filhos, uma reclusão mais humanitária, longe do cenário dos problemas carcerários; para o Estado, a redução da população carcerária e das despesas inerentes ao sustento do encarcerado pode ser efetivada com penas alternativas, como a prisão domiciliar.

3.2 A aplicabilidade desse benefício

Para as mulheres, esse benefício se tornou mais específico com a criação do Estatuto da Primeira Infância, conhecida como Lei 1257/2016, que visa adotar políticas públicas que possam contribuir com a primeira infância das crianças, quando elas necessitam de um acolhimento maior por parte dos responsáveis, com o intuito de ter assegurado o seu desenvolvimento pleno.

Os dados levantados indicam uma população de 74% das mulheres privadas de liberdade, que têm filhos. Em comparação aos homens, para o mesmo período, esses são apenas 53% dos que se encontram no sistema prisional, declarando não ter filhos. Com isso, fica mais clara a desigualdade em que a sociedade persiste, principalmente sob aquelas que, para além dos cuidados domésticos, ainda se submetem ao trabalho externo (INFOPEN, 2016).

Diante disso, a INFOPEN (2016) aponta para uma importante desigualdade na distribuição de filhos entre homens e mulheres no sistema prisional e demandam, assim, a formulação de serviços e estruturas penais capazes de responder, por um lado, à possibilidade de institucionalização da criança e, por outro, aos efeitos da separação da mãe na vida das crianças e comunidades.

Em consonância a esse levantamento feito pela INFOPEN Mulher, a própria Lei 12.403/2011, conhecida como a lei das cautelares, vem trazer a possibilidade de substituição da prisão preventiva dada pelo Juiz, pela prisão domiciliar, no caso de crianças menores de 6 anos, ou filhos deficientes, ou quando gestante de alto risco.

Quadro 02. Prisão domiciliar / pena

Legislação	Garantia
Regras de Bangkok	“Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças, tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a detenção, levando em consideração o melhor interesse das crianças.” (Regra n.2 – Bangkok)
Lei de Execução Penal	“Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado!> (Regra n.64)
	“Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de condenada gestante”. (Art.117,IV,LEP)
Código de Processo Penal	“Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: III – Imprescindível aos cuidados especiais de pessoas menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV- gestante a partir do 7. (Sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”. (Art. 318,III,IV, CPP).

Fonte: Ministério da Justiça, 2015, p. 31

Os direitos existem, contudo, a sua aplicabilidade ainda não se mostra efetiva para todas as mulheres, principalmente em um país em que a maioria das mães da periferia criam seus filhos sozinhas ou com a ajuda dos avós. Frente a esse cenário, em 2018, numa decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal veio reconhecer o pedido de Habeas Corpus Coletivo de São Paulo, n. 143.641, concedendo a todas as mulheres condenadas por tráfico de drogas – e que sejam mães de menores e ou gestante – a prisão domiciliar.

3.4 A importância da família no processo de recuperação da reclusa

Ainda em relação aos direitos fundamentais da mulher, a convivência familiar é considerada, por muitos, o alicerce da casa, e quando essa estrutura se rompe há uma busca incessante para a sua reconstrução. Com isso, surge a necessidade da acolhida familiar no contexto da reclusão das mulheres. Essas, em muitos casos, são aquelas mulheres que gestam o seio familiar e que promovem a união de seus pares e, quando acometidas por um problema como a reclusão, nada mais confortante do que ter o direito a conviver dentro dos limites propostos pelo Estado, com sua família.

O encarceramento por si só já proporciona uma dificuldade muito complexa de relações entre os familiares e seus entes encarcerados. E, no caso das mulheres, essa rejeição se torna muito maior, e seu contato com os filhos são ainda mais complicados.

No caso das gestantes que se encontram privadas de liberdade, essas, quando chega o momento do parto são transferidas para presídios com estrutura para acolher a mãe e o recém-nascido, quando recebem alta de um hospital público.

Para ilustrar esse cenário, Diuana et.al (2017) traz uma realidade de exclusão de direitos, em que a convivência mãe-filho que tem uma diferenciação de estado para estado, não tem sido efetivada. Há estados no Brasil que comportam separadamente todas as reclusas gestantes e que tenham o filho perto até completar 1 ano de idade, essa permanência também se modificando de região para região.

4 A EXECUÇÃO PENAL E A APLICABILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR

4.1. Introdução

Conhecida como LEP, a Lei de Execução Penal, Lei 7.210 aprovada em 1984 vem assegurar diversos direitos daqueles que se encontram encarcerados. Tais direitos poderão ser analisados sob o prisma da prevenção geral, da prevenção especial e da reeducação para a sua inserção social, a posteriori. Segundo Cunha (2016), a prevenção geral surge com o intuito de prevenir a existência de qualquer prática ilícita, preservando assim, a sociedade e o sujeito que tem seu bem jurídico maior, que é a vida sendo protegida. No campo da prevenção especial, essa vem cumprir a imposição dada pela execução da pena. Ou seja, ela atua de forma incisiva com aqueles que acometeram um ato ilícito. Já o caráter reeducativo, esse vem a ser aplicado no contexto do cumprimento da pena, fazendo com que seja proporcionado ao recluso, condições suficientes para que sua inserção a sociedade, possa o cumprimento da sua sentença.

4.2. Os Direitos na Execução Penal

Já os direitos específicos do gênero, Cunha (2016) ainda traz os direitos que se estendem, inclusive, ao homoafetivos. No caso do travesti, ser-lhe-ão assegurados a manutenção do seu tratamento hormonal e psicológico enquanto passarem pelo processo de modificação do corpo, e das LGBTs há a garantia de separação do espaço conforme o desejo da reclusa, além de terem seu direito a serem chamadas pelo nome social escolhido – além da garantia do acompanhamento médico para as mulheres gestantes; formação profissional e técnica para as reclusas, a garantia de ter nos estabelecimentos prisionais femininos apenas funcionárias mulheres, salvo quando não houver um corpo técnico especializado que não tenha nenhuma mulher efetiva e, nesse caso, sempre haverá uma mulher acompanhando a reclusa. Para além desses direitos, há também alguns artigos específicos, conforme ilustra o quadro abaixo:

Quadro 03. Direitos garantidos pela Lei de Execução Penal

Direitos	Lei de Execução Penal - ARTIGOS
A pré-natal e pós-parto	Art. 14. § 3 Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009).
Educação Profissional	Art. 19. Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.
Funcionários femininos para atender a reclusa	Art. 77. A escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância atenderá a vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais do candidato. § 2º No estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado.
Respeito ao Idoso	Art. 82. § 1 A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. (Redação dada pela Lei n. 9.460, de 1997)
Socialização	Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (Redação dada pela Lei n. 11.942, de 2009)

Direitos	Lei de Execução Penal - ARTIGOS
Creche para os filhos das reclusas	<p>Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei n 11.942, de 2009)</p> <p>Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei n2 11.942, de 2009)</p>
Assistência aos filhos	<p>Art. 92- I - atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei n. 11.942, de 2009) II - Horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei n. 11.942, de 2009)</p>

Fonte: Adaptação de Cunha, 2016.

Diante desse quadro, percebe-se que o sistema penitenciário feminino tem que assegurar à mulher direitos que ultrapassam apenas a sua realidade prisional. A maioria deles atende o bem-estar da família e o direito que seus filhos têm diante da situação de reclusão de sua mãe.

Além dos direitos inerentes à saúde da mulher, são elencados também o acompanhamento no pré-natal e após o parto, bem como toda a infraestrutura que deverá compor o cenário do estabelecimento prisional, para acolher essas crianças que estarão com suas mães no processo de amamentação em um ambiente inclusivo, com direito a berçário e creche para abrigar os maiores de 6 meses e os menores de 7 anos, cuja responsável seja apenas a mãe quando lhe for negada a prisão domiciliar.

No que se refere à prisão domiciliar no Brasil, a Lei de Execução Penal traz as exceções com base no art. 117 que vem mencionar que esse benefício residencial só poderá ser oferecido àqueles condenados que tiverem mais de 70 anos, ou em caso de uma doença grave, ou uma condenada com criança menor ou deficiente físico ou mental, e a gestante com uma gravidez grave (Cunha, 2017).

Conclusão

A prisão domiciliar de mulheres mães sentenciadas com filhos menores, tema dessa dissertação buscou conhecer como funciona o Sistema Prisional domiciliar e como as mulheres julgadas e condenadas poderiam ter acesso a ela.

Ao longo da investigação foi possível traçar o contexto das mulheres presas no Brasil, bem como os crimes cometidos no feminino e principalmente a violação dos Direitos Fundamentais das mulheres.

O interesse por essa temática após conhecer diversos casos de mulheres pobres, negras e jovens que em sua maioria se encontravam em vulnerabilidade e que por esse motivo, não tinham condições de terem um bom advogado e a defensoria, infelizmente, não conseguia acessar a todas elas devido o grande volume de processos a serem julgados. E, com essa investigação foi possível proporcionar benefícios aquelas que necessitam de ajuda com base no conhecimento da lei que possa contribuir com uma ressocialização da reclusa por meio da prisão domiciliar.

Além do contexto carcerário feminino no Brasil, foi descrito ao longo do texto o surgimento da prisão domiciliar e a convivência familiar como direito fundamental da mulher. Para aprofundarmos sobre esse viés, essa temática vem corroborar com a construção do conhecimento sobre a efetivação da lei da prisão domiciliar.

Embora seja constatado a efetivação imediata desse benefício, com base na decisão do Supremo Federal em face do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, esse benefício ainda se encontra longe de contemplar a todas as mulheres que atendem ao perfil do documento. O governo reconhece que há a necessidade de um controle maior dessa população carcerária com o intuito de atender a todas que tem esse direito garantido por lei.

Por se tratar de um tema novo, poucos foram os estudos encontrados na literatura estrangeira o que configurou-se na investigação como uma limitação na pesquisa teórica. Contudo, mesmo com poucas publicações, a temática se fez presente e atual neste trabalho e acreditamos que irá contribuir com a formação científica daqueles que buscarão aprofundar sobre a prisão domiciliar para mulheres/mães sentenciadas.

Dessa forma, pode-se concluir que embora haja um esforço do governo federal em implementar a lei, e essa tema de um acórdão do Supremo Tribunal Federal, a mesma ainda se encontra sem ação, tendo em vista que para efetivar a lei e atender a demanda existente, será necessário um planejamento em que por meio de políticas públicas, possam reunir diversas secretarias (Saúde, Justiça, Assistência Social) para que juntas, possam efetivar aquelas que tem direito, a prisão domiciliar.

Assim, essa temática ainda necessita de um acompanhamento mais aprofundado com o intuito de contribuir com a construção e caminhos para atender aos anseios dessas reclusas que buscam uma recuperação com mais dignidade e a efetivação da lei.

Referências

- Almeida, S.M. (2016). *Educação de Mulheres e Jovens Privadas de Liberdade: vulnerabilidade socioeducacional e contingências da privação*. Jundiaí, Paco Editorial.
- Bitencourt, C. R. (2010). *Tratado de Direito Penal (Parte Geral 1)*. 15. ed. São Paulo, Saraiva. p.523.
- Barreta, P. A.(2011) . *Estatística Aplicada às Ciências Sociais*. 7 edição. Ed. da UFSC, p. 85-88.
- Bussab, W. O. e Morettin, P. A. (2010). *Estatística Básica*. São Paulo, Editora Saraiva.
- Brasil (1941). *Código de processo penal*. Decreto-lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. Brasília, Senado. [Em linha]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.[Consultado em:20/04/2018].
- Brasil (1984). Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, 11 de julho de 1984. Brasília, Senado. [Em linha]. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. [Consultado em:20/04/2018].
- Carvalho, T.P.C.B. (2014). *Controle jurisdicional da execução da pena de prisão – direito de acesso a um tribunal pelo preso*. Dissertação de Mes-

- trado em Direito com especialização na área de Especialização Ciências Jurídico Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. [Em linha]. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/35047/1/Controle%20Jurisdiccional%20da%20Execucao%20da%20Pena%20de%20Prisao%20Direito%20de%20Acesso%20a%20um%20Tribunal%20pelo%20Preso.pdf>>. [Consultado em: 20/04/2019].
- Cunha, R.S. (2016). *Execução Penal para Concursos: LEP*. 6. ed. rev., atual, e ampliada. Salvador, Juspodivm.
- Cunha, M. I. (2007). A reclusão segundo o género: os estudos prisionais, a reclusão de mulheres e a variação dos contextos da identidade. In AAVV, *Educar o Outro: As Questões de Género, dos Direitos Humanos e da Educação nas Prisões Portuguesas* (80-89), Coimbra, Portugal, Publicações Humanas.
- Diuana, V.; Corrêa, M. C.D.V e Ventura, M. (2017). Mulheres nas prisões brasileiras: 727 tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. *Physis Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 27 [3]: 727-747. Disponível em: <2017<http://www.scielo.br/pdf/physis/v27n3/1809-4481-physis-27-03-00727.pdf>>. [Consultado em: 21/08/2018].
- Doig, A. (2011). Themes from the state crime literature: labels. In H. Croall (Ed.), *State crime*, pp.39-79.
- Dores, A. P., Pontes, N. & Loureiro, R. (2013). *Prison conditions in Portugal*. European Prison Observatory. Rome, Italy, Antigone Edizioni.
- França, M.H.O. (2014). Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de género. *Revista Ártemis*, Vol. XVIII nº 1; jul-dez. pp. 212-227 <http://periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/viewFile/22547/12510>>. [Consultado em: 20/10/2018].
- Greco, R. (2017). *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 4 ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ, Impetus.

- Hair Jr., J.F.; Black, W.C.; Babin, B.J.; Anderson, R.E. & Tatham, R.L.(2009). *Análise multivariada de dados*. 6.ed. Porto Alegre, Bookman.
- Julião, E.F. & Rita, R.P.S. (2014). *Privação de Liberdade: desafios para a política de Direitos Humanos*. Jundiaí, Paco Editorial.
- Leal, M.C. et al. (2016). Birth in prison: pregnancy and birth behind bars in Brazil. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(7), pp. 2061-2070. [Em linha]. Disponível em:< http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/en_1413-8123-csc-21-07-2061.pdf>.[Consultado em: 27/06/2019].
- Lima, R. B. de (2017). *Código de Processo Penal*. 2. ed. rev. e atual. Salvador, Juspodivm.
- Makki, S.M;Santos, M.L. (2018).Gênero e criminalidade: Um olhar sobre a mulher encarcerada no Brasil. *Revista Âmbito Jurídico*. [Em linha]. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8080&n_link=revista_artigos_leitura>.[Consultado em: 20/10/2018].
- Magalhães, M. N. E Lima, A. C. P.de. (2000). *Noções de Probabilidade e Estatística*. São Paulo, IME-USP.
- Melo, N.C. (2018). A prisão domiciliar no Brasil – Previsões legais da prisão domiciliar. *Revista Jurisway*. [Em linha]. Disponível em:< https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19643>.[Consultado em: 20/11/2018].
- Montgomery, D.C. (2009). *Introduction to Statistical Quality Control*. Sixth Edition John Wiley & Sons, Chapter 5.
- Montgomery, D. C.; George C. R. (2009). *Estatística Aplicada e Probabilidade Para Engenheiros*. 4ª edição, São Paulo, Editora Ltc, p.14.
- Nascimento, R.M.C. (2016). Encarceramento feminino: a seletiva porta de entrada e a distorção “realidade-garantias” do sistema penal. *Revista Jusnavegandi*. [Em linha]. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/51192/encarceramento-feminino>>. [Consultado em: 10/11/2018].

- Pacelli, E. (2017). *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Atlas.
- Pagano, M.; Gauvreau, K. (2004). *Princípios de Bioestatística. Tradução da 2ª edição norte-americana*. São Paulo, Pioneira Thomson Learning.
- Rangel, H. (2007). Social strategies and prison education in Europe: an overview and reflection. International Watch on Education in Prison, Canadá Université du Québec à Montréal, Departamento de Ciência Política e Educação. [Em linha]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782007000100007>. [Consultado em: 27/06/2019].
- Sampaio, L. M. C. C. (2011). *O sentido das prisões: funções e impactos da reclusão*. Tese de Mestrado, Universidade do Minho, Braga, Portugal.
- Siegel, S. (1975). *Estatística Não-paramétrica Para as Ciências do Comportamento*. São Paulo, McGraw-Hill, p. 256.
- STF (2018). *2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente*. [Em linha]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. [Consultado em: 30/11/2018].
- Sousa, F. M. (2009). *Discursos de reclusos: reincidência, reeducação e perspectivas de integração social*. Tese de Mestrado, Universidade do Porto, Porto, Portugal.
- Souza, M.V.C; Silva, I. A. (2015). A realidade das mulheres presas no Brasil. *Revista Jus*. [Em linha]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30504/a-realidade-das-mulheres-presas-no-brasil>>. [Consultado em: 20/10/2018].
- Wayne W. D. (2004). *Biostatistics: A Foundation for Analysis in the Health Sciences*. 10th Edition, p. 730-740.
- Wirth, M.F.P.(2018). A mulher atrás das grades. *Revista Âmbito Jurídico*. [Em linha]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4977>. [Consultado em: 10/11/2018].

Valenzuela, J. (2018). *Hacia um estándar de prueba cautelar em matéria penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva*. Polit. Crim. Vol. 13, n. 26, pp.836-857. [Em linha]. Disponível em:< http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A5.pdf>. [Consultado em: 28/06/2019].

Zar J. H. *Biostatistical Analysis*. Upper Saddle River. NJ: Prentice-Hall, 5th Edition, p.379-385.

POLÍTICA CRIMINAL E TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS NA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA: REFLEXÕES INTERDISCIPLINARES

Breno Pedrosa Fermin

Jefferson Rodrigues De Quadros

INTRODUÇÃO

Na região da tríplice fronteira amazônica, compartilhada entre Brasil, Colômbia e Peru, o tráfico internacional de drogas constitui modalidade criminosa que se destaca em comparação com as demais infrações penais. Muito embora os aludidos países disponham de legislações e adotem políticas específicas para a reprimenda ao tráfico de drogas, no âmbito da efetividade, ocorrem debilidades.

A compreensão e análise criminológica sobre a prática de tal delito, na região, enseja um olhar interdisciplinar devido às peculiaridades regionais, uma vez que imprescindíveis para o (re)desenho de qualquer política criminal.

O tráfico internacional de drogas ilícitas constitui modalidade criminosa organizada de natureza transnacional, cuja repercussão perpassa fronteiras geográficas: a sua dimensão demanda a análise de diversos fatores criminológicos e geopolíticos, como os sociais, econômicos, culturais e políticos para a efetividade das suas políticas criminais de repressão. A região em estudo é considerada uma das principais portas de entrada de cocaína no território brasileiro, sendo constante objeto

de discussões governamentais de planos de segurança voltados para a região. Os dois países andinos, Colômbia e Peru, estão entre os maiores produtores mundiais de cultivo de coca, matéria prima para a produção de cocaína; e o Brasil, por sua vez, não apenas é apontado como um grande mercado consumidor, mas também se apresenta como rota de escoamento das drogas.

Em decorrência do volume de ilícitos transnacionais relacionados ao tráfico de drogas que ocorrem na região da tríplice fronteira amazônica, especificamente, entre as cidades de Tabatinga (BRA), Leticia (CO) e a ilha de Santa Rosa (PE), perante um olhar comum, a região é estigmatizada pela prática de ilícitos com drogas. Todavia, a temática é complexa e demanda conhecimentos históricos, culturais, sociais, econômicos e políticos da região transfronteiriça para efeito de interpretar a realidade, bem como analisar a efetividade das políticas de repressão ao tráfico de drogas na região da tríplice fronteira amazônica.

Desprovido do propósito de esgotar o tema, sob o viés indutivo, o presente artigo tem como objetivo provocar uma reflexão sobre as debilidades das políticas criminais para a repressão ao crime de tráfico internacional de drogas na região da tríplice fronteira amazônica, especificamente nas cidades de Tabatinga (Brasil), Leticia (Colômbia) e Santa Rosa (Peru). Para tanto, pretende-se responder a seguinte pergunta: quais são os possíveis fatores que influenciam nas debilidades de efetividade das normas que regulam as políticas de repressão ao tráfico de drogas na região da tríplice fronteira amazônica?

Para efeito de ordem de apresentação, em uma primeira etapa, aborda-se o contexto atual do tráfico internacional de drogas no Brasil; em um segundo momento, sobre as legislações específicas dos três países; no terceiro ponto apresentam-se características da tríplice fronteira; e por fim, é realizada abordagem sobre a (in)efetividade das políticas de repressão ao tráfico de drogas na região da tríplice fronteira. Em seguida, considerando as temáticas abordadas, resulta permitido formar a conclusão do presente estudo.

Para efeito de balizar, metodologicamente a pesquisa, empregou-se o método indutivo, fundamentado mediante o conhecimento

empírico da região, devidamente, amparado por investigações bibliográficas realizadas em livros, textos de lei, internet, reportagens jornalísticas e na literatura especializada. Trata-se de um estudo exploratório qualitativo, de natureza interdisciplinar, apto para abordar um objeto de pesquisa ainda pouco explorado pelas ciências jurídicas e sociais, podendo proporcionar maior esclarecimento do problema relativo às complexidades e debilidades de execução das políticas criminais de repressão ao crime de tráfico internacional de drogas na região da tríplice fronteira amazônica, objeto de estudo.

1. CONTEXTO CONJUNTURAL DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS

O problema mundial das drogas não pode ser resumido em uma única esfera. A questão demanda responsabilidade e cooperação entre os Estados, principalmente por ser uma atividade ilícita que se desenvolve através das fronteiras de diversos países, permitindo a atuação do crime organizado e constituição de facções criminosas voltadas para o narcotráfico. Geralmente esse tipo de atividade engloba mais de um tipo penal, temos além do tráfico de entorpecentes, o porte ilegal de arma de fogo, corrupção de menores, suborno de autoridades, lavagem de dinheiro e assim por diante.

O Brasil é uma das principais rotas do tráfico internacional de drogas, pois além de estar localizado entre os maiores produtores mundiais de coca (Bolívia, Colômbia e Peru), dispõe de extensas fronteiras territoriais e instrumentos logísticos capazes não apenas para viabilizar o escoamento da droga pelos narcotraficantes, mas também todos os demais delitos conexos que a acompanham.

Enquanto fenômeno dinâmico, a análise criminológica do delito de tráfico internacional de drogas constitui medida que se impõe, uma vez que uma plataforma de política criminal séria e efetiva demanda a análise de diversos fatores interdisciplinares, o que talvez justifique uma (re)visitação acerca da efetividade das políticas de repressão ao tráfico de drogas na região da tríplice fronteira amazônica.

Para Salo de Carvalho (2013), o conceito de política criminal de drogas está ligado à definição dos horizontes de punitividade, *in verbis*:

A política criminal de drogas, desde o ponto de vista dos processos de criminalização, de sua estruturação dogmática e da operacionalidade das agências repressivas, define espécie de tipo ideal (Weber) de repressão e de gestão do sistema penal racional. Em outros termos, a política criminal de drogas assumiu, a partir da assunção dos projetos transnacionalizados pelas agências centrais aos países periféricos, o papel significativo de definição dos horizontes de punitividade.

As políticas criminais são exteriorizadas por meio do ordenamento jurídico de cada país. O avanço legislativo ocorre de forma paulatina e muitas das vezes não consegue acompanhar o avanço científico do homem, que acaba sendo utilizado pelas organizações voltadas para o tráfico de drogas.

O avanço científico e tecnológico do homem no decorrer do tempo trouxe conquistas significativas para a humanidade. Ao avançar na questão do transporte, seja ele terrestre, fluvial ou aéreo, assim como, com o advento da tecnologia, propiciou-se um intenso fluxo de conhecimentos voltados à manutenção dos atos criminais, como é o caso das drogas e sua circulação, conforme explica Maciel (2012):

Se por um lado, a queda das barreiras entre países foi positiva, pois possibilitou a reestruturação dos menos desenvolvidos, por outro, agravou ainda mais a questão do tráfico internacional de drogas ilícitas, uma vez que permitiu um maior trânsito entre as nações e as pessoas, assim como, a troca de informações.

Essa facilidade de ingresso entre fronteiras, agravou a situação do Brasil tanto como país intermediário, como receptor final do produto, pois até a década de 80 o Brasil era um mercado emergente, porém intermediário. Era um corredor pelo qual circulava a cocaína vinda da Colômbia, Bolívia e Peru. Na década seguinte, consolidou-se como o segundo maior mercado consumidor, perdendo somente para os Estados Unidos (MAGALHÃES, 2000).

O tráfico de drogas ilícitas é uma das atividades criminosas mais lucrativas do mundo (CAMPOS, 2014). De acordo com o Escritó-

rio das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, o tráfico de drogas movimentava cerca de 320 bilhões de dólares por ano, nenhuma outra atividade lícita, seja de qualquer ramo, chega perto desse valor, essa é uma das explicações para o fato de milhares de pessoas se aventurarem diariamente nas fronteiras e aeroportos para transportar drogas, na busca de uma vida melhor (UNODC, 2008).

De acordo com o trabalho de Coggiola (2007), a rentabilidade do comércio das drogas apresenta números incomparáveis com qualquer outro setor econômico:

Sua rentabilidade se aproxima dos 3000%, percentagem incomparável com qualquer outro setor econômico, legal ou ilegal. Os custos de produção somam 0,5%, e os de transporte e gastos com a distribuição (incluindo subornos) 3%, em relação ao preço final de venda. Em meados da década de 1990, o quilo de cocaína custava US\$ 2.000 na Colômbia, US\$ 25.000 nos EUA e US\$ 40.000 na Europa. A América Latina participa do narcotráfico na qualidade de maior produtora mundial de cocaína, e um de seus países, a Colômbia, detém o controle da maior parte do tráfico internacional (a parte restante é dividida entre a Máfia siciliana e a Yakuza japonesa).

Inegável o caráter lucrativo do tráfico de drogas no mundo todo. Por ser vizinho dos maiores produtores de narcóticos, o Brasil se tornou alvo fácil e prático dos narcotraficantes, para o transporte, o estoque e a distribuição dos entorpecentes produzidos.

A realidade brasileira em relação ao tráfico internacional de drogas ilícitas baseia-se em uma forma bipartite, por um lado temos o Brasil como um dos maiores consumidores e por outro o país é uma das principais rotas do tráfico, por ser um país com proporções continentais, ter fronteiras com os países produtores e aliado ao fato de em muitos casos apresentar falta de pessoal adequado para lidar com o narcotráfico e não dispor de estrutura física adequada, fatores que contribuíram para a situação atual que se encontra o país.

2. LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS DOS PAÍSES

Para efeito de análise e interpretação posterior, nesse tópico, apresentam-se as principais normas e dispositivos legais que regulam as políticas criminais de combate e repressão ao tráfico de drogas ilícitas de cada um dos três países.

2.1. BRASIL

A política de drogas no Brasil, assim como em muitos países, tem seu marco inicial introduzido pela Convenção de Haia de 1912, onde foram debatidas questões de repressão e combate ao Ópio e outras drogas. A Convenção de Haia foi o primeiro tratado internacional de controle de drogas, regulamentando de forma incipiente a fabricação, comércio e uso da cocaína, ópio e seus derivados. Constituiu o primeiro passo para a construção do complexo arcabouço normativo internacional, fornecendo um modelo para legislações futuras (SILVA, 2013).

O Brasil, assim como a maioria dos países, adota a doutrina do proibicionismo na questão das drogas. O conceito de proibicionismo, segundo Rodrigues (2008):

antes de ser uma doutrina legal para tratar a ‘questão das drogas’, é uma prática moral e política que defende que o Estado deve, por meio de leis próprias, proibir determinadas substâncias e reprimir seu consumo e comercialização.

O Brasil possui um grande aparato legal em relação à política de drogas, fato justificado pela importância que o país possui no cenário mundial do tráfico internacional de entorpecentes. A Lei n. 11.343/2006 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), substituiu a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 (antiga lei de drogas) e trouxe inovações no combate e repressão ao narcotráfico, como por exemplo, a respeito da pena mínima para o tráfico de drogas que era de três anos e passou para cinco anos até quinze anos, previsto no art. 33 da referida lei, *in verbis*:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Além do mais, a nova lei de drogas inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao despenalizar com pena de prisão o consumo pessoal, conforme pode-se observar da leitura do art. 28 da Lei 1.343/06:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Com tais inovações, o governo brasileiro busca combater e reprimir a atividade do tráfico ilícito de drogas. No entanto, por questões burocráticas, de corrupção, de falta de estrutura e pessoal qualificado, essas medidas mostram-se ineficazes para o objetivo almejado. Ao invés de combater o narcotráfico, tais normativas legais estão causando a superlotação dos presídios brasileiros. Conforme salienta Rodrigues (2004) os “traficantes de menor porte acabam por constituir os alvos preferenciais da atuação dos órgãos repressores, razão pela qual os crimes de tráfico, há tempos, representam uma das maiores causas de aprisionamento no Brasil e no mundo”.

2.2. COLÔMBIA

Ao se falar sobre políticas públicas de combate e repressão às drogas na Colômbia, deve-se destacar que essas foram altamente influenciadas

por regulamentos internacionais promovidos pelos Estados Unidos. Os grandes cartéis da Colômbia sempre foram alvos dos Estados Unidos da América, que na chamada “guerra das drogas” prestou apoio financeiro e militar para a Colômbia.

Nesse sentido a Colômbia sempre apresentou um ambiente altamente repressivo em relação às drogas. Todavia, em meados de 1994, o Tribunal Constitucional decidiu em favor da descriminalização da dose pessoal na Colômbia, que antes era proibida pela Lei 30 de 1986.

A Lei 30 de 1986, é ainda a atual lei sobre drogas na Colômbia, conhecida como Estatuto Nacional de Estupefacientes (ENE). O Executivo apresentou ao Congresso em setembro de 2012 para debate uma proposta de um novo Estatuto nacional sobre drogas e substâncias psicoativas que substituiria a Lei 30.

A partir da despenalização da dose pessoal, o cenário ficou um pouco mais a favor do usuário, o consumo continua sendo constitucionalmente proibido e existem regulamentos que o proíbem em determinadas circunstâncias específicas, mas não são penalizados. O transporte de drogas em quantidades permitidas para uso pessoal não é penalizado, conforme pode se observar da leitura do artigo 2, alínea j, da Lei 30/1986:

ARTICULO 2º. (Definiciones). Para efectos de la presente Ley se adoptarán las siguientes definiciones:

[...]

j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.

Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o de cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.

No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.

A Colômbia foi o quarto país latino-americano a legalizar a maconha medicinal. De acordo com o Instituto Transnacional (TNI, 2014), no país houve alguns avanços concretos na legislação e, apesar da oposição de setores conservadores, a tendência a favor de maior proteção para setores fracos da cadeia de drogas (produtores e raspadeiras no campo da produção), e usuários no campo do consumo) vem aumentando.

O Ministério da Justiça na Colômbia criou a Comissão Consultiva para Política de Drogas da Colômbia que, de acordo com o Observatório de Drogas da Colômbia (ODC, 2015) tem como objetivo apresentar ao Governo Nacional os resultados da avaliação das estratégias aplicadas na Colômbia contra o problema das drogas, bem como uma série de recomendações destinadas a contribuir para a formulação de uma política nacional de drogas que esteja alinhada com as realidades e necessidades atuais.

As penas de prisão na Colômbia são mais severas com um traficante ou menor infrator na cadeia de micro-tráfico do que com um assassino ou estuprador, conforme salienta Yepes (2012):

Na América Latina, é legalmente mais sério contrabandear maconha ou cocaína para que possa ser vendida a alguém que queira consumi-la do que estuprar uma mulher ou matar voluntariamente um vizinho. Por exemplo, na Bolívia, a pena máxima para tráfico de drogas é de 25 anos, enquanto para homicídio doloso, ou seja, intencional, é 20. E na Colômbia, a pena máxima para tráfico de drogas é de 30 anos, enquanto para estuprar alguém tem 20 anos. (Tradução nossa).

Trata-se de uma evolução normativa irracional, eticamente injusta, pois o crime de tirar a vida de outro ser humano ou mesmo submeter uma mulher à violência e estuprá-la é muito mais sério e grave do que distribuir drogas. Não obstante, serve para compreendermos como o crime de tráfico de drogas é visto na Colômbia, um dos crimes mais graves, com pena de prisão que pode chegar a 30 anos, influenciados pela política proibicionista.

Todavia, embora a pena seja alta, na prática não causa o efeito que se espera, não há uma diminuição efetiva do tráfico de drogas, pois para o traficante, seja ele distribuidor, vendedor ou mesmo um “mula” (transportador), aceitar a possibilidade de perder a liberdade é um preço baixo comparado à possibilidade de obter recursos para sustentar sua família.

2.3. PERU

No Peru, o cultivo e o consumo de coca têm raízes milenares, sendo utilizada para o consumo, remédios e rituais, fazendo parte da cultura dos povos andinos deste território (SANTOS, 2010). Nesse sentido, o país sempre esteve destacado como um dos maiores centros produtores de coca, juntamente com a Bolívia e a Colômbia, os três países andinos de destaque no ramo das do tráfico internacional de drogas. Pode-se afirmar que o comércio mundial das drogas é abastecido por esses três países.

No tocante às políticas públicas existentes, o peru assim como a Colômbia, também despenalizou a dose pessoal, conforme afirma Garrido (2010), “na lei peruana, o uso de drogas não é punível com prisão, o que é bom, porque os usuários problemáticos de drogas merecem tratamento, não prisão”, e podemos observar da leitura da primeira lei de repressão ao tráfico ilícito de drogas - Decreto Lei N° 22095/1978

Artículo 58° - Se impondrá pena de prisión no menor de 2 años ni mayor de 15 años:

[...]

e) Al que posea drogas sin autorización, **salvo en dosis para su propio consumo inmediato**. La eximencia requerirá peritaje médico legal; (Grifo nosso).

No entanto, diferentemente da Colômbia, os impactos do comércio das drogas são mais acentuados e podem ser visualizados com mais facilidade, afetando a população e o país, conforme explica Santos (2010):

Pode-se dizer que, no Peru, a segurança nacional, o estado de direito, a democracia e o próprio desenvolvimento do país têm sido duramente ameaçados pelas atividades do narcotráfico. Com um breve olhar sobre o país, não é difícil constatar os impactos deletérios dessa economia ilícita, como os prejuízos para a saúde pública, a destruição do meio ambiente, a distorção de valores éticos e morais, o crescimento da insegurança e da violência e a grande capacidade de corromper as instituições políticas.

Como já citado, o Peru tem um histórico de cultivo e consumo da coca e de acordo com Santos (2010), os cultivos tradicionais não são afetados pelas políticas antidrogas, pois com o respaldo na com o respaldo da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas – o país possui leis que autorizam o cultivo tradicional de coca onde exista evidências do uso lícito tradicional.

Em que pese o esforço do governo colombiano para combater os cultivos ilegais da coca e preservar os cultivos tradicionais para o uso lícito, as ações desenvolvidas pelo governo se apresentam insuficientes para o tamanho da atividade ilegal do cultivo da coca. Ainda assim, Santos (2010) aborda sobre os dois tipos de erradicação que o governo peruano pratica:

Para reduzir as áreas cocaleiras consideradas ilegais, o governo peruano vem praticando dois tipos de erradicação manual: a voluntária e a forçada. A erradicação voluntária é coordenada pela Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (DEVIDA). E a erradicação forçada é realizada pela Unidad de Control y Reducción de la Hoja de Coca en el Alto Huallaga (CORAH). Importa destacar que a política de erradicação forçada, de inspiração norte-americana, tem sido duramente rechaçada pelos camponeses e os sindicatos cocaleiros.

Além dos tipos de erradicação citados, e outros programas de combate, é importante destacar o plano VRAE (Valle del rio Apurímac), lançado em dezembro de 2006, com os objetivos de garantir a paz,

combater o narcotráfico, os remanescentes do Sendero Luminoso (organização criminosa do narcotráfico peruano) e promover o desenvolvimento da região. Para tanto, segundo Gordillo (2009), responsável pelo aspecto econômico do plano, foi disponibilizado para o período 2006–2008 um montante de 248 milhões de soles. E no ano de 2009, o plano teve um incremento de 120 milhões de soles.

De acordo com Santos (2010) as ações do plano VRAE estão baseadas na execução de três pontos fundamentais: ações militares, para combater os remanescentes do Sendero Luminoso; ações policiais, para a luta contra o narcotráfico; e ações civis, para promover o desenvolvimento social (alimentação, educação e saúde), a infraestrutura básica (água, comunicação, eletricidade, habitação, saneamento básico e transporte) e o desenvolvimento econômico (diversificação agrícola de produtos lícitos).

Ocorre que o plano não apresentou muito êxito em sua execução, segundo Santos (2010) isso deve-se ao fato de o governo peruano apresentar problemas na execução de programas de desenvolvimento, tais como corrupção, insuficiência de recursos, falta de capacidade política e entraves burocráticos.

O problema das drogas que o governo peruano enfrenta é complexo e global. A grande maioria dos países do mundo sofrem dos mesmos males. Problemas que se assemelham a sanguessugas que grudam no governo e sugam suas forças, deixando-os à deriva sobre a boa vontade das organizações criminosas.

3. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA (BRASIL-COLÔMBIA-PERU)

Localizada no oeste do Estado do Amazonas, na região do Alto Solimões, a tríplice fronteira amazônica é formada pelo encontro do território brasileiro com os territórios colombiano e peruano. São as cidades de Tabatinga (Brasil), Letícia (Colômbia) e Santa Rosa (Peru) que formam o Trapézio Amazônico. As cidades de Tabatinga-BR e Letícia-CO, são consideradas cidades gêmeas, haja vista serem cidades grudadas, delimitadas apenas por uma avenida que atravessa de uma cidade para a outra.

O tráfego de pessoas entre essas duas cidades é constante, há guaritas policiais de ambos os lados da fronteira. A guarita colombiana é vigiada o tempo inteiro, enquanto a brasileira, um posto da Força Nacional, há alguns anos é ausente a presença policial, um exemplo da falta de fiscalização em uma das fronteiras que é vista como porta de entrada do tráfico de drogas.

Não obstante a presença de autoridade policial colombiana na área que separa os países, é quase impossível o controle de entrada e saída no território, isto porque o fluxo de motocicletas, automóveis e pedestres é contínuo e intenso. Diariamente são centenas de pessoas adentrando e saindo do território brasileiro e colombiano, a facilidade de locomoção entre os territórios e a falta de uma fiscalização mais rigorosa permitem tal fenômeno.

A estrutura jurídica na cidade de Tabatinga é precária, embora haja a instalação de Justiça Estadual, Justiça Federal e Presídio, a oferta apresenta-se insuficiente para a demanda. O município possui um único presídio, o que acarreta superlotação e contato de outros detentos com traficantes presos, alargando muitas vezes a rede do tráfico. Além do déficit de estrutura física e de pessoal para lidar com a questão do narcotráfico.

Já a fronteira entre Tabatinga (Brasil) e Santa Rosa (Peru) é delimitada pelo Rio Solimões que faz a divisa entre as duas cidades. Embora tenha a presença da Marinha do Brasil, a travessia não possui fiscalização, pode ser feita por qualquer embarcação e o trajeto é pequeno. Há inclusive associação de canoeiros que realiza diariamente o transporte de passageiros. O trajeto é tão curto que o valor do transporte chega a ser irrisório, por somente R\$ 4,00 (quatro reais), você pode ir de Tabatinga para Santa Rosa, e vice-versa.

São inúmeras balsas e pontos para aportar, e mais uma vez levanta-se a falta de pessoal e infraestrutura para uma fiscalização adequada. Não há como controlar as embarcações que vêm e vão diariamente entre as cidades, sendo fácil entrar numa embarcação e adentrar território peruano, ou até mesmo colombiano, bem como o contrário, quando os nossos vizinhos adentram em território brasileiro. Não há meio de transporte terrestre para a cidade de Tabatinga. Os pontos de controle e fiscalização estão concentrados no Aeroporto Internacional de Ta-

batinga (transporte aéreo) e na base fluvial da Polícia Federal – Base Anzol (transporte fluvial).

Cumpra enfatizar que existe um mosaico de aspectos peculiares da região da tríplice fronteira amazônica, compartilhada entre Brasil, Colômbia e Peru, cujas características justificam uma reflexão sobre a viabilidade da política criminal de repressão ao tráfico internacional de drogas. São aspectos de dimensões holísticas que perpassam desde as matizes culturais e religiosas relacionadas à utilização da coca, até os reflexos econômicos e sociais aos habitantes da região. Salientando-se que se trata de uma região carente, onde boa parcela da população não tem sequer acesso a saneamento básico, oportunidade de trabalho, acesso à educação, entre outros direitos básicos – e quando se deparam com a oportunidade de obter dinheiro fácil e rápido para transportar drogas, a sua liberdade torna-se um preço pequeno para se colocar em risco.

Não bastasse a dimensão dos aspectos culturais e socioeconômicos regionais, os aspectos geográficos e estruturais representam desafios peculiares para a efetividade de uma política criminal para a região, uma vez que tem reflexo processual: tanto na persecução penal, como na fase de execução penal. Por se tratar de uma região com características hidrogeológicas próprias, comumente, ocorrem mudanças nos caminhos fluviais nos períodos de seca e de enchente do rio, viabilizando a mudança de rota para o escoamento da droga, o que dificulta a repressão policial. Em fase de execução penal, por sua vez, também ocorrem problemas. Embora a fronteira esteja composta por cidades gêmeas que dispõem de instâncias jurídicas apropriadas, o sistema de execução penal ainda carece de uma política de cooperação entre os países, haja vista a impossibilidade do condenado em cumprir pena no seu país de origem, o que parece incondicente com o Pacto de San José da Costa Rica.

Infelizmente, as políticas criminais são pensadas e decididas longe da Amazônia. No caso específico que constitui o estudo, especificamente em Brasília (BR), Bogotá (CO) e Lima (PE). A política criminal deve atender as peculiaridades regionais, ou seja, devem ser compatíveis às características sociais da região. De acordo com Balieiro e Nascimento (2015) a posição geográfica dessas cidades, acarreta em problemas como:

Estas cidades – e a região do Trapézio Amazônico como um todo – acabam por apresentar como características: posicionamento periférico e distanciamento em relação ao poder central de seus países, baixa densidade populacional, população carente de necessidades básicas e ausência do Estado. Desse modo, acabaram por desenvolver ao longo dos anos, uma relação estreita e complementar, de processos sociais e econômicos.

O distanciamento existente entre as políticas criminais para com a região da Tríplice Fronteira acarreta em políticas debilitadas. No caso em estudo, estamos diante de uma região transfronteiriça que se encontra muito distante das suas capitais, cujas características criminológicas são distintas e, portanto, demandam a construção de políticas criminais distintas.

Nesse sentido, ao (re)pensar uma política criminal para a região precisa-se considerar fatores que envolvam a soberania nacional e cooperação internacional, os aspectos culturais e religiosos dos povos desta região, além dos fatores econômicos, sociais, geográficos e estruturais que estão fortemente atrelados ao tráfico internacional de drogas.

Assim, a partir das observações fáticas relativas ao cenário contextual da região, e uma vez apreciados os respectivos arcabouços jurídicos que regulam a política criminal de repressão ao crime de tráfico internacional de drogas entre os países que compartilham a tríplice fronteira amazônica, resulta permitida, em sede de conclusão, a realização de uma análise sobre a (in)efetividade das políticas criminais que vem sendo adotadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de drogas é um grande empreendimento ramificado em escala internacional e organizado em rede, tornando-se um negócio global, sendo desenvolvido de diversas formas de distribuição e transporte. Todos os três países que compõe o trapézio amazônico possuem políticas públicas de combate e repressão ao tráfico de drogas, inspiradas no modelo proibicionista, colonialista e conservador anglo-saxão, representado pela Convenção de Haia. Todavia, os aspectos regionais, culturais, sociais, econômicos, geográficos e ambientais, enquanto cri-

térios para a construção e respectiva viabilidade de uma política criminal, devem ser considerados, o que permite desafiar o sucesso do seu resultado na tríplice fronteira amazônica, ora objeto do estudo.

Enquanto países colonizados pelos ibéricos, as fontes do direito e respectivas políticas criminais adotados por Brasil, Colômbia e Peru, carregam forte influência do direito internacional, segundo os modelos europeu e norte-americano – até mesmo porque são os maiores consumidores do mercado de drogas.

Atendendo a delimitação geográfica proposta para o presente estudo, e sem a pretensão de entrar no mérito sobre a efetividade (ou não) da política criminal em relação ao crime de tráfico internacional de drogas em outras regiões transfronteiriças, permite-se enfatizar que, não necessariamente, uma política criminal adotada em uma região se logrará viável na Amazônia.

Não é cediço acentuar que a Amazônia constitui uma região singular no planeta, uma vez que alberga um mosaico de peculiaridades históricas, culturais, sociais, políticas, hidroecológicas, econômicas, geopolíticas, entre outras. Isso permite concluir que a Amazônia demanda um sistema político-criminal diferenciado em comparação a outras regiões, como é o caso dos países que compartilham a Tríplice fronteira, ora analisada.

Portanto, formulando uma resposta para a questão-problema levantada neste estudo, permite-se conceber que são aspectos culturais, econômicos, sociais, geográficos e estruturais, que influenciam nas debilidades das políticas criminais de repressão ao tráfico de drogas na região da tríplice fronteira amazônica.

Eivadas de equívocos, as políticas criminais são pensadas e decididas longe da Amazônia, deixando de atender os aspectos e peculiaridades da região da tríplice fronteira, objeto do presente estudo. Com efeito, qualquer política criminal deve observar as peculiaridades regionais, isto é, deve ser compatível às características conjunturais e regionais. O distanciamento existente entre a viabilidade das políticas criminais adotadas em outras regiões dos países e a sua efetividade na região da tríplice fronteira enseja a produção de políticas criminais debilitadas e, portanto, inefetivas, o que justifica o (re)pensar criminológico e punitivo, regionalizado, da modalidade criminosa em apreço.

REFERÊNCIAS

- BALIEIRO, Luiz Felipe de Vasconcelos D.; NASCIMENTO, Izaura Rodrigues. **Tríplice Fronteira Brasil, Peru e Colômbia e as Implicações com o Narcotráfico**. Textos&Debates, Boa Vista, n.26, p. 85-98, referência 2014. Publicação 2015. Disponível em: <<https://revista.ufr.br/textosedebates/article/view/2789>>. Acesso em: 03/03/2020
- BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 01/03/2020
- CAMPOS, Rui Ribeiro de. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2014.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06** – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- COGGIOLA, Osvaldo. **Economia política do comércio internacional de drogas**. Artigos/ mar. 2007. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/revista/07/r07a07.pdf>>. Acesso em: 26/02/2020.
- COLOMBIA, El Congreso de Colombia. **Ley 30 de 1986. Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones**. Disponível em: <<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/LEY-0030-DE-1986.pdf>>. Acesso em: 11/03/2020.
- COLÔMBIA, Observatório de Drogas de. **Comissão Consultiva para Política de Drogas na Colômbia**. 13 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.odc.gov.co/INICIO/Noticias/ArtMID/2976/ArticleID/1165/Comisi243n-asesora-para-la-pol237tica-de-drogas-en-Colombias>>. Acesso em: 12/03/2020.
- GARRIDO, Ricardo Soberón. **Leyes De Drogas Y Cárceles En América Latina - Legislación en materia de drogas y si-**

- tuación carcelaria en el Perú.** Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos CIDDH. Mayo de 2010. Disponível em: <http://www.undrugcontrol.info/images/stories/documentos/Sistemas_sobrecargados/Completo/sistemas%20sobrecargados%20-%20completo%20peru.pdf>. Acesso em: 19/03/2020.
- GORDILLO, Roberto. **Un vistazo al programa de desarrollo: aspecto socioeconómico del plan VRAE.** Generación: 2009. Año 7, n.99, pp. 7-13.
- MACIEL, Marcia Maria Cavalcante Carvalho. **Atuação do núcleo de combate ao tráfico internacional de drogas no aeroporto de Fortaleza/CE** – Brasília: Academia Nacional de Polícia, 2012, 70 páginas. Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/CadANP/article/view/24>>. Acesso em: 02/03/2020.
- MAGALHÃES, Mário. **O narcotráfico**, São Paulo: Publifolha, 2000.
- PERUANO, Gobierno. **1 Ley De Represion Del Trafico Ilícito De Drogas - Decreto Ley N° 22095 (21/02/78).** Disponível em: <<http://www.digemid.minsa.gob.pe/UpLoad/UpLoaded/PDF/DECRETOLEYN22095.pdf>>. Acesso em: 15/03/2020.
- PROCÓPIO FILHO, Agemiro; VAZ, Alcides Costa. **O Brasil no contexto do narcotráfico internacional.** Revista Brasileira de Política Internacional. vol.40 no.1 Brasília Jan./June 1997.
- RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas.** São Paulo: EDUC/FAPESP, 2004.
- RODRIGUES, Thiago. Tráfico, guerra e proibição. In: LABATE, Beatriz et al. (Orgs.). **Drogas e Cultura: novas perspectivas.** Salvador: EDUFBA/Ministério da Cultura, 2008. p. 91-103.
- SANTOS, Marcelo. **Peru: cultivo de coca, cocaína e combate ao narcotráfico.** Meridiano 47 vol. 11, n. 119, jun. 2010 [p. 14 a 20]. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/125297/ISSN1518-1219-2010-11-119-14-20.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13/03/2020.

SILVA, Luiza Lopes da. **A questão das drogas nas relações internacionais: uma perspectiva brasileira** - Brasília: FUNAG, 2013.

TRANSNACIONAL, Instituto. Reforma de la ley de drogas en Colombia: guía básica. 30 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.tni.org/es/publicacion/reforma-de-la-ley-de-drogas-en-colombia-guia-basica>>. Acesso em: 10/03/2020

UNODC. NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIME. **Brasil e Cone Sul. O Brasil no Relatório Mundial do UNODC 2008**. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/brazil/Relatorio%20Drogas%202008/PrincipaisPontos_Relatorio2008.pdf>. Acesso em: 05/03/2020.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **Vício punitivo A desproporção das leis sobre drogas na América Latina**. Instituto Transnacional, 2012. Disponível em: <<https://www.tni.org/en/node/19921>>. Acesso em: 16/03/2020.

A NOVA REALIDADE CRIMINOLÓGICA BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Rhayssam Poubel de Alencar Arraes

INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas, notadamente as empresas, são protagonistas em nosso atual contexto globalizado, sendo agentes cuja atuação impacta economicamente e socialmente toda a população mundial. À parte do papel - chave que desempenham na economia, é um dado criminológico que as principais agressões, principalmente a bens jurídicos coletivos, por exemplo ao meio ambiente, envolvem pessoas jurídicas sem as quais seria impossível conseguir produzir tais crimes.

Exemplos recentes reforçam esse ponto de vista, como os casos de Brumadinho/ MG e Mariana/MG ou as denúncias trazidas à tona pela Operação Lava Jato, quando empresas se tornaram verdadeiros agentes para a prática de delitos como lavagem de dinheiro e corrupção.

Essa nova realidade criminológica levou o Direito Penal a reconhecer que deve se enfrentar não apenas a criminalidade proveniente da pessoa física, mas também àquela cometida pela pessoa jurídica. Para cumprir esse desiderato, torna-se necessário abandonarmos os parâmetros do Direito Penal clássico, desenvolvido unicamente à pessoa física

e por consequente impossível de ser aplicado às pessoas jurídicas, e buscamos novas soluções dogmáticas..

A fim de demonstrar a relevância da responsabilidade penal da pessoa jurídica, primeiramente são explanadas no presente trabalho as principais razões político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em um segundo momento optou se por demonstrar o tratamento desse instituto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Pretendeu-se demonstrar aqui que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é nenhuma tentativa de inovação jurídica tupiniquim feita de arremedo, pelo contrário, é um instituto amplamente aceito e consolidado no exterior tanto em países da tradição da Common Law como da Civil Law. De fato, como foi demonstrado, a necessidade de uma regulação penal sobre as pessoas jurídicas é, mais do que uma tendência mundial, uma necessidade da realidade brasileira.

Por último pretende se mostrar a atual situação do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento brasileiro.

Reconhece-se que a temática aqui presente não é pacífica na doutrina, havendo aqueles que defendam que a pessoa jurídica não é passível de responsabilização, a exemplo de Claus Roxin e Hans- Heinrich Jescheck, ou aqueles que advoguem por uma responsabilização de forma indireta com base em um modelo de heterorresponsabilidade, a exemplo de Carlos Gomes Jara Diez e David Baigún. Porém o presente trabalho se propõe a lançar as bases para que ocorra um debate mais aprofundado sobre o tema uma vez que seja comprovada a sua relevância político criminal para a realidade social brasileira.

1. RAZÕES POLÍTICO-CRIMINAIS PARA A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Inicialmente, faz-se premente lembrarmos que o processo de responsabilização da pessoa jurídica deve passar pela superação de obstáculos tanto no campo político-criminal como dogmático, nesse último, ressalta-se a questão da capacidade de ação da pessoa jurídica.

Em nossa sociedade moderna e globalizada, os atos que importam para o Direito Penal não estão mais restritos àqueles praticados por pessoas físicas, é um fato hialino que cada vez mais delitos gravíssimos

e de intensa repercussão social têm envolvido atividades de pessoas jurídicas. (BUSATO, 2017)

Desse modo, a responsabilização das pessoas jurídicas está de acordo com a atual realidade criminológica, a qual reconhece que as principais agressões, especialmente a bens jurídicos transindividuais, como o meio ambiente ou a saúde pública, na maior parte dos casos, envolve a atividade de pessoas jurídicas sem as quais seria impossível o cometimento de tais crimes.

Notadamente, temos também os casos envolvendo a criminalidade econômica, a qual se tornou ainda mais evidente no Brasil, após os casos envolvendo a operação Lava Jato, a qual demonstrou que diversas empresas foram identificadas como verdadeiros meios para a viabilização de crimes econômicos.

Destaca-se ainda a dificuldade, quando não a impossibilidade, de se determinar a responsabilidade individual de autores e partícipes dada as relações de divisão de trabalho, sob forma hierárquica e fragmentária. Principalmente ao considerarmos empresas multinacionais, que operam indistintamente em diversos lugares, tendo o seu eixo central de decisão situado distante do local de execução do delito. (ROJAS SALAS, 1998)

Assim podemos perceber que fenômenos como a globalização e a internacionalização tornaram necessária uma resposta por parte dos Estados no que tange a seara penal, a fim de que seja possível combater a criminalidade econômica. Reconhece-se aqui que a temática não é pacífica na doutrina, porém mesmo havendo classicamente óbices por parte dessa para a responsabilização das pessoas jurídicas, a realidade criminológica, cada vez mais demanda uma resposta do ordenamento jurídico.

Klaus Tiedermann já afirmava que a própria sociedade criaria um cenário favorável para que as pessoas físicas praticassem delitos em favor de entes coletivos, principalmente em países industrializados ou em processo de desenvolvimento. (TIEDEMANN, 1995). Segundo o autor, os consumidores e o meio ambiente são as principais vítimas dos crimes cometidos por meio de empresas, sendo que a atual dogmática do Direito Penal se encontra defasada para responder a altura de tal criminalidade. (TIEDEMANN, 1995).

Assim, a estrutura do poder punitivo estatal além de continuar a tutelar bens jurídicos individuais, passa a também tutelar direitos supraindividuais. Considera-se também que, atualmente, as pessoas jurídicas possuem um papel decisivo no cumprimento da legalidade e na conformação de uma realidade social segundo o direito. (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012)

Günther Heine lembra também que a necessidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas é fundamentada, principalmente, no fato de que o sistema de Direito Penal individual que se conhece até agora é disfuncional quando se trata de processos econômicos, riscos produzidos de forma sistemática e formas de organização coletiva. (GÜNTHER HEINE, 2001.) Nas suas palavras, “no lugar do controle retrospectivo de condutas individuais, conforme assentava o paradigma clássico, trata-se cada vez mais do controle de disfunções sociais” (GÜNTHER HEINE, 2001.)

Isso explica, em parte, a mudança de foco que tem havido no estudo da criminalidade por parte da doutrina, a qual realizou um giro de uma perspectiva individual para a criminalidade coletiva. Tal mudança tem marcante importância em questões tanto de ordem criminológica, como de política criminal segundo Schünemann, uma vez que a criminalidade econômica é uma delinquência de classes sociais detentoras de um elevado poder econômico, em contraste com os delitos clássicos e individuais.

A pessoa jurídica assume um espaço econômico-social privilegiado que repercute em uma parcela significativa da criminalidade contemporânea. Uma vez que, além de organizações empresariais que porventura tenham sido constituídas para a prática de crimes, inegavelmente também as pessoas jurídicas corretamente estabelecidas e voltadas a negócios lícitos tornaram-se suscetíveis à prática de condutas criminosas (SALVADOR NETTO, 2018)

E é exatamente, nesse último caso, onde residem os delitos cuja tutela se faz necessária. São os casos que vão dos delitos ambientais que, ao diminuírem os custos derivados da prevenção de riscos ao ambiente, possibilitam maiores lucros da atividade industrial ou então da sonegação fiscal, como mecanismo para reduzir custos de produção e transações com o fito de se atingir o consumidor final com preços mais competitivos que a concorrência.

É a realidade dos delitos da era Industrial. Chega-se, portanto à segunda modernidade descrita por Ulrich Beck, a qual é marcada pela percepção que o homem já não mais possui controle sobre os riscos, tendo por base fatos concretos como catástrofes ambientais (à exemplo dos recentes e trágicos episódios de Mariana/MG e Brumadinho/MG, no Brasil) ou questões de saúde e lesões ao sistema econômico. É a fase que Ulrich Beck chama de *modernização da modernização* ou ainda *modernidade reflexiva*, quando se reflexiona acerca das antinomias e deficiências fundamentais da primeira modernidade (BECK, 2019)

Deve-se lembrar que o risco é algo atinente ao desenvolvimento das atividades econômicas e sociais, e que estes transcendem a esfera individual atingindo a coletividade. A segunda modernidade traz consigo uma nova realidade social, na qual imperam as novas tecnologias, o consumismo, novas formas de se configurar as relações de trabalho e de produção, além de uma sensação geral de insegurança. A percepção do risco é tida como algo de caráter supraindividual e se torna vital para os sistemas de controle social, sobretudo quando estes objetivam a conter patamares de risco e a regular a produção de riscos e submissão a eles.

Nesse diapasão, recorre-se ao Direito Penal para que este proteja valores supraindividuais ameaçados pelas novas relações sociais e econômicas. Isso decorre em virtude do fato da intervenção penal ser mais eficaz em relação aos outros mecanismos de controle social, dada a sua capacidade socializadora e contundência na proteção de interesses coletivos e na prevenção de danos causados pela não observância de tais interesses.

O Direito Penal é o ramo do direito que possui a função mais simbólica em definição de valores positivos, uma vez que possui a função de definir metas de proteção a partir de valores socialmente eleitos, mesmo que esses valores não sejam bem definidos. É possível concluir que ao passo que assume o papel de redutor de riscos, o Direito Penal deve-se pautar pela sociedade, atendendo aos interesses comuns de seus membros e preservando valores eleitos como relevantes para toda a coletividade, como é o caso dos bens jurídicos supraindividuais (PAOLO GROSSI, 2008).

A realidade é que as pessoas jurídicas se tornaram as verdadeiras condutoras da industrialização e da globalização da economia. Em

contrapartida, na exploração da atividade empresarial, essas podem vir a realizar práticas com um potencial lesivo, muitas vezes, superior ao possível de ser realizado por uma pessoa física, cujos riscos são distribuídos entre todos os potenciais beneficiados pelas vantagens que a atividade propicia. Surge-se uma realidade na qual todos estão sujeitos a sofrerem danos decorrentes do perigo de lesão causado pelas práticas empresariais. Por exemplo, o dano ambiental, contra a ordem econômica ou contra a saúde pública não especifica suas vítimas.

Nesse contexto, o Direito Penal vem regular as atividades geradoras de risco, preservando valores comuns da sociedade. Como as pessoas jurídicas, notadamente as empresas, são as maiores fontes desses riscos torna-se imperativa a necessidade de tutela dos bens jurídicos que possam vir a ser ameaçados no desenvolvimento das atividades econômicas e empresariais.

Acrescenta-se a isso outros fatores que justificam a responsabilização penal da pessoa jurídica. Schünemann, por exemplo, aponta duas principais razões para justificar a responsabilização de pessoas jurídicas. Por primeiro, tem-se a dificuldade de persecução penal para as pessoas físicas que agem no âmbito da criminalidade empresarial, tanto ao se demonstrar a culpabilidade como na hora da demonstração probatória de responsabilidade objetiva e subjetiva. Em um segundo momento, deve-se considerar a estrutura extremamente hierarquizada e, por vezes, fragmentada das pessoas jurídicas, o que dificultaria a atribuição de culpabilidade a elas. (SCHÜNEMANN, 1988)

Importante se destacar que há motivações históricas para que as pessoas jurídicas não tenham sido objeto de responsabilização em um primeiro momento. Segundo Paulo Busato, no contexto da revolução francesa o princípio da legalidade torna-se a base do próprio Estado, determinando que a imputação deveria ser configurada seguindo a lei. A lei passa a ocupar o ponto central da questão político criminal (BUSATO, 2012).

Tendo a lei por base buscou-se formular um sistema de imputação e o delito passa a ser estudado tanto pela necessidade de se uniformizar o tratamento do delinquente, em obediência aos princípios iluministas, como pela própria sistematização formal promovida pelas codificações que sucederam as revoluções burguesas e o Estado Liberal (BUSATO, 2012).

Toda a organização da teoria do delito no âmbito do Civil Law torna-se um produto de um momento histórico de ruptura. Na Revolução Francesa, o processo histórico de revolução industrial e as novas formas de estruturação social deflagraram uma fórmula geral de dominação que foi instrumentalizada pelo direito. O afastamento da nobreza do centro de poder vem a gerar um vácuo que passa a ser ocupado pela nova classe dominante: A burguesia e o seu poder econômico. (BUSATO, 2012).

Com a Revolução Francesa é cessada a desigualdade política, uma vez que todos são colocados como iguais perante a lei, muito embora a realidade fática contrapusesse isso uma vez que a lei passa a ser vista como um mecanismo de exclusiva proteção do indivíduo contra o Estado. Isso resulta na ausência de intervenção estatal em vários aspectos da vida prática, contribuindo com a acentuação das desigualdades.

E é exatamente nesse Estado Liberal que surge a ideia de que as pessoas jurídicas não poderiam ser penalmente imputadas. Convenientemente, em um momento de expansão do capitalismo e da atividade indústria, cunha-se o brocado *Societas delinquere non potest*, desse modo, eximindo as corporações de responsabilidades na seara penal, muito embora ainda podendo figurar como vítimas. Cria-se um cenário ideal de livre atuação para aqueles que exploravam as atividades empresariais, no qual se tem todos os direitos sem nenhum dever penal.

O brocado *Societas delinquere non potest* tem seu fundamento em grande parte lastreado em uma falácia humanista. Se apenas o homem seria o centro da organização jurídica, somente contra ele poderiam estar voltados os mecanismos jurídicos de controle social, notadamente o Direito Penal. Somente o ser humano seria capaz de uma conduta, a corporação, como entidade fictícia, não seria capaz de quebrar nenhum contrato social: “É a primazia da ideia de que os homens nascem iguais e livres, pactuando uma sociedade a partir de suas existências individuais” (BUSATO, 2012).

Curiosamente, por um outro lado, as pessoas jurídicas, cada vez mais tiveram direitos e garantias reconhecidos, mas jamais sendo passíveis de controle por parte do Direito Penal. E é a partir desse contexto que se dá o desenvolvimento de toda a teoria do delito, a qual surge *a posteriori* e assume por dogma a exclusão da responsabilidade penal de pessoas jurídicas (BUSATO, 2012).

Segundo Paulo Busato (2011), o homem esquece todo o histórico de lutas contra entidades fictícias como a monarquia, a soberania, a propriedade sobre a terra, etc., em meio ao discurso revolucionário burguês de retomada do poder por parte do povo. Entretanto, o que houve, na realidade, foi a transferência do poder das mãos do clero e da nobreza para as mãos do capital e dos capitalistas (BUSATO, 2012).

Inclusive, nesse momento, é possível perceber, do ponto de vista criminológico, uma contradição curiosa quando os defensores da criminologia crítica, de raiz marxista, criticam o presente instituto em tela e, desse modo, admitem uma defesa tão clara do capital quanto a negação da responsabilização penal da pessoa jurídica. É a defesa mais veemente da imposição capitalista que se originou das teses contratuálistas (BUSATO, 2017). Pois como dito, admite-se que esta seja vítima, mas não autora de delito.

Ao se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, portanto, realiza-se um “ajuste de contas ancestral, o resgate de uma fraude da qual os homens foram vítimas há centenas de anos”. Opta-se por um modelo político criminal em defesa dos seres humanos e contra a aberta manipulação do sistema punitivo em seu desfavor. (BUSATO, 2017).

Tendo sido vistas as principais motivações para a responsabilização penal das pessoas jurídica, faz-se necessário compreender que tal instituto não é nenhum devaneio surgido do sem precedentes, pelo contrário, é um instituto, cuja previsão legal já é uma realidade em diversos países, estando inserido em um contexto de reconhecimento a nível internacional.

2. BREVE ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Vários países da tradição romano-germânica, progressivamente, enfrentaram os obstáculos dogmáticos e político criminais para a aplicação da responsabilização dos entes coletivos, como a Holanda que, em 1822, foi o primeiro dentre os países da Civil Law a introduzir a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seu ordenamento para questões tributárias e aduaneiras. Em um segundo momento, em 1950, ampliou a para os tipos penais econômicos. Finalmente, adotou, em 1975, a responsabilidade penal do ente moral para todos os crimes.

Na Holanda, aplica-se a chamada teoria da responsabilidade funcional, ou seja, atribui-se a ação delituosa de uma pessoa física a uma pessoa jurídica quando a conduta real da primeira tenha correspondência à execução de uma fundação determinada pela pessoa jurídica no exercício de uma atividade empresarial. Desse modo, havendo o dolo da pessoa física, pode-se imputar todos os elementos subjetivos a pessoa jurídica na qual essa atua.

Essa teoria também é aplicada na França, a qual adotou, em 1994, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo forte respaldo da doutrina francesa. Vale ressaltar que, em tal ordenamento, o tratamento jurídico conferido à matéria prepondera uma visão utilitarista de política criminal.

A pessoa jurídica tem vontade coletiva própria, falando de uma responsabilidade penal por ricochete, de empréstimo, ou por procuração, necessitando uma intervenção humana como elemento fundamental para a responsabilização. Ou seja, a responsabilidade da pessoa jurídica necessita do concurso da responsabilidade da pessoa física, salvo nos crimes culposos em que poderia haver uma imputação direta e imediata à pessoa jurídica. A responsabilização em tela é considerada, cumulativa, especial e condiciona (REGIS PRADO, 2001).

Com base nesse entendimento, o artigo 121- 2 do Código Penal francês considera as pessoas jurídicas (ou morais), com exceção do Estado, como penalmente imputáveis por crimes praticados por sua conta, pelos seus órgãos ou representantes. Seguindo distinções previstas em leis ou regulamentos ou no próprio Código Penal (artigos 121- 4 a 121-7) (PRADEL, 1994).

Interessante notar que, segundo o artigo 121-1 de tal diploma legal, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das físicas quando autores ou partícipes nos mesmos fatos, mesmo tendo-se em conta que a responsabilidade da pessoa física é indispensável para a responsabilidade da pessoa moral. O “agir em nome da pessoa jurídica” torna-se essencial para a responsabilização, excluindo-se as hipóteses quando a pessoa física pratica o delito por razões pessoais ou incompatíveis com os interesses da pessoa jurídica (PRADEL, 1998).

A Espanha adotou, em 2010, sistema de responsabilidade direta da pessoa jurídica, sendo que a responsabilidade desta não exclui a das

pessoas físicas. Ambas são independentes e não excludentes. Tais características ficaram melhor definidas depois da reforma advinda da LO 1/2015 (FEIJÓO SÁNCHEZ,2012).

No modelo espanhol, a conduta da pessoa física que comete o delito é apenas um pressuposto para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas não representa um fundamento para tal responsabilização. Segundo Bernardo Feijo Sánchez, a exposição de motivos da LO 1/2015 é incompatível com um modelo vicarial ou por estrita transferência. Diferentemente do modelo francês, a pessoa jurídica pode ser submetida a um processo penal com independência da pessoa física, uma vez que essa pode ter falecido ou fugido da justiça, por exemplo (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2012).

A responsabilidade da pessoa física não é totalmente acessória, não necessitando que haja uma pena à pessoa física para que seja imposta outra à pessoa jurídica. Também não é imprescindível um comportamento culpável da pessoa física, mas é necessário que haja ao menos uma pessoa física que tenha realizado como pressuposto uma conduta típica e antijurídica.(FEIJÓO SÁNCHEZ, 2012).

Interessante notar que, no modelo espanhol, há duas formas de se converter o delito da pessoa física em um delito da pessoa jurídica fixando assim a sua responsabilidade, conforme definido pelo preâmbulo da LO 5/2010. Por primeiro, a pessoa física deve ser um representante legal da pessoa jurídica ou alguém que atuando individualmente ou, como parte de um órgão da pessoa jurídica, esteja autorizada a tomar decisões em nome da pessoa jurídica, ostentando capacidade de organização e controle dentro da mesma. Por segundo, que o delito seja cometido por uma pessoa que esteja sob a autoridade de um representante legal ou gestor e que este não tenha exercido o seu devido poder de controle o delegando a esse terceiro (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2012).

Também é importante lembrar que, nesse modelo, qualquer modalidade delitiva da pessoa física é relevante para gerar a responsabilidade da pessoa moral, a exemplo de condutas de autoria ou de participação ou para delitos consumados ou tentados.

Outros países da tradição continental também adotaram a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para citar alguns exemplos: Portugal que praticamente tornou a responsabilidade criminal de pessoas

jurídicas a regra em sua legislação extravagante, a Itália que adotou tal instituto no ano de 2001, mesmo ainda hoje havendo fortes polêmicas sobre a natureza formalmente administrativa e materialmente criminal das sanções impostas às pessoas jurídicas e, finalmente, o Chile que, em 2009, passou a responsabilizar as pessoas jurídicas.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica não é nenhuma novidade ao considerar o contexto dos países do chamado *Common Law* que, há muito tempo, já convivem com a figura da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Exemplo maior é o percurso da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos Estados Unidos, a qual se iniciou com uma decisão da Suprema Corte de 1909, a qual alterou o até então consagrado posicionamento de que a responsabilização dos entes morais seria impossível, dado o fato desses serem “invisíveis, intangíveis, seres artificiais, ou meras entidades legais”.

Em tal decisão, a Suprema Corte analisou o caso *New York Central & Hudson River Railroad Company v United States*. Em breve síntese, o caso tratava de um recurso que versava sobre a inconstitucionalidade de se punir uma pessoa jurídica, dada a justificativa de o Congresso não ter “autoridade para imputar o cometimento de um crime a uma corporação ou submetê-la a processo criminal.” A Suprema Corte no caso em tela acabou por decidir que a imunidade penal baseada em uma suposta falta de capacidade empresarial de cometer crimes, eliminaria o único meio de controlar as condutas corporativas. Assim sendo, a pessoa jurídica deveria ser responsabilizada pelas ações e omissões de seus funcionários e representantes, uma vez que estas tenham sido cometidas em seu favor. SALVADOR NETTO

No Reino Unido, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é reconhecida desde o ano de 1925, em virtude do *Criminal Justice Act.*, Manuel Gómez Tomillo, ao considerar a forte influência dos precedentes judiciais no direito anglo saxão, apontou, entretanto, que a responsabilidade de entes coletivos já era presente em tal país desde o ano de 1846, com o caso *Queen vs Great North of England Rly Co.* (BUSATO,2019).

Atualmente, é possível constatar que a responsabilidade penal corporativa é cada vez mais aceita no direito britânico, ampliando-se os campos onde esta é reconhecida. A teoria da identificação, na qual se busca a culpabilidade individual para aí se transferir a responsabilidade

de penal para a empresa, mostrou-se insuficiente no caso concreto, a exemplo do naufrágio do *Herald of Free Enterprise*, quando morreram 188 pessoas gerando um debate sobre a possibilidade de se imputar a uma pessoa jurídica um crime de homicídio. Possibilidade que restou confirmada com a promulgação em 2007 do *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*. (BUSATO,2019).

3. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No direito estrangeiro, resta-se perceptível a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Passe-se agora a uma análise de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro a partir dos artigos 173, § 5º e 225, §3º da Constituição Federal, além do artigo 3º da Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes ambientais).

Em um primeiro momento, é possível verificar que o artigo 173, § 5º da Constituição Federal dispõe que diante da prática de atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, as pessoas jurídicas poderão ser punidas com sanções compatíveis com a sua natureza.

De acordo com o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2002), isso se caracterizou em um verdadeiro rompimento com a ideia de que as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas penalmente. Nessa mesma linha de raciocínio, também argumenta José Afonso da Silva (2007), ao reconhecer que o artigo 173, § 5º da Constituição da República, é apto a imputar sanções as pessoas jurídicas que lhe sejam compatíveis com a sua natureza, aqui incluso também as sanções penais.

Em um entendimento completamente diferente, Juarez Cirino dos Santos (2007) entende que o referido dispositivo constitucional não permite uma interpretação que permita a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas. Segundo o penalista paranaense, o artigo 173, § 5º da Constituição Federal tem em seu bojo a palavra “responsabilidade – e não responsabilidade penal; a Constituição fala de atos – e não de crimes”. (BASTOS, 2002)

Entretanto, o também penalista Sérgio Salomão Shecaira defende que a Constituição Federal admitiu a possibilidade da responsabilidade

penal da pessoa jurídica, seja em matéria econômica por meio do artigo 173, § 5º, seja em matéria ambiental por meio do artigo 225, §3º, uma vez que em seu texto não há nenhum dispositivo que proíba tal possibilidade. (SHECAIRA, 1998).

Um dos argumentos contrários a responsabilização penal em matéria ambiental estaria no suposto fato do legislador, ao inserir o artigo 225, §3º na Constituição, estar objetivando sujeitar entes coletivos às sanções de natureza administrativa decorrentes da prática de condutas criminosas.²⁵ (GOMES, 2011).

Miguel Reale e Juarez Cirino dos Santos compartilham da tese de que o artigo 225, §3º da Carta Magna brasileira não criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil. Exemplificativamente, outros doutrinadores também seguem esse

condão de raciocínio, a exemplo de: Cezar Roberto Bittencourt²⁶, René Ariel Dotti²⁷ e Eugenio Raul Zaffaroni²⁸.

A primeira crítica que surge ao posicionamento adotado pelos penalistas referidos anteriormente reside na errônea ideia de que as sanções penais são exclusivamente atribuíveis apenas aos seres humanos, uma vez que somente esses seriam capazes de cometer uma conduta criminosa. Isso decorre de um erro interpretativo do artigo 225, §3º da Constituição Federal, ao enxergá-lo por um viés ontológico da ação, pressupondo a necessidade de um substrato material para realização de uma ação.

Outra crítica que se faz é que por essa interpretação, o Direito Penal estaria reservado às pessoas físicas que viessem a poluir, enquanto o

25 **Observação:** É possível ver o posicionamento dos autores mencionados nas seguintes obras:

26 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p245.

27 DOTTI, René Ariel. **Incapacidade criminal da pessoa jurídica**. In: Prado, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.201.

28 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Parer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. In: Prado, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.44.

direito administrativo estaria reservado às poderosas empresas poluidoras. Isso se configuraria em uma violação ao princípio da intervenção mínima (em relação às pessoas físicas), além de levar a penalidades mais fracas em relação àqueles que mais ofendem severamente o meio ambiente, e vice versa, em franca violação à ideia de proporcionalidade.

Deve-se ressaltar também que o artigo 225 da Constituição da República almeja a mais completa proteção ambiental e, para tal, utiliza-se tanto do Direito Penal como do Direito Administrativo para punir pessoas coletivas e pessoas físicas, sendo que a relação entre ambos é advinda da fragmentariedade do Direito Penal, orientado pela ideia da intervenção mínima.

Esse pensamento foi o que também prevaleceu quando o legislador infraconstitucional criou a Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), a qual diria expressamente em seu artigo 3º a possibilidade de responsabilizar penalmente os entes coletivos.

Desse modo, mesmo que se argumente que o legislador constituinte não previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não resta dúvidas que o art. 3º da Lei nº 9.605/98 deixou clara a possibilidade de imputação penal aos entes coletivos, não excluindo a responsabilidade das pessoas físicas.

Observando, desde esse ponto de vista infraconstitucional, torna-se hialino que o ordenamento jurídico pátrio permita a possibilidade de entes coletivos serem sancionados penalmente em virtude de delitos que tenham cometido.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou explicar brevemente as motivações criminológicas para a responsabilização penal das pessoas jurídicas, e após isso fez-se uma breve análise de tal instituto no direito estrangeiro. Em tal análise demonstrou-se que a responsabilização de entes coletivos não é uma inovação do direito penal brasileiro, e sim um instituto já consolidado nos ordenamentos estrangeiros.

Por último foi dado um breve panorama da atual situação atual do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Longe de exaurir o tema, o presente artigo objetivou dar um vislumbre da matéria em tela para que assim se comprove a sua relevância para a política criminal brasileira. Apenas com uma eficaz responsabilização penal da pessoa jurídica poderemos atender as novas demandas impostas pela modernidade em matéria criminal.

Assim beneficiando a sociedade brasileira como um todo e defendendo aqueles que mais sofrem com os danos causados pela criminalidade empresarial: as classes mais pobres e mais marginalizadas. Uma vez que os mais atingidos pelos crimes econômicos e ambientais, por exemplo, serão esses. Basta lembrarmos dos emblemáticos casos, já citados, de Brumadinho e Mariana em Minas Gerais.

Deve se portanto considerar esse artigo de forma não perfunctória, afim de provocar um amplo debate sobre a temática no cerne da academia, visando lançar as bases teóricas desse importante instituto para que ocorra o seu desenvolvimento pelo nosso ordenamento pátrio, respeitando as idiossincrasias do povo brasileiro e as múltiplas realidades sociais presentes em nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A Sociedade Global do Risco.**

Tradução de Selvino José Assmann. Florianópolis: UFSC – Departamento de Filosofia, 2000. Texto original disponível em: [HTTP://lgx-server.uniba.it](http://lgx-server.uniba.it). Acesso em 12 Jun. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: C.Bastos, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p245.

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal.** Curitiba: Juruá, 2012.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. *Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas.* Valência. Tirant Lo Blanch, 2019

_____. **Direito Penal: parte Geral.** 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DOTTI, René Ariel. **Incapacidade criminal da pessoa jurídica.** In: Prado, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.201.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. **“Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código penal español”.** In Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. [Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijóo Sánchez e Carlos Gómez-Jara Díez – orgs.]. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

_____. **“La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”.** In Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. [Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijóo Sánchez e Carlos Gómez-Jara Díez – orgs.]. Madrid: Thompson-Civitas, 2012

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crimes ambientais: comentários à lei 9.605/98.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P.31.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HEINE, Günther. **La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales.** Trad. Alda Figueroa Navarro y José Hurtado Pozo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. La responsa-

bilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comaprada. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

_____ .. **Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originária de la empresa.** In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (org). Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas. Bogotá: Externado, 2008.

PRADEL, J. *Droit Pénal Général*. 9.ed. Paris, 1994

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. V.1

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.p.847.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica- de acordo com a Lei 9.605/98.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.p.64.

SCHÜNEMANN, Bernd. “*Cuestiones* básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de *la criminalidad de la empresa*”. In: *Anuário de Direito penal y Ciências penales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, n.38, 1988.

TIEDEMANN, Klaus. **La reponsabilitá penale delle persone giuridiche nel diritto comparato.** Traduzido por Alessandra Szegö. Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale, Milano.1995

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.** In: Prado, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.44.

A LEGITIMIDADE DO INSTITUTO DA IMPRONÚNCIA NO JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA AFIRMAÇÃO DA MÁXIMA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA

Daniel Nascimento Duarte

INTRODUÇÃO

O devido processo penal (GIACOMOLLI, 2016) brasileiro, deve pautar-se no máximo respeito às diretrizes constitucionais e convencionais atinentes às garantias fundamentais a todo e qualquer cidadão submetido às violências de um procedimento criminal. A afirmação de tais direitos fundamentais é, pois, o objetivo a ser alcançado por um processo de caris penal que se guie pelo resguardo dos direitos do lado vulnerável de uma relação intrinsecamente desigual, afinal, “a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há, portanto, de existir e se desenvolver a relação processual, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988” (PRADO, 2005, p.86) e, por consequência necessária, o direito processual penal, ainda que oriundo em grau normativo da malfadada década de 40, deve-se enquadrar conforme tal paradigma.

Fato é, porém, que o âmbito processual penal brasileiro por anos à fio vem se caracterizando por reformas estruturais densas onde,

diante de tal conjuntura delicada, a nossa legislação processual penal chega a ser por vezes enquadrada, acertadamente, como uma “colcha de retalhos” normativa (LOPES JÚNIOR, 2019). Sabe-se, contudo, que o instituto da impronúncia no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tema aqui proposto, não sofreu maiores modificações substanciais desde o seu nascedouro na década de 40. Apesar das polêmicas²⁹ adições da “lei anticrime” no procedimento do Tribunal do Júri, a estrutura do instituto da impronúncia se mantém tal qual delimitada pela reforma de 2008 (lei 11.689/08) que, por sua vez, modificou apenas aspectos gramaticais da redação legal originária, inseriu pequenas correções técnicas e realocou o instituto do antigo artigo 409 para o atual artigo 414 do diploma processual que fixa que “Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado”.

Intenta-se nas presentes linhas refletir acerca do instituto da impronúncia alocando-o, em grau de hipótese da pesquisa, como detentor de base constitucional na máxima da plenitude de defesa prevista no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a” da Constituição Federal e como instrumental afirmativo da própria liberdade humana no exercício das oportunidades defensivas processuais no rito especial do tribunal do Júri na medida em que, em mesma medida, afirma a máxima basilar do *in dubio pro reo*.

A partir de premissas que partem da máxima eficácia dos direitos fundamentais e considerando a importância do plano prático-aplicativo do direito processual penal (MORAIS DA ROSA, 2019) e, sobretudo,

29 A “lei anticrime” (lei 13.694/19) inseriu no procedimento especial do tribunal do Júri – art. 492, inciso I, alínea “e” – a possibilidade de execução imediata da pena de prisão nos casos de condenação superior a 15 anos perante o plenário do Júri. Além disso, nos parágrafos 3º ao 6º do mesmo artigo, trata de peculiaridades do recurso de apelação para tais casos, delimitando, inclusive, que tal recurso não terá, como regra, efeito suspensivo. Tal mudança, a nosso sentir, se perfaz incompatível com o princípio da presunção de inocência e com a máxima constitucional da plenitude de defesa, sem contar a difícil compatibilidade com o duplo grau de jurisdição em matéria penal, caracterizando considerável afronta ao paradigma processual penal democrático e sua inarredável faceta garantista (FERRAJOLI, 2014).

levando em conta ainda a existência de entendimento consolidado³⁰ em toda jurisprudência nacional de possibilidade de decisões embasadas no nocivo *in dubio pro societate*, o problema posto é se – do ponto de vista da afirmação da plenitude de defesa nos crimes dolosos contra a vida e bem como da afirmação da tutela da liberdade humana mediante o exercício de instrumentais defensivos no rito do júri – é acertado o atual entendimento doutrinário que defende a inconstitucionalidade da impronúncia em nosso Ordenamento?

Por meio de revisão bibliográfica, a proposta buscará contribuir com o debate a fim de fomentar a importância de um pensamento processual penal crítico³¹ para além das atuais sedimentações ditas progressistas mas que, por vezes, se engessam nas linhas das próprias reflexões isoladas e circulares. Chama-se a atenção, portanto, para a importância de se refletir certos institutos “clássicos” por outros sentidos possíveis visando, em grau de contribuição, uma possível ampliação de horizontes teóricos para a temática.

1 O ATUAL ESTADO DA ARTE CRÍTICO-DOGMÁTICO DO INSTITUTO

Conforme é de conhecimento de todo estudioso do processo penal brasileiro, a impronúncia enquanto instituto processual legítimo padece de incisivas críticas por parte da dogmática nacional que, quase à unanimidade, conclui por sua inconstitucionalidade. Não serão abordados aqui os consensos conceituais e técnicos acerca do instituto

30 Neste sentido, para fins ilustrativos, os recentes julgados dos Tribunais Superiores: STF -ARE 1250182, Rel. Ministro Luiz Fux, Dje. 21/02/2020 e STJ - AgRg no REsp 1832692/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Dje 12/02/2020. Em ambos os julgados se faz referência a aplicabilidade do *in dubio pro societate* enquanto entendimento prevalecente das Cortes. Apesar de existirem vozes dissidentes em ambos os Tribunais, à exemplo do Ministro Rogério Schietti no âmbito do STJ (vide Resp. 1.689.173-SC, Dje. 26/03/2018) e dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski no âmbito do STF (vide ARE 1.067.392/CE julgado em 26/03/2019) o entendimento pela aplicação e legitimidade do insustentável *in dubio pro societate* ainda é o prevalecente na jurisprudência das Cortes e, por conta disso, a aplicação de tal máxima nos âmbitos da justiça comum e dos Tribunais de Justiça é um fato.

31 Neste sentido, MELCHIOR, 2017.

(como natureza jurídica, conceito, possibilidades recursais, dentre outros), o foco neste momento, em respeito aos objetivos traçados no plano introdutório, é delinear as nuances críticas que o instituto recebe até os dias atuais, para, depois, refletirmos sobre uma possível ampliação de horizontes para a discussão.

Ao que parece ser, mais do que a própria existência da impronúncia enquanto dispositivo processual específico do julgamento dos crimes dolosos contra vida, o grande eixo crítico que norteia o instituto está relacionado diretamente ao seu *âmbito consequencial*, previsto no parágrafo único do atual art. 414 do CPP que dispõem que “*Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova*”.

Assim, de acordo com o mencionado dispositivo, o cidadão outrora acusado poderá ser reprocessado a qualquer momento, desde que surjam novas provas, tendo como longínquo limite temporal a extinção da punibilidade. Nesse contexto, a decisão de impronúncia produz um limiar atípico em que “encerra” o processo, mas não absolve o acusado, desenhando, portanto, por força da ausência de coisa julgada material, uma situação hipotética em que o réu não está livre de um possível julgamento, gerando, assim, uma condição processual nocivamente peculiar.

Tal previsão, portanto, é objeto de questionamentos por vários vieses, desde as nuances de segurança jurídica (em virtude da situação de incerteza gerada ao acusado que não foi nem condenado e nem absolvido) até, sobretudo, a incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência já que a incerteza quanto a autoria ou a materialidade do delito, após perpassada a instrução processual da primeira fase, deveria [no mundo teórico ideal] levar à absolvição sumária (art.415 do CPP) do acusado.

Desde a doutrina nacional tomada como “clássica” (TOURINHO FILHO, 2013) até as produções intelectuais mais contemporâneas, sejam os teóricos mais conservadores ou até mesmo os perceptivelmente mais progressistas, as críticas à impronúncia tocam os mesmos eixos centrais e a permanência na engessada conclusão de que o instituto seria ilegítimo (e para a grande maioria inconstitucional) perfaz o estado da arte crítico-dogmático das reflexões que o norteiam.

À título de ilustração do acima exposto, Paulo Rangel (2018, p.162) destaca que a impronúncia é “verdadeira afronta ao princípio da presunção de inocência, ou seja, não se encontram indícios de autoria ou prova da materialidade do fato, mas, mesmo assim, o réu permanece com a espada de Dâmocles sobre sua cabeça”. Logo, segundo o autor, a decisão que deve ser adotada é a decisão absolutória “pois houve falha do Estado administração no exercício da pretensão acusatória, que não logrou êxito em provar a acusação”. Não sendo legítimo, segundo o autor, “sacrificar a dignidade do réu em detrimento de uma falha do Estado” (RANGEL, 2018, p. 162).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2019, p. 578) qualifica a impronúncia e, sobretudo sua consequência prevista no parágrafo único do art. 414, como uma solução de “um artificialismo sem par” e enquadra o instituto como “verdadeira e inaceitável violação do princípio da vedação da revisão pro societate” (2019, p.2019). Guilherme de Souza Nucci, também em crítica à impronúncia, destaca que “se foi apresentada a denúncia ou queixa, instaurou-se o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, provas foram livremente produzidas e, ao final, nenhuma solução concreta se encontrou, o caminho correto deveria ser a absolvição” (2015, p. 694).

Aury Lopes Júnior (2019), por sua vez, enquadra o instituto como um reflexo de permanência inquisitiva (2019, p.1003) e alerta que “A impronúncia não resolve nada. Gera um angustiante e ilegal estado de “pendência”, pois o réu não está nem absolvido, nem condenado. E, o que é pior, pode voltar a ser processado pelo mesmo fato a qualquer momento” (2019, p. 1003). E, por fim, conclui o autor, que a impronúncia “Trata-se de uma decisão substancialmente inconstitucional e que viola, quando de sua aplicação, a presunção de inocência. Se não há prova suficiente da existência do fato e/ou da autoria, para autorizar a pronúncia (e, recorde-se, nesse momento processual, vigora a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*), a decisão deveria ser absolutória” (2019, p.1004).

Percebe-se, pois, que as palavras são diferentes mas o eixo da crítica é o mesmo: o respeito a presunção de inocência e a aversão à situação de insegurança a que fica subjugado o acusado. De mesmo modo, o *locus* onde a crítica habita também é o mesmo, o *âmbito consequencial* constante no parágrafo único do artigo 414 do CPP.

Num primeiro olhar, não há nada de errado com tais críticas que já podem ser consideradas clássicas. De fato, a preocupação com a situação consequencial do acusado impronunciado é legítima. Respeita-se aqui todas as críticas que atualmente ainda são feitas e, de fato, estas possuem, de certa forma, coerência paradigmática e até mesmo principiológica, bem como são perceptíveis seus intentos progressistas e garantidores.

Entretanto, a reflexão que se põe visa considerar a legitimidade da impronúncia enquanto instituto processual em si e não apenas visualizar o seu polêmico âmbito consequencial. A partir dessa quebra, talvez seja possível enxergar o instituto de maneira diferente e relacioná-lo com o resguardo da liberdade humana a partir do aproveitamento das chances defensivas possíveis no jogo processual penal (MORAIS DA ROSA, 2019).

A partir dessa ampliação de horizontes será que, de fato, o instituto padece de inconstitucionalidade? Se o grande problema está em seu âmbito consequencial, não será este que deva ser modificado?

Quanto a primeira provocação, entende-se que o instituto não padece de qualquer inconstitucionalidade e buscaremos, abaixo, demonstrar isso a partir do alocamento da impronúncia no contexto do princípio constitucional da plenitude de defesa no tribunal do Júri.

Quanto a segunda provocação, entende-se que, de fato, o âmbito consequencial da impronúncia tal qual hoje se apresenta se faz insustentável, assim, no tópico final, a partir da identificação do instituto como uma hipótese de chance defensiva (própria da quista defesa plena que deve imperar no procedimento) e mais uma possibilidade de tutela da liberdade humana, buscar-se-á indicar propostas para uma remodulação técnica das consequências processuais da impronúncia, visando não só responder as críticas clássicas que ainda imperam no plano teórico, mas também com o intento de chegar ao denominador razoável que permita a manutenção do instituto no Ordenamento.

2 A PLENITUDE DE DEFESA ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri, enquanto procedimento especial, detém respaldo³² constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, da Carta

32 As polêmicas que envolvem as críticas à existência do procedimento do Tribunal do

política. O dispositivo elenca em suas alíneas quatro princípios³³ basilares: a) a *plenitude de defesa*; b) o sigilo das votações; c) soberania dos veredictos e d) a competência para os crimes dolosos contra a vida.

Dentro dos limites propostos por essas breves linhas, falar no princípio da plenitude de defesa no Tribunal do Júri é, sobretudo, tomá-lo como garantia fundamental com incidência ainda mais contundente do que a própria ampla defesa (que deve ser resguardada a todo e qualquer procedimento criminal). Para além da notória diferença vernacular, onde a noção de amplitude em muito se distancia da noção de plenitude, a própria abordagem individualizada das previsões de ampla defesa (inciso LV) e de plenitude de defesa (inciso XXXVIII) no corpo do mesmo art. 5º da Constituição denotam a diferenciação expressa dos institutos por parte do Constituinte em virtude das peculiaridades do julgamento popular em que, se não resguardado o exercício da defesa de maneira superior e irretocável, poderia se dar vazão a desigualdades processuais e até mesmo injustiças.

Ademais, é no plano técnico-procedimental – de aplicação da legislação ordinária nos julgamentos concretos – que as concepções, de fato, devem externar suas distinções. Assim, no rito especial do Tribunal do Júri os resguardos defensivos se perfazem redobrados e as chances possíveis ao pleno exercício defensivo devem ser enaltecidas mais do que nos demais procedimentos. Em termos dogmáticos, “A ampla defesa reclama uma abundante atuação do defensor, ainda que não seja completa e perfeita. Contudo, a plenitude de defesa exige uma integral atuação defensiva, valendo-se o defensor de todos os instrumentos previstos em lei, evitando-se qualquer forma de cerceamento” (NUCCI, 2015, p.36). Expõe ainda o autor citado que “A intenção do constituinte foi aplicar ao Tribunal Popular um método que privilegie a defesa, em caso de confronto inafastável com a acusação, homenageando a sua plenitude” (2015, p.37).

Júri não são objeto da presente exposição. Filia-se aqui à posição de que o Tribunal do Júri trata-se de garantia fundamental do cidadão, prevista no artigo 5º da Constituição Federal, sendo, portanto, do ponto de vista axiológico, cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º da Carta Federal.

33 A noção principiológica aqui utilizada pauta-se na concepção constitucional, já clássica, difundida por CANOTILHO (1993) e reforçada em âmbito nacional por José Afonso da Silva (1994).

Nos poucos trabalhos que abordam de uma maneira menos superficial o princípio da plenitude de defesa, é recorrente a alegação de que ela se justifica, sobretudo, pelo fato de que ao final quem determinará os destinos do acusado serão os juízes leigos do Conselho de Sentença. De fato, conforme destaca Oliveira (2015, p. 282) “nos julgamentos levados a efeito perante o juiz togado, pode o magistrado suprir eventuais falhas por parte da defesa e filtrar eventuais excessos por parte da acusação, o que não acontece no Tribunal do Júri, onde os magistrados de fato são leigos e em regra não podem agir na mesma forma”.

Logo, segundo Antônio Scarance Fernandes “Quis o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, assegurar aos acusados do júri mais, ou seja, a defesa plena, levando em conta principalmente o fato de que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada” (2012, p.166). Dessa forma, diante de tal contexto, se há a ocorrência de um exercício defensivo imperfeito ou limitado, os prejuízos ao acusado tenderiam a ser extremamente consideráveis, afinal os jurados, além de não fundamentarem as decisões, não raras vezes, emanam convencimento que “não se constitui com base no fundamento jurídico contemplado nas leis, e sim nos sentimentos comuns e populares que permeiam a sociedade” (ALVES e NETO, 2015, p.180). Por conta disso, o exercício defensivo deve ser pleno, sem restrições e com o resguardo de todas as possibilidades possíveis.

Percebe-se, nesse contexto, que a dita “paridade de armas” (hipocritamente levantada por membros do Ministério Público até os dias atuais) se vê, acertadamente, flexibilizada no Rito do Tribunal do Júri por força inarredável da plenitude de Defesa. Isto porque, as flexibilizações de direitos individuais próprias a todo processo criminal, se veem enaltecidas no julgamento popular perante o tribunal do júri.

À título ilustrativo (sem maiores aprofundamentos e sem a intenção de dissecar as hipóteses possíveis) podem ser elencados como exemplos da incidência da plenitude de defesa no rito especial do Tribunal do Júri a possibilidade, em caso de tréplica, de inovação de tese defensiva³⁴; a expressa atribuição do juiz presidente de, quando neces-

34 Nesse sentido, dentre muitos, Gustavo Badaró (2012, p.508).

sário, declarar o réu indefeso (art. 497, V, CPP) dissolvendo o plenário e possibilitando ao acusado a plena defesa em um novo julgamento; a possibilidade (ainda que minoritária do ponto de visto teórico) de tréplica sem a necessidade de réplica³⁵; possibilidade de quesitação de tese quando extraída do interrogatório do acusado (art.482, parágrafo único); necessidade de quesitação da tese principal mais benéfica à defesa antes de eventual tese desclassificatória³⁶; a possibilidade de 3 recusas imotivadas *para cada corréu* ainda que o defensor seja o mesmo³⁷ (art.468 e 469 CPP); a vedação, sob pena de nulidade, de apartes que prejudiquem sobremaneira a defesa³⁸; a vedação à *reformatio in pejus* indireta em casos de recurso exclusivo da defesa³⁹, e até mesmo a vedação de comunicabilidade entre membros do conselho de sentença e membros do Ministério Público ou manifestação de concordância com a tese acusatória durante o julgamento⁴⁰, bem como, as hipóteses legais de nulidades de plenário, como a menção ao direito ao silêncio (art.478, II, CPP), referência ao uso de algemas como argumento que prejudique o acusado (art. 478, I, CPP), referência à decisão de pronúncia e as decisões posteriores que julgaram admissível a acusação (art. 478, I, CPP), dentre tantos outros exemplos próprios da dinâmica peculiar de cada julgamento posto sob o procedimento especial do Júri.

Ademais, a própria existência de duas fases no procedimento com duas instruções probatórias (não raras vezes com repetições de oitivas) e dois interrogatórios e até mesmo a previsão do quesito objetivo “o jurado absolve o acusado?” (art. 483, §2º, CPP) no qual o jurado pode julgar para além da legalidade estrita e dos frios termos jurídicos, enaltecem ainda mais a plenitude de defesa.

35 Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2019, p. 1033).

36 Neste sentido: **STJ - REsp 1.509.504-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015**, (Info. 573).

37 Nesse sentido: **STJ - REsp 1.540.151-MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 8/9/2015, DJe 29/9/2015**, (info.570)

38 Nesse sentido, vide: William César Pinto de Oliveira (2015).

39 Nesse sentido: STJ - Habeas Corpus nº 205.616-SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 12.6.2012, publicado no DJ em 27.6.2012.

40 Nesse sentido: STJ. 6ª Turma. HC 436.241-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/06/2018, (Info 630).

Passa-se agora a refletir sobre o enquadramento do instituto da impronúncia nesse contexto da garantia fundamental da plenitude de defesa.

3 A IMPRONÚNCIA COMO HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA PLENITUDE DE DEFESA: A CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

Assim como as hipóteses acima elencadas, a nosso sentir, a impronúncia também se perfaz como hipótese de incidência do princípio constitucional da plenitude de defesa, possuindo, portanto, o devido alocamento constitucional. Dessa maneira, tal instituto se apresenta como sendo uma consequência processual decorrente umbilicalmente de tal princípio constitucional do Tribunal do Júri. Assim, a impronúncia tende a carregar consigo o “gene epistêmico” de garantia fundamental pois decorrente diretamente da plenitude de defesa prevista do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a” da Constituição Federal e, por que não dizer, das próprias balizas Convencionais previstas enquanto garantias judiciais no artigo 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 8º) que, em se tratando de Tribunal do Júri tal qual previsto na Constituição Federal, também se enalteceriam em busca de um patamar de maior plenitude.

Se faz essencial frisar que, por mais que as evidenciações da plenitude de defesa tendam a ocorrer mais na fase de plenário, a Constituição Federal não faz qualquer delimitação de que tal princípio deva incidir exclusivamente na segunda fase do procedimento. Dessa maneira, é de firme compatibilidade constitucional o resguardo pleno das possibilidades defensivas também na primeira fase⁴¹ do procedimento do Júri, ambiente em que se localiza justamente o instituto da impronúncia.

O princípio da plenitude de defesa advém como garantia que “potencializa as oportunidades na mesma medida em que diminui as pos-

41 Sobre tal ponto, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de invocar o princípio da plenitude de defesa até mesmo em sede de denúncia, em caso em que fora apresentada acusação genérica acerca do crime doloso contra a vida objeto posto sob julgamento (**STJ - RHC 39.627-RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 8/4/2014, inf.538**).

sibilidades de restrições, para que se possa falar no exercício de uma defesa plena” (OLIVEIRA, 2015, p.283) e, nesse contexto, a impronúncia contribui sobremaneira com tal intento. Pensada a impronúncia enquanto instituto processual penal aplicado em *benefício do réu* quando não houver convencimento por parte do julgador acerca da autoria ou materialidade do delito, não há como se furtar de enquadrá-la *como aparato defensivo no procedimento* e, portanto, detentora do devido susten-táculo constitucional a partir do princípio da plenitude de defesa.

É justamente nesse ponto que habita nossa central discordância com a crítica clássica à impronúncia que defende a sua inconstitucionalidade. Afinal, o que nos parece, é que a dita crítica clássica desconsidera o princípio constitucional da plenitude de defesa e a importância da sua afirmação, bem como esquece o seu caráter de garantia fundamental inafastável e, sobretudo, seu *caráter específico* voltado ao procedimento do Tribunal do Júri.

Retirar a impronúncia do ordenamento, com o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, culminaria na retirada de uma plausível possibilidade defensiva, o que enfraqueceria o caráter pleno do exercício defensivo e por sua vez feriria o princípio constitucional da plenitude de defesa. Em outras palavras, a nosso sentir, inconstitucional seria a retirada do instituto do Ordenamento.

Para além do debate técnico que norteia a possibilidade ou não de compatibilidade entre o *âmbito consequencial* da impronúncia e o princípio da presunção de inocência (ponto específico ao qual abaixo se apresentará um possível denominador comum) acredita-se que há um fato inafastável em tal debate e que não há como ser desconsiderado: entre a submissão a um julgamento violento e imprevisível perante o plenário popular e o reconhecimento da impronúncia, esta última, sem dúvidas, tende a ser mais benéfica ao réu e tende a afirmar de maneira mais efetiva a tutela da liberdade humana mediante o exercício defensivo pois advém como alternativa à continuidade ilegítima do procedimento sem a devida delimitação da autoria e da materialidade do delito. Afinal, em termos defensivos, é preferível o “término prematuro” da ação penal ao invés da submissão desarrazoada do réu ao plenário do Júri em circunstâncias de incertezas.

Talvez exista dificuldade dos partidários da inconstitucionalidade da impronúncia em enxergar benefícios no instituto pois ainda insis-

tem em focar as reflexões no acima destacado âmbito consequencial e, a partir daí, compará-lo, necessariamente com o quisto [e ideal] exercício da absolvição sumária pelo magistrado. De fato, se focarmos em tais nuances, a tendência é realmente concordar com a crítica clássica. No entanto, se mudarmos a linha de comparação e focarmos na tutela da liberdade humana e no exercício de possibilidades defensivas em comparativo com a existência iminente de uma submissão ilegítima a um julgamento popular, as linhas reflexivas podem mudar e o instituto da impronúncia tende a ganhar em legitimidade e, até mesmo, sua relação de proximidade com o próprio *in dubio pro reo* tende a aparecer com mais clareza.

4 REFLEXÕES E PROPOSTAS CONCLUSIVAS: PARA ALÉM DO MAIS DO MESMO

A situação cotidianamente autoritária (GLOECKNER, 2018) da conjuntura processual penal brasileira deve guiar intelectualmente para uma tentativa de ampliar os horizontes do debate, sob pena de sermos, em certa medida, coniventes com eventual congelamento da discussão em âmbito nacional frente a uma ausência de possibilitantes reflexivos capazes de guiar para uma nova forma, mais realista talvez, de enxergar a situação.

Quando alocamos a impronúncia como evidência de “chance defensiva” no procedimento criminal estamos, além de tomá-la como afirmação da máxima constitucional da plenitude de defesa, a enquadrá-la, também, como legítima estratégia que envolve o “jogo processual” (MORAIS DA ROSA, 2019) no qual, considerado fatores e variáveis peculiares (que vão desde o campo ideológico, estrutural, até ao campo midiático) o lado defensivo se vê em constante e intrínseca posição de desvantagem, perfazendo, assim, um contexto onde a seletividade, o preconceito e a cotidianização de flexibilizações das garantias processuais são uma constante inafastável.

Este contexto em correlação direta com a temática aqui debatida tende a nos evidenciar que, para o real proveito da discussão, não pode ser desconsiderada a catastrófica permanência do famigerado instituto do “*in dubio pro societate*” em nosso Ordenamento, máxima esta que, in-

felizmente, ainda é aplicada sem maiores constrangimentos pelos Tribunais de todo país, abalizados pelo entendimento⁴² ainda prevalecente nas Cortes Superiores que – num reflexo claro de ressignificação autoritária (GLOECKNER, 2015) no processo criminal brasileiro – ainda admitem e reafirmam o brocardo. Portanto, não é possível pensar o instituto da impronúncia atualmente dissociando-o de tal realidade.

Na perspectiva acima delineada, deve-se ter em mente que *in dubio pro societate* e *impronúncia* são institutos diametralmente opostos, na medida em que o último é a evidenciação do *in dubio pro reo* na legislação processual. Assim, bem ou mal, por mais que discordemos veementemente do primeiro, ambos se apresentam atualmente como *opções* ao magistrado que dará a decisão que finalizará a primeira fase do procedimento do Júri. Qual o sentido de entre as opções possíveis abolir do ordenamento justamente aquela que é favorável aos intentos defensivos?

Se a tendência atual é que o *in dubio pro societate* ainda permaneça produzindo seus nefastos efeitos na conjuntura processual brasileira, que se mantenha também no Ordenamento o instituto que lhe faça frente. Afinal, a pura aplicação da sugestão doutrinária de reconhecer a inconstitucionalidade e extirpar o instituto da impronúncia do Ordenamento acaba por conceber, ainda que tacitamente, a permanência isolada do *in dubio pro societate* em nosso contexto.

Se, atualmente, mesmo com a existência da impronúncia, a realidade processual já é extremamente violenta para todos os processados do país não seria pior com a sua retirada do Ordenamento? Será que realmente acredita-se que, em nosso atual contexto, revogada a impronúncia, na dúvida, o magistrado irá absolver sumariamente o acusado? Chega a ser ingênuo pensar dessa forma... É acreditar que é possível confiar na “bondade dos bons” no processo penal.

Em fins ilustrativos, recentemente, no julgamento do Agravo do Recurso Extraordinário 1.067.392/CE (Rel. Ministro Gilmar Mendes) o Supremo Tribunal Federal desconstituiu uma decisão de pronúncia submetia sem o devido respaldo probatório dois réus ao julgamento perante o plenário popular. No caso, a Corte Superior restabeleceu

42 Vide nota de rodapé nº.2.

exatamente uma decisão de impronúncia que havia sido prolatada pelo juiz de primeira instância, reconhecendo que a incerteza deve culminar em benefício do réu e não o contrário e a noção de benefício culminou na aplicação da impronúncia e não na aplicação da absolvição sumária como permanece a defender a dogmática atual. Imagine-se os deslindes práticos de tal caso concreto se não existisse o instituto da impronúncia enquanto opção aos julgadores? Não seria de surpreender a manutenção do julgamento ilegítimo dos réus.

A conclusão a que chega a doutrina nacional de que a impronúncia não possui razão de ser no Ordenamento já que a dúvida deve levar à absolvição sumária do acusado (por força do *in dubio pro reo*) desconsidera ainda que *a real evidenciação legal (expressa no CPP) da máxima do in dubio pro reo é a impronúncia e não a absolvição sumária, na medida em que, em termos legais, não há no art. 415 do CPP qualquer inciso que aborde diretamente a absolvição sumária na primeira fase do tribunal do júri por insuficiência probatória.*

Logo, se é verdade que é o instituto da impronúncia que afirma expressamente o *in dubio pro reo* em evidência normativa no código processual, a eventual afronta à presunção de inocência por parte do instituto, tão elencada pela dogmática nacional, não se configuraria, já que a máxima do *in dubio pro reo* nada mais é do que a incidência probatória do princípio da presunção de inocência no Ordenamento. Tal conclusão se reforça se pensado justamente o instituto da impronúncia enquanto tal (nos termos do caput do art. 414 do CPP) e não apenas o seu aspecto consequencial (previsto no parágrafo único do mesmo artigo).

Quanto a este aspecto consequencial, de fato há um importante ponto de concordância entre a posição aqui apresentada (pela manutenção do instituto da impronúncia no Ordenamento) e a posição que impera na doutrina nacional (pela expurgação do instituto), ou seja, não se discorda que a impronúncia gera ao acusado “um estado de pendência, de incerteza e insegurança processual (LOPES JÚNIOR, 2019, p.1003)”. Assim, de fato, acredita-se ser inconcebível em grau temporal que o acusado fique até 20 anos – se considerada a prescrição em abstrato de uma acusação por homicídio doloso, por exemplo – a mercê de uma eventual reabertura do processo criminal sem ter finalizada a sua situação jurídica.

A nossa concordância, óbvia do ponto de vista racional, com tal aspecto temporal acima identificado não destoa de toda a argumentação aqui apresentada e nem nos guia para a concordância com a posição sedimentada dogmaticamente que conclui pela inconstitucionalidade do instituto. Em outras palavras, se o eixo central que é alvo de críticas e conclusões pela inconstitucionalidade é o *eixo consequencial* (de prevalência temporal) extraído da previsão constante do parágrafo único do art. 414 do CPP é, portanto, tal previsão que deve ser repensada e modificada e não o instituto da impronúncia como um todo.

Dessa maneira, em grau positivo, *um caminho possível é a delimitação de um lapso temporal objetivo no próprio parágrafo único do artigo 414 do CPP, que, após perpassado, levaria, inevitavelmente, à absolvição sumária por insuficiência probatória e incidência do in dubio pro reo, não ficando mais a situação do réu sujeita à longínqua extinção da punibilidade em abstrato, mas sim ao prazo objetivo delimitado*. Dessa forma, a partir de tal previsão proposta, o instituto da impronúncia passaria a se configurar, em grau consequencial, como uma *hipótese legal de suspensão processual* que, findada, culminaria em inafastável sentença absolutória.

Nessa lógica, o prazo processual expressamente delimitado ao qual o processo permaneceria suspenso não deve ser, em hipótese alguma, desarrazoado, sob pena de se retornar à mesma crítica temporal há tempos já identificada, sendo, por exemplo, o quantitativo de 1, 2 ou 3 anos (no máximo) eventuais parâmetros “aceitáveis” para a suspensão processual proposta.

Com tal modificação, a crítica também corriqueira de que a decisão de impronúncia produz um limiar atípico em que “encerra” o processo, mas não absolve o acusado, tende a cair por terra já que com a modificação da previsão do parágrafo único do art.414 do CPP o processo não mais se encerrará sem um real final, mas sim será suspenso por tempo objetivamente determinado. Findado tal prazo, as discussões prosseguem *no mesmo o processo* culminando, em regra, na absolvição sumária do acusado por insuficiência probatória ou, excepcionalmente, em caso de apresentação de prova nova por parte do órgão acusador, na continuidade do procedimento.

Joga-se, portanto, para o titular da ação penal a responsabilidade de apresentar novas e contundentes provas para a continuidade

do processo, sendo que a resultado processual “sancionatório” ao seu inefetivo exercício da pretensão acusatória não será mais a extinção da punibilidade pela prescrição, mas sim a absolvição por insuficiência probatória, já que, apesar de lhe ter sido dada a faculdade de trazer ao processo provas novas para a sua continuidade, este, por ônus próprio, se manteve inerte e assim, como a situação processual favorável a defesa não se modificou no prazo delimitado, inevitável será a absolvição sumária por insuficiência probatória, com base em *hipótese absolutória específica a ser inserida como novo inciso*⁴³ ao art. 415 do CPP.

Sem o intento de dissecar a temática e sem maiores juízos de convicções que não receberiam de bom grado eventuais críticas, apresenta-se à comunidade acadêmica tais proposições técnico-legislativas para, de alguma forma, fomentar o necessário debate e contribuir, quem sabe, para o seu amadurecimento.

Afinal, a cotidianamente autoritária realidade processual penal brasileira tende a nos submeter a uma tomada reflexiva e teórica de confronto e resistência à partir de uma produção acadêmica de cunho crítico (MELCHIOR, 2017; 2017b) e, assim, ainda que para alguns à contragosto, se faz necessário trabalhar com concepções que concebam uma realidade “menor pior” no mar inquisitório, emergencial (FAUZI, 2002) e de exceção permanente (AGAMBEN, 2004) no qual vivemos.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES, Danielle Peçanha; NETO, Josué Mostradi. *Tribunal do Júri e Livre convencimento motivado*. **Revista Brasileira de Ciências**

43 Sugere-se enquanto proposição legislativa a seguinte redação:

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

(...)

V- Findado o prazo de suspensão a que se refere o parágrafo anterior, não houver sido apresentada qualquer prova nova por parte do órgão acusador capaz de modificar a situação de insuficiência probatória reconhecida anteriormente.

- Criminais.** v.116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 173 - 205.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO. Salo de. **O papel dos atores do sistema de justiça criminal na era do punitivismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Devido Processo Penal.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** São Paulo: Tirant Brasil, 2018.
- _____. **Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal.** In: R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378 - 408, jan - fev. 2015
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal.** 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. **A teoria crítica do processo penal.** In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* v.128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.27-64.
- _____. (2017b). **Tempos de construir um saber processual de batalha.** Disponível em:<http://justificando.cartaca->

pital.com.br/2017/11/16/tempos-de-se-construir-um-saber-processual-penal-de-batalha/. Acesso em: 20 de Fevereiro de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, William César Pinto de. **Os apartes do Tribunal do Júri à luz da Constituição Federal**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v.116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.275-316.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório, A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Os princípios constitucionais fundamentais*. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

A LEITURA DO CONTRADITÓRIO NA EMENDATIO LIBELLI DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Isabela De Carvalho Domingues

INTRODUÇÃO

A proposta do presente estudo é gerar uma reflexão acerca do princípio do contraditório, aplicado ao instituto da *emendatio libelli*, diante da inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil, ao tratar de forma expressa princípios constitucionalmente previstos como normas fundamentais.

No primeiro capítulo é trazido um questionamento sobre a norma fundamental prevista no art.10 do CPC/2015 e se é possível seu cabimento em âmbito processual penal, sem importar necessariamente em uma teoria unitária do processo.

Já no segundo capítulo será tratado o contraditório no CPC/2015 em suas dimensões formais e materiais, como forma de se evitar a chamada “decisão surpresa”.

No terceiro capítulo é analisada a aplicação efetiva do contraditório previsto no art.10 do CPC/2015 ao Código de Processo Penal, tomando por premissa de que o plano de fundo é a garantia dos direitos do acusado frente às arbitrariedades do Estado, o que coaduna diretamente com a vedação da “decisão surpresa”.

Os demais capítulos irão tratar da interligação entre o princípio do contraditório e da correlação ao instituto da *emendatio libelli*, bem

como os impactos do art.10 do NCPC ao referido instituto. De igual maneira, serão esclarecidos os principais pontos acerca do debate doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito ao alcance da defesa do réu: apenas questões de fato ou também de direito?

O artigo utiliza como forma de pesquisa o método hipotético-dedutivo, observando-se a aplicação do princípio ao caso concreto. A abordagem utilizada será a explicativa, com análise doutrinária bem como jurisprudencial sobre o tema.

1. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E DA INTERLIGAÇÃO ENTRE OS RAMOS PROCESSUAIS

Atualmente vivemos um modelo constitucional de processo civil. (CÂMARA, 2019, p.7). Eis que existe um conjunto de princípios constitucionalmente previstos que transcendem a própria Constituição, irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, incluindo o processo civil, bem como os demais ramos do processo, tal como o processo penal.

Nesse ponto, a doutrina compromete-se a estudar dois aspectos: o primeiro deles é o ingresso de normas processuais nos textos constitucionais, até mesmo como direitos fundamentais, fenômeno advindo do pós Segunda Guerra Mundial nas constituições ocidentais, bem como por meio de diversos tratados tais como o de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em setembro de 1992. Como forma de exemplificação temos o princípio do devido processo legal⁴⁴ e todos os seus consectários legais. Noutra giro, a doutrina compromete-se com o estudo das normas processuais infraconstitucionais concretizadoras dos dispositivos constitucionais. (DIDIER JR, 2015, p.46)

É pertinente registrar as lições de Humberto Ávila ao elucidar que a relação entre normas constitucionais e infraconstitucionais não é unicamente hierárquica. O conteúdo da norma infraconstitucional deve corresponder ao conteúdo da norma constitucional e, ao

44 Art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

mesmo tempo, seu conteúdo deve exteriorizar-se por meio daquela, sendo, portanto, um fenômeno de eficácia recíproca. (ÁVILA, 2011, p.140-141)

É relevante ressaltar também que o próprio CPC 2015 trouxe no art.1º, em caráter simbólico, o reforço ao fato de toda norma processual derivar da Constitucional e devendo, portanto, estar com ela em conformidade, reconhecendo a força normativa da Constituição: “Art. 1º: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” (DIDIER JR, 2015, p.47).

O CPC coloca em evidência a óbvia necessidade de que as normas processuais devem estar em consonância com a Constituição. Isso decorre do sistema de controle de constitucionalidade estabelecido em nosso ordenamento, em que a Constituição é parâmetro máximo para a análise de validade das demais normas hierarquicamente inferiores.

Nesse ponto, os preceitos fundamentais relacionados a proteção de direitos já deveriam ser aplicados diretamente ao processo penal. Com a entrada em vigor do CPC, maiores motivos para tanto.

É necessário esclarecer que o presente trabalho não visa defender uma teoria unitária, tão somente que alguns preceitos fundamentais, diretamente irradiados da Constituição, poderão ser trazidos ao processo penal, sempre se deixando claro de que os valores do processo civil são divergentes do processo penal.

Ao tratarmos do processo civil estamos diante de direitos disponíveis, transigíveis. Contudo, não é possível negar que, mesmo separando devidamente os ramos do direito processual, é possível que se interliguem determinados preceitos, principalmente se visarem ampliar as garantias do acusado.

Dessa forma, busca-se sustentar que a novel legislação processual civil, por trazer expressamente princípios constitucionais de natureza processual, com intuito de propiciar maior liberdade e segurança jurídica às partes, deverá se aplicar ao processo civil, ainda que não exista qualquer omissão legislativa por parte da legislação processual penal.

Nesse sentido, nos elucidava Bedê Junior:

“Cabe destacar que, embora prevista em dispositivos do CPC, qualquer garantia relevante deve ser aplicada ao processo penal. De fato, é inconcebível que o processo civil proteja de modo mais eficiente as partes do que o processo penal. Não que exista hierarquia entre cada ramo do direito, porém não se pode perder de vista que as normas processuais que densificam direitos fundamentais são, na verdade, heterotópicas e devem ser aplicadas em todas as searas jurídicas” (BEDÊ JUNIOR, 2016, p.262)

Ora, incabível, neste momento, pensar que o processo civil, moderno e de acordo com os ditames constitucionais, venha trazer maiores garantias às partes do que o processo penal.

Portanto, a norma processual civil que amplifica e consolida direitos e garantias fundamentais do acusado frente ao Estado, deverá ser aplicada ao processo penal.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO CPC

O princípio do contraditório encontra-se previsto no art.5º. LV, CRFB, sendo corolário do princípio do devido processo legal e fundamento para um Estado Democrático de Direito, vejamos:

Art.5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Tradicionalmente entende-se o contraditório como a dualidade entre as partes, estabelecendo uma tese e uma contra-tese, a verdadeira formação de uma dialética em que nada se produziria sem a oportunidade de resposta por outra parte, devendo permanecer em todo curso do processo.

É de tamanha importância o contraditório, sendo absolutamente indispensável a observância dos direitos de fala e de oitiva da parte, mesmo que não queira utilizá-lo, por isso, na compreensão de FAZZALLARI o processo seria o procedimento com presença do contraditório. (ROSA, 2008, p.71)

É possível compreender o contraditório até mesmo como uma característica do processo, se confundindo com a sua própria essência, conforme aponta RANGEL DINAMARCO ao esclarecer que o “conceito moderno de processo necessariamente deverá envolver o procedimento e o contraditório, sem o que não existe processo”. (LOPES, 2012, p.420)

O CPC de 2015 trouxe a garantia do contraditório expressamente em seu art.10º como uma das normas fundamentais do processo, vejamos:

Art.10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Inicialmente, tratava-se o contraditório como um binômio constituído por informação e reação. Contudo, doutrina moderna aponta que uma concepção democrática de processo, impõe o dever de propiciar as partes uma participação efetiva no que tange ao provimento jurisdicional.

Para tanto, é importante elucidar que a leitura do contraditório é feita a partir de suas dimensões. Primeiramente, o contraditório se divide em duas garantias: a participação (audiência, comunicação e ciência) e a possibilidade de influência na decisão. (DIDIER, 2015, p. 78)

A partir de então, fazemos a leitura das dimensões do processo. A primeira dimensão, também chamada de formal, é a garantia da participação, ou seja, o direito de ser ouvido, de participar e se manifestar ao juízo. A dimensão formal é entendida como uma visão tradicional de processo, na qual o juiz irá efetivar o contraditório, tão somente dando às partes direito de serem ouvidas. (DIDIER, p.78)

Já a dimensão substancial do contraditório, consiste no direito da parte ter o poder de influenciar a decisão judicial. (DIDIER, p.79)

A dimensão substancial do contraditório traz uma ampliação no direito da parte, pois, justamente, não traz apenas o poder da parte se manifestar, mas também de ser ouvida e influenciar o conteúdo dessa decisão.

Nessa diapasão, o contraditório garante um modelo constitucional de processo, na medida em que proporciona uma decisão judicial construída como fruto de um intenso debate entre as partes e não de forma solitária pelo juiz. (CÂMARA, pág.11).

No que tange às matérias conhecidas de ofício, também se aplica o contraditório efetivo. Isso significa que ainda que o magistrado esteja diante de uma matéria a ser conhecida de ofício, não poderá prolatar decisão antes de suscitar o debate entre as partes. (CÂMARA, pág.11).

Ora, estarmos diante de uma questão de ordem pública significa tão somente que a matéria poderá ser apreciada de ofício, ou seja, independentemente de ter sido arguida por uma das partes. Contudo, isso não autoriza o magistrado a decidir sem o prévio contraditório, sem dar o direito às partes de iniciarem os debates e terem a capacidade de influenciar efetivamente naquela decisão. (CÂMARA, 2018, p.11).

Nesse sentido, Didier Jr nos ensina que:

“Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é o poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido.” (DIDIER JR, 2015, p.81)

Tudo isso visa evitar a “decisão surpresa”, denominada pela doutrina italiana como “*decisione dela terza via*”. (BADARÓ, 2016, p.11)

Isso significa que fica vedada uma decisão inesperada por quaisquer das partes, afastando sua participação no processo e se distanciando do princípio democrático que permeia o processo.

Ademais, tal vedação encontra amparo expresso no próprio art.10 do novel CPC, passando a nortear o processo de forma a obrigar o magistrado a intimar as partes para se manifestarem sobre a matéria em discussão, ainda que se trate se questão que o juiz possa conhecer de ofício.

A decisão surpresa, prolatada sem garantia do contraditório, padece de nulidade, visto que é essencial poder ouvir os debates trazidos

pelas partes, que poderão alterar substancialmente o convencimento do magistrado.

O que o novo Código de Processo Civil fez foi positivar uma interpretação que garante o contraditório participativo, ou seja, que consegue sedimentar o princípio democrático de processo.

Nesse sentido, nos ensina Badaró, vejamos:

“A releitura das regras processuais, que concretizam o princípio do contraditório, exige uma interpretação que assegure ao máximo a efetividade e plenitude do contraditório, com ampla e igualitária atuação das partes e do próprio juiz. Esse contraditório pleno e efetivo traz como consequência a necessidade de reação que deve ser estimulada, não mais se satisfazendo com a mera possibilidade.” (BADARÓ, 2016, p. 5)

Levando-se em consideração que vivemos em um Estado Democrático de Direito, com as garantias do devido processo legal e contraditório constitucionalmente garantidas, mera interpretação teleológica já seria apta a gerar uma mudança de entendimento nos diplomas que estejam em desconformidade com a ordem constitucional. Porém, acertou o legislador ao trazer tais garantias de forma expressa igualmente no texto infraconstitucional, na medida em que, apenas ampliam e facilitam a efetivação dessas garantias e fortalecem a tão jovem democracia brasileira.

3. DA APLICAÇÃO DAS REGRAS DO NOVO CPC AO PROCESSO PENAL

Diante das inovações trazidas pelo processo civil, existe alguma possibilidade de fundamentação na aplicação de tais princípios ao processo penal?

A leitura que se pode realizar sobre as normas fundamentais do processo civil é de que visam dar concretude ou definição do conteúdo da garantia constitucional do contraditório. (BADARÓ, 2016, p.11)

Sendo assim, considerando que o processo penal trata de interesses que têm como plano de fundo a liberdade do indivíduo frente ao Esta-

do, o contraditório deverá se aplicar de forma mais ampla e intensa do que no processo penal, não havendo razão para o contraditório não ser lido da mesma forma nesse diploma legal.

Ademais, o próprio art.3º do Código de Processo Penal permite aplicação da analogia e interpretação extensiva, construindo um espaço em que os diplomas normativos possam se interligar a fim de que o contraditório no Processo Penal siga os parâmetros e fundamentos trazidos pelo art.10 do novel CPC.

Didier Jr nos ensina que “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo”. (DIDIER RJ, 2016, p. 78).

Dessa forma, devemos nos pautar na premissa de que os ramos processuais fazem parte de ordenamento jurídico harmônico, não havendo males em aplicar o regramento do art.10 do CPC ao processo penal, principalmente por ter como objetivo a ampliação das garantias individuais do acusado.

4. O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO

O Princípio da Correlação, também chamado de Congruência, dá uma delimitação ao poder decisório do magistrado, devendo haver uma simetria entre o que foi trazido pelas partes e a decisão judicial.

O Princípio da Correlação, corolário do Contraditório, só é possível em um sistema acusatório, ou seja, apesar do nosso sistema processual ser classificado como Misto, é necessário se ter a observância da filtragem constitucional em diversos dispositivos previstos no Código de Processo Penal, afim de que consigamos dar efetividade ao sistema acusatório, de matriz constitucional.

Nesse ponto, andam em conjunto com a correlação e o contraditório, os princípios da inércia, ampla, defesa e jurisdição, afim de se garantir a imparcialidade do julgador. Logo, assim como magistrado deverá ser invocado para agir, igualmente não poderá decidir algo que não foi pedido ou de maneira diversa do que foi pedido. Aí se opera a correlação entre o que foi trazido na inicial acusatória, debatido pelas partes, e decidido pelo magistrado.

Nesta esteira de pensamento, é importante destacar que LOPES JR aponta a existência de um reducionismo ao se pensar no contraditório tão somente como o binômio acusação-sentença, pois não se poderia admitir decisão sobre matéria que não foi submetida ao contraditório de ambas as partes, ou seja, os limites da decisão serão delimitados pela acusação e o contraditório. Neste tema, seria mais adequado ler o contraditório como parte do direito de defesa em um sentido amplo. (LOPES JR, 2019, p.896)

Seguindo o exposto, é possível refletir acerca da violação do direito de defesa ao nos depararmos com uma sentença judicial incongruente por não permitir ao réu direito de defesa do que não se encontrava presente na acusação.

Em que pese distintos, contraditório e direito de defesa se encontram ligado de forma íntima ao percebermos que o réu não poderá se defender de modificação de direito ou de fato feita na sentença sem a possibilidade de se manifestar.

Por fim, percebemos que a modificação da capitulação jurídica ocorre no decorrer da instrução processual, ou seja, quando necessário exercício do contraditório e ampla defesa.

Dessa forma, melhor visão seria a de entender que a correlação ocorre não apenas entre acusação e sentença, mas também durante a instrução processual e a sentença.

4. DA *EMENDATIO LIBELLI* NO PROCESSO PENAL

Constatado o entendimento trazido acerca do contraditório e do princípio da correlação, necessário adentrar no instituto da *emendatio libelli* analisando a possível modificação interpretativa que deverá sofrer em razão da vigência do novo Código de Processo Civil.

O legislador não definiu em âmbito processual penal qualquer regra que estabeleça de forma explícita sobre imutabilidade do objeto do processo ou sobre estabilidade da pretensão, preocupando-se apenas em dispor as hipóteses de alteração do objeto do processo. (BADARÓ, p. 12).

Vejam a redação do art.383 do CPP:

“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1o Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2o Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Soma-se a isso, o princípio da correlação, determinando que o juiz, em sua decisão, deverá estar adstrito ao pedido contido na denúncia ou queixa.

Dessa forma, o juiz apenas poderá julgar qualquer fato crime quando provocado, conforme o princípio da inércia da jurisdição, estando vinculado ao que foi requerido na exordial acusatória, sob pena de nulidade da decisão, por violação da parcialidade do julgador, na medida em que o juiz jamais poderia assumir posição ativa no processo.

Importante trazer à baila as lições de Badaró:

“O que a nova redação do caput do art.383 pretendeu sublinhar foi que, na sentença, o juiz poderá dar aos fatos imputados na denúncia ou queixa, uma definição jurídica diversa, somente se, comparando os fatos considerados na sentença e os fatos imputados na denúncia ou queixa, houver identidade ou correlação. Ou seja, desde que, para fins de comparação entre o fato imputado e o fato considerado na sentença, não haja modificação”. (BADARÓ, 2016, p.13)

A jurisprudência considera possível essa modificação jurídica capitulada pelo órgão acusador, sem antes dar a oportunidade da defesa se manifestar.

Inclusive, salienta-se, por oportuno, que o Informativo 553 do STJ traz a possibilidade da *emendatio libelli* ocorrer ao longo do processo quando se tratar das chamadas matérias de ordem pública, vejamos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EMENDATIO LIBELLI ANTES DA SENTENÇA. O juiz pode, mesmo antes da sentença, proceder à correta adequação típica dos fatos narrados na denúncia para viabilizar, desde logo, o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública decorrentes da reclassificação do crime. Com efeito, é válida a concessão de direito processual ou material urgente, em tema de ordem pública, mesmo quando o fundamento para isso seja decorrência de readequação típica dos fatos acusatórios, em qualquer fase do processo de conhecimento. De fato, o limite do caso penal são os fatos indicados na peça acusatória. Irrelevante é a adequação típica indicada pelo agente ministerial, que em nada limita a persecução ou as partes do processo – o juiz e mesmo o acusador podem compreender até a sentença que os fatos descritos caracterizam crimes outros. Daí porque não cabe ao juiz corrigir defeito de enquadramento típico da denúncia – na sentença simplesmente enquadrará os fatos ao direito, na forma do art. 383 do CPP, como simples exercício de jurisdição. É a *emendatio libelli* reservada para o momento da prolação da sentença, ocasião em que o magistrado, após encerrada a instrução e debates, decidirá o direito aos fatos acusatórios – sem qualquer limitação de enquadramento típico. Ocorre que matérias de ordem pública, de enfrentamento necessário em qualquer fase processual – como competência, trancamento da ação, *sursis* processual ou prescrição –, podem exigir como fundamento inicial o adequado enquadramento típico dos fatos acusatórios, como descritos (assim independentemente da instrução). Não se trata de alteração do limite do caso penal pela mudança do tipo penal denunciado – irrelevante aos limites do caso penal – e sim de decidir se há direito material ou processual de ordem pública, como, por exemplo, a definição do direito à transação penal, porque os fatos denunciados configuram em verdade crime diverso, de pequeno potencial ofensivo. Trate-se de simples condição do exercício da jurisdição, aplicando o direito aos fatos narrados na denúncia para a solução de temas urgentes de conhecimento necessário. Cuida-se de manifestação em tudo favorável à defesa, pois permite incidir desde logo direitos do

acusado. Impedir o exame judicial em qualquer fase do processo como meio de aplicar direitos materiais e processuais urgentes, de conhecimento obrigatório ao juiz, faz com que se tenha não somente a mora no reconhecimento desses direitos, como até pode torná-los prejudicados. Prejuízo pleno também pode ocorrer, como no direito à transação penal ou sursis processual se realizado o correto enquadramento típico na sentença, ou acórdão de apelação. Ou no enquadramento da supressão de valores mediante fraude bancária como estelionato ou furto, pois diferentes os locais da consumação e, como incompetência relativa, sem renovação dos atos no foro adequado. Assim, há direito do acusado a ver reconhecida a incompetência, a prescrição, o direito à transação, a inexistência de justa causa, e, se isso pode reconhecer o magistrado sem dilação probatória, pela mera aplicação do direito aos fatos denunciados, pode e deve essa decisão dar-se durante a ação penal, como temas de ordem pública, mesmo antes da sentença. Se a solução do direito ao caso penal dá-se em regra pela sentença – daí os arts. 383 e 384 do CPP – temas de ordem pública podem ser previamente solvidos. HC 241.206-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 11/11/2014, DJe 11/12/2014.

Nesse ponto, é temerário pensar que o magistrado poderá modificar a capitulação jurídica trazida pela acusação, sem dar direito às partes de efetivamente influenciarem na decisão a ser prolatada. Para tanto, é necessário repensar alguns conceitos que englobam o objeto do processo penal.

5. O CONTRADITÓRIO E AS QUESTÕES DE DIREITO: a superação do *Narra Mihi Factum, Dabo Tibi Ius*.

Originalmente, o debate acerca do contraditório e da paridade de armas, bem como a necessidade de informação e reação, encontrava apenas discussão dentro da instrução probatória, ou seja, das questões de fato ventiladas no processo.

Contudo, o contraditório dentro das questões de direito já vinha sido debatido há décadas, como no art.16 do *Code de Procédure Civile* de

1976, por meio de uma reforma da legislação francesa, estabelecendo que “o juiz deve em todas as circunstâncias fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório” completada pela previsão de que o magistrado “não pode basear sua decisão em fundamentos que suscitou *ex officio*, sem ter previamente convidado as partes a apresentarem observações”. (BADARÓ, 2016, p. 6)

Já na Alemanha, a ZPO em seu §139.2 passou a estabelecer que o juiz só pode considerar em sua decisão um aspecto fático ou jurídico que não tenha sido debatido pelas partes, sem lhes der oportunidade de discuti-lo. Logo, a legislação Alemã deixa claro que estão abarcados pelo contraditório as situações de fato e de direito. (BADARÓ, 2016, p. 6)

Na mesma esteira, a Itália, por meio do *Codice di Procedura Civile*, com suas reformas de 1990, 2005 e 2006, em seu art.18, comma 4º, passou a prever que o juiz solicita das partes, com base nos fatos alegados, os esclarecimentos necessários e indica as questões que, podendo decidir de ofício, considere oportuno ser debatidas por elas”, neste ponto entendido como um poder dever do magistrado. (BADARÓ, 2016, p.7)

A alteração mais recente nesse sentido foi a prevista no Código de Processo Civil Português, em 2013, no seu art.3º.3, ao determinar que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta necessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido oportunidade de sobre elas se manifestar”. (BADARÓ, 2016, p. 7)

Encontramos resistência dentro da doutrina com relação ao contraditório dado em face da *emendatio libeli*, muito em razão do senso comum criado acerca do brocado *jura novit curia*, ou seja, o juiz conhecendo o direito, basta que a ele se narrem os fatos (*narra mihi factum dabo tibi ius*).

Logo, parte da doutrina e jurisprudência permanecem entendendo que o réu se defende apenas dos fatos e não das questões de direito, sendo então irrelevante, portanto, a necessidade de contraditório no que diz respeito a mudança de capacitação jurídica dada pelo magistrado no momento da decisão.

Ora, o que se tem feito é interpretar o Código de Processo Penal incluindo algo que sua redação não faz menção expressa, ou seja, em momento algum vemos uma autorização da *emendatio libelli* sem necessidade de contraditório.

Dessa forma, não há no art.383 CPP expressões como: o juiz poderá fazê-lo “direta ou imediatamente”, “sem observância do contraditório” ou “ainda que surpreenda as partes”. (BADARÓ, 2016, p.13)

Nesse ponto, urge destacar que tal posicionamento diverge do que se aponta neste trabalho, visto que é necessário inicialmente ir a fundo dentro do que significa questão de direito para que não estejamos diante de um reducionismo de complexidade dentro do processo penal. (LOPES JR, 2019, p.898)

Para tanto, necessário trazer nesse momento uma necessária reflexão para que se promova uma releitura do art.383 do CPP, frente aos princípios constitucionais e posteriormente, frente ao art.10 do NCPC.

A jurisprudência pátria vem interpretando o art.383, *caput* do CPP subentendendo que haveria uma autorização de que a *emendatio libelli* ocorresse sem necessidade de se aplicar contraditório das partes, porém, a leitura do artigo apenas nos demonstra que o juiz dará definição jurídica diversa, sem mencionar se é necessário ou não o contraditório. (BADARÓ, 2016, p.13)

Dessa forma, é necessário uma leitura sistêmica do nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, urge diferenciar dois importantes institutos que são parte da *emendatio libelli*, conhecidos como fato penal e fato processual.

Conforme nos ensina Lopes Jr, o art.41 do CPP nos traz o elemento essencial da denúncia ou queixa, contendo em si o fato processual. (LOPES, 2019, p.899).

O fato para o direito processual penal pode ser considerado como o acontecimento da vida, o fato concreto em si. Já o fato para o direito penal é o próprio tipo penal em si, ou seja a descrição da conduta hipotética feita pelo legislador. (LOPES, 2019, p.899). Percebe-se, dessa forma, que o fato processual, é mais amplo que o fato penal, justamente pelo primeiro abranger o acontecimento naturalístico, com suas circunstâncias e classificações do crime, conforme descreve o art.41 do CPP. (LOPES, 2019, p.899).

Nesse mesmo sentido, Badaró nos ensina que a definição de imputação como a “atribuição de um fato definido como crime a alguém”, trazendo em seu conteúdo base fática e ainda um dado jurídico, ou seja, um fato concreto, um acontecimento de vida que se enquadrou em um tipo penal, ou seja, integrando matéria fática e jurídica. (BADARÓ, 2016, p.13)

Portanto, a alteração da tipificação legal também irar alterar o fato penal e em consequência o fato processual, ou seja, no processo penal o acusado não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação legal.

Conforme nos ensina de Lopes Jr:

“Um dado acidental para o tipo penal, como a existência de uma agravante, por exemplo, é muito relevante para o fato processual, afetando diretamente o objeto do processo penal. Da mesma forma, elementos completamente irrelevantes para o Direito Penal podem ser da maior importância para o fato processual e a sentença; basta ver que, para o Direito Penal, é típica a conduta de matar alguém, pouco importando se com essa ou aquela arma, neste ou naquele dia ou local. Contudo, ninguém diria ser irrelevante, para a correlação acusação-sentença, o fato de a vítima ter morrido hoje ou um mês antes; no Rio de Janeiro ou em São Paulo; a tiros ou facadas...” (LOPES JR, 2019, p.900)

É cediço que um dos principais meios de defesa do acusado é saber se a conduta por ele praticada se enquadra ou não na norma penal incriminadora, já que, alegando atipicidade da conduta, poderá obter absolvição. Ora, como pensar em fazê-lo se no momento da sentença lhe foi ceifado direito ao contraditório, ao trazer uma novidade quanto ao enquadramento do tipo penal praticado.

É necessário que o acusado saiba de forma segura o tipo penal que lhe é enquadrado, visto que isso irá influir, inclusive, de forma significativa na produção probatória.

Com tudo que foi exposto, depreende-se que o art.383 do Código de Processo Penal deverá ser lido em conjugação com o art.10 do novel Código de Processo Civil.

Badaró segue nos elucidando que de tal interpretação se extraem as seguintes regras: “Na sentença, o juiz poderá dar ao fato narrado na denúncia ou queixa, uma definição jurídica diversa” e ainda “se as partes não tiverem oportunidade de debater sobre a nova definição jurídica – que pode ser alterada *ex officio* –, o juiz deverá lhes dar oportunidade de se manifestar sobre o novo fundamento.” (BADARÓ, 2016, p. 14).

Dessarte, os brocardos do *iura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*, irão assegurar a possibilidade do magistrado alterar a capitulação jurídica dos fatos narrados na exordial acusatória, no entanto, deverão ser interpretados em conjugação com o contraditório, trazendo a necessidade de dar as partes o direito a se manifestar em amplo debate, evitando-se a “decisão surpresa”, já que o contraditório não se aplica apenas as matérias de fato, mas também de direito. (BADARÓ, 2016, p. 14).

Portanto, tal interpretação mostra-se mais adequada ao padrão constitucional e ao princípio democrático, sedimentando o contraditório e tornando-o mais efetivo dentro da esfera processual, principalmente com o art.10 do CPC/2015. A aplicação dessa interpretação ao processo penal poderá interromper a cadeia de decisões jurisprudenciais que constantemente violam o contraditório das partes, sob fundamentos que não mais se mantêm em um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu escopo um capítulo próprio de normas fundamentais, efetivando sobremaneira direitos e garantias individuais previstos na Constituição.

Destaca-se, nesse ponto, o princípio do contraditório, previsto expressamente no no art.10 CPC/2015, visto como um contraditório efetivo, de possibilidade de ação, reação e influência no poder decisório do magistrado, evitando, assim, as chamadas “decisões surpresa”, trazendo um dever do magistrado de intimar as partes a se manifestarem, ainda que em matérias em que se possa decidir de ofício.

Apesar do princípio do contraditório já ter assento constitucional, notamos que a interpretação dada ao art.383 do Código de Processo

Penal, ao tratar da *emendatio libelli*, não o respeitava de maneira adequada a que se espera dentro do princípio democrático, que igualmente rege o processo.

Tal situação decorre do fato do juiz poder decidir de ofício, sem ouvir as partes, modificando a capitulação jurídica do fato trazida na exordial acusatória, sob o fundamento de que o acusado se defende apenas dos fatos e não das questões de direito.

Contudo, antes mesmo da entrada em vigor no novel Código de Processo Civil, a doutrina já questionava tal argumento, informando que o acusado se defende também das questões de direito a ele imputada. Na verdade, o acusado se defenderá das questões de direito e das questões de fato, por estarem ambas abrangidas no fato processual.

Porém, com base na leitura do art.10 do Código de Processo Civil de 2015 é possível perceber que não se traz mais espaço para discussões no que tange a impossibilidade de contraditório na *emendatio libelli*, visto que trata-se de norma heterotópica, devendo ser lida e interpretada para todo ramo processual.

Portanto, as normas fundamentais previstas no CPC 2015 deverão ser aplicadas ao Processo Penal, principalmente o art.10, por estarmos diante de um ordenamento jurídico sistêmico no qual não se pode excluir à aplicação de normas que trazem consigo uma maior proteção às garantias de direitos do acusado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil in Processo Penal*. Antonio Eduardo Ramires Santoro; Flavio Mirza Maduro (Orgs). Salvador: Juspodivm, 2016. Disponível em: <<http://www.badaroadogados.com.br/ano-2016-correlacao-entre-acusacao-e-sentenca-releitura-da-emendatio-libelli-a-luz-do-contraditorio-sobre-as-questoes-de-direito-no-novo-codigo-de-processo-civil.html>>. Acesso em: 10 de abril. 2020.

- BEDÊ JUNIOR, Américo. *Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro* In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogério Schietti Cruz. (Org). *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- LOPES JR, AURY. *Direito processual penal*. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- ROSA, Alexandre Morais. *Para um PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO* Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 241.206-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270550%27>>. Acesso em: 09 de abril. 2020.

RESUMOS

DA EVOLUÇÃO DAS PENAS: UM OLHAR SOBRE OS EVENTOS HISTÓRICOS

Mateus Rezende Oliveira Farias

INTRODUÇÃO

Estudar o passado da temática é importante para entender a realidade atual – o não atingimento da função social prevista, ou seja, o retorno do cidadão à coletividade de maneira ressocializada. Contudo, é notório que isso não se apresenta e o que se pode observar é o uso das prisões como forma de segregação social, isto é, local onde os grupos marginalizados são destinados como meros indivíduos os quais não merecem mais do que permanecerem trancados, isolados e sem nenhum tipo de oportunidade de desenvolvimento socioeducacional.

Diante disso, o trabalho tem como finalidade analisar as formas de aplicação de penas ao longo da história, já que a forma de punir é um reflexo da sociedade como um todo. Assim, analisar o período pretérito proporciona balancear quais erros ou transtornos foram superados e quais ainda assolam o corpo social hodierno, pois fazer essa observação é uma análise não só das formas de punir, mas também de como a sociedade age frente a temática. Em função disso, foi utilizado de pesquisa teórico-bibliográfica, numa abordagem qualitativa, abrangendo a leitura e análise de obras e artigos, com a posterior apresentação dos resultados obtidos através de um resumo expandido.

DESENVOLVIMENTO

1. DA EVOLUÇÃO DAS PENAS: UM OLHAR SOBRE O MUNDO

Apesar de Costa (2000) advertir que seria mais adequado o uso do termo sanção penal ao invés de pena, este teve maior utilização perante os dispositivos legais e tem o significado de uma sanção aplicada como forma de reparar uma ação julgada repreensível.

Nota-se que nos primórdios da história da humanidade o castigo não estava atrelado à promoção de justiça como acima descrito, tendo em vista que as ações eram desencadeadas como frutos de comportamentos reprováveis. Dessa maneira, tinha-se penas cruéis e desumanas as quais passavam exageradamente do fato ocorrido – tendo em vista que era a fase da vingança penal, dividida em algumas categorias, são elas: vingança divina, vingança privada e vingança pública.

1.1 SOCIEDADES PRIMITIVAS

As sociedades tidas como elementares e originais faziam uso da pena quando um ou mais membros de um determinado grupo social descumpria ou ofendia regras e preceitos, os quais eram vistos como de ordem divina, pois provinham dos totens. Assim, os transgressores sofriam punições advindas do próprio grupo, o qual, antes do descumprimento, eles também faziam parte. O grupo agia dessa forma pois acreditava que só assim não sofreriam retaliações por parte da divindade, ou seja, pautavam-se na satisfação divina e, para isso, faziam uso de penas cruéis, desumanas e degradantes – isso era possível porque essas sociedades não tinham Estado, dessa maneira, o julgamento era baseado no juízo de valor.

1.2 ANTIGUIDADE ORIENTAL

A fase da vingança privada é concebida no período da Antiguidade Oriental, onde desenvolveram-se grandes impérios. A reação punitiva partia da própria vítima ou daquele indivíduo que visualizava na ação

sofrida um dano ou perda. Cabe destacar que havia casos em que essa reação também era concebida por indivíduos próximos ou participantes do mesmo corpo social da vítima – não sendo mais as divindades o pressuposto da aplicação das penas. Isso pode ser constatado pelo momento em que os povos amoritas inauguraram o primeiro código de leis escritas da humanidade: o Código de Hamurabi, baseado nas Leis de Talião (“olho por olho, dente por dente”). De acordo com esse código, todo criminoso deveria ser punido de forma proporcional ao delito cometido.

Quanto ao período da vingança pública, este é caracterizado por uma maior organização societária e um fortalecimento do Estado frente a coletividade. Isso é comprovado na medida em que a sanção deixa de lado seu caráter individual para que dela se encarregue a autoridade competente, haja visto que a punição era aplicada pelo soberano com o objetivo precípua de manter o seu poder – o que ainda tornava a sanção atroz e não promocional de justiça.

2. ANTIGUIDADE OCIDENTAL

A sociedade grega era marcada por profundas desigualdades sociais, embora houvesse uma diferenciação na organização social de cada cidade-estado, no geral os gregos influenciaram consideravelmente o Direito Penal ao tornarem-se pioneiros no que diz respeito aos fundamentos do direito de punir e quanto as finalidades das penas impostas – ainda que, muitas vezes, as sanções penais fossem de caráter sacro. Posteriormente, esse Direito grego evoluiu da vingança privada para a vingança religiosa e, por último, assentou-se em um período político de base tanto moral quanto civil.

Em Roma, onde a sociedade baseava-se numa organização desigual e possuía pouca mobilidade social, o Direito Penal é caracterizado pela divisão dos delitos em públicos (aqueles violadores dos interesses coletivos) e privados (aqueles que lesam somente os interesses particulares). Adiante, algumas camadas participantes da coletividade romana aos poucos conquistaram direitos sociais, como foi o caso dos plebeus os quais, através de sua organização e luta, adquiriram direitos políticos. Cabe destacar, ademais, que a privação da liberdade como sanção

penal hodiernamente tão concebida difere da prisão na antiguidade, a qual tinha fins de custódia e contenção, além de ser pouco utilizada.

3. DIREITO PENAL NA IDADE MÉDIA

Adiante, em face do período histórico em que a Europa foi vítima de inúmeras invasões de povos bárbaros, deu-se o início da Idade Média (século X-XV, d.C.). Nesse interim, é de suma importância entender que a sociedade desse período era estática (com pouca mobilidade social) e hierarquizada, onde a Igreja Católica detinha grande poder e influência frente a coletividade por intermédio, a título de exemplo, dos chamados Tribunais de Inquisição. Isto posto, cabia aos representantes da instituição religiosa a responsabilidade e o dever de conferir, quando necessário, até mesmo penas de morte (configurando grandes retrocessos ao observar que a Grécia deu novos sentidos as penas e não apenas o mero castigo conferido como forma de repudiar determinada conduta).

Em contrapartida, houve alguns aspectos positivos como, por exemplo, o aparecimento da pena privativa de liberdade destinada a reformar o criminoso. Assim, essa pena de expiação tinha fins de reflexão, ou melhor, de fazer com que os infratores se redimissem ao permanecerem em mosteiros ou conventos (GONZAGA, 1994).

4. O DIREITO DE PUNIR NO BRASIL SOB A ÉGIDE DA IDADE MODERNA

A Idade Moderna deve ser vista como um período definido por significativas transformações e avanços tecnológicos que possibilitaram a globalização – Grandes Navegações, Iluminismo e a Reforma Religiosa. No Brasil, em virtude das Ordenanças Afonsinas, Ordenanças Manuelinas e Ordenanças Filipinas, houve um período assentado no caráter punitivo – de forma a figurar penas de morte e castigos extremamente rigorosos.

5. A CONTEMPORANEIDADE DA APLICAÇÃO DAS PENAS NO BRASIL

Período que culminou em transformações profundas na organização societária e, com o advento da Independência do Brasil (1822) e a

outorgação da primeira Constituição brasileira (1824), introduz uma forma de punir a qual encontra-se limitada dentro de parâmetros estabelecidos, são eles: o princípio da legalidade, a utilidade da lei penal, a igualdade de todos perante a lei e a personalidade da pena.

O primeiro Código Criminal do Império foi aprovado poucos meses antes da abdicação de D. Pedro I, em 1830, e tinha como cerne a aplicação do castigo mediante o infrator, a fim de que ele não saísse impune. Contudo, buscava também não cometer o equívoco de punir aqueles indivíduos considerados inocentes. Em 1890, alguns acontecimentos marcam a sociedade brasileira, entre eles, a promulgação do Código Penal Republicano – visto como grande contribuidor no que tange o avanço das aplicações das penas, uma vez que influenciou seu sucessor, instaurando a redução da pena privativa de liberdade para no máximo 30 anos e definindo a impossibilidade de se aplicar a pena de morte.

Posteriormente, foi no período do Estado Novo, marcado por um governo ditatorial, que foi criado o atual e ainda vigente Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº. 2.848/40) o qual revela-se sobre o prisma de uma grande evolução: a questão da humanização e o valor social da pena efetivamente incluídos como cerne de toda forma de aplicação de pena. Ainda mais, alguns princípios basilares são de extremo prestígio no novo código como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, individualização da pena e culpabilidade. Assim, pode-se observar que o novo dispositivo penal é a grande fortaleza da defesa do indivíduo frente ao poder de punir do Estado.

Tamanha contribuição do código vigente, infelizmente, esbarra nas precárias condições das prisões brasileiras e no impasse quanto a efetiva execução penal conforme àqueles princípios os quais nortearam o atual diploma. Assim sendo, como uma forma de lidar com a problemática, foi criada, em 1972, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, objetivando gerar a humanização das prisões sem prejudicar seu caráter punitivo. Além de ser um avanço no que tange a execução penal, a entidade é uma possibilidade real e efetiva quando o assunto é ressocialização e individualização das penas – dois pontos cruciais para o estabelecimento do combate das chamadas mazelas prisionais. Todavia, a falta de participação da comunidade impede que o método promovido

pela APAC conquistou mais visibilidade e, como consequência disso, os princípios norteadores do Direito Penal no Brasil se dissipam no campo prático, restando apenas um mero modelo teórico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo da evolução das penas, foi possível visualizar que, à medida que a sociedade sofria modificações ao longo dos eventos históricos, houveram avanços bastante significativos aos direitos dos apenados. Em contrapartida, tendo em vista a hodierna situação do sistema carcerário e o não atingimento da sua função ressocializadora, faz-se imperioso que a coletividade não mais veja as prisões como meras unidades de segregação e aprisionamento, mas como promocionais de oportunidade – com o intuito de transformar os reeducandos em cidadãos, reduzindo a violência e, por conseguinte, a tão discutida criminalidade no Brasil.

REFERÊNCIAS

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Editora Juspodivm, Salvador, 2016.

GOMES NETO, P. R. **A prisão e o sistema penitenciário**: uma visão histórica. Canoas: Ulbra, 2000.

LOPES, C. R.; BORGHI, M. B.; OLIVEIRA, R. M. **Breve estudo sobre as teorias dos fins da pena**: um olhar histórico-contemplativo sobre a realidade contemporânea. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,breve-estudo-sobre-as-teorias-dos-fins-da-pena-um-olhar-historico-contemplativo-sobre-a-realidade-contemporanea,31289.html>>. Data de acesso: 2 de out. 2017.

OLIVEIRA, E. R. **Penas**: razão e evolução. Revista Ensaios, Niterói, v. 1, n. 2, 2009.

THE (IN)COMPATIBILITY OF INTERNATIONAL AML-CFT RULES WITH NATIONAL LAW: PARALLELS BETWEEN RELATIVISM AND UNIVERSALISM FROM THE CASE STUDY OF BRAZILIAN LAW 13,810 OF 2018 (UNAVAILABILITY OF ASSETS)

Lucas Hinckel Teider

Abstract:

With the phenomenon of globalization, there is the international standardization of rules and procedures related to various issues. This is for two initially verifiable reasons: the fact that many problems are worldwide in scope and that global integration is required for their solutions. It turns out that the compatibility of international norms with national law is not always easy, and there are mismatches. In the doctrine of Human Rights, for example, we find two distinct positions: universalism and relativism (BENVENUTO, 2015). While universalism understands that, by the universal constitution of matter, its general guidelines must be universally adopted, without regional ontological distinctions; relativism argues that there could not be an imposition of values, being allowed to vary the understanding of the

subject according to the culture of the people. This discussion talks a lot about cultural values, but there are also antinomies in normative questions (which obviously do not disregard cultural factors). At this point, there is an issue of AML-CFT that stands out. Because terrorism and its financing are a worldwide issue, there are international regulations on the subject, such as United Nations Security Council resolutions (UN, 2020). And since the solution of the problems arising from this matter must be integrated, its execution demands regional integrations. An example is the demand for (fast) unavailability of assets of persons investigated or accused of terrorism, their financing or related acts. Brazilian law 13,810 of 2018 complied with this international requirement, issued by the global AML-CFT agencies, providing that unavailability will be determined by administrative act, without prior review by the judiciary, as a rule (BRASIL, 2019). In this sense, it is urgent to debate the compatibility of the determinations of international norms with the national law of the States, for normative and practical reasons (as the respect to the constitutional rules, such as the presumption of innocence and the ample access to Justice with the non-obviation of Judiciary Power, values established in the Brazilian Constitution (BRASIL, 1988); forensic practice; and the culture practiced) as well as background issues (as criticism of the fact that terrorism has no adequately strict criminal concept in Brazilian law; and the possibility of political manipulation of the concept of terrorist for enemy demarcation [Enemy's Criminal Law or *Feindstrafrecht*] (JAKOBS, 2012), given the volatility and mutability of the concept of criminal, terrorist and enemy in the political history of the states). A preliminary solution is the possibility of better judicial structuring in Brazil, for example, with the establishment of a specific emergency judicial regime for the subject here addressed, considering that the practices of terrorism and its financing are not so habitual, nor the unavailability of one's possessions. Thus, respect for national law would be made compatible without failing to comply with the international standards of AML-CFT, uniting the best aspects of universalism and relativism, while complying with global provisions with national enforcement.

Keywords: terrorism financing; national enforcement; universalism; relativism; unavailability of assets.

References:

BENVENUTO, Jayme. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. São Paulo, 94, abr. 2015, p. 117-142.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 13.810, de 8 de março de 2019**. Dispõe sobre o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, incluída a indisponibilidade de ativos de pessoas naturais e jurídicas e de entidades, e a designação nacional de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados; e revoga a Lei nº 13.170, de 16 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Lei/L13810.htm>. Acesso em 09 mar. 2019.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; CALLEGARI, André Luís (org. e trad.); GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 6° ed., atual. e ampl. 2° tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

UN. **Resolutions**. Sítio oficial da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-0>>. Acesso em 09 mar. 2019.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ESCASSEZ DE RECURSOS NA SEGURANÇA PÚBLICA NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Oswaldo Veloso Vidal

1. INTRODUÇÃO

A Segurança Pública é um dos maiores problemas enfrentados pelo Brasil nos últimos tempos. Pauta constante na política e nos meios de comunicação, ela se consolida como um Direito Fundamental almejado pela sociedade brasileira. Apesar de ser um tema amplo, a face da atividade policial é a mais vista e, conseqüentemente, a que mais recebe cobranças da população para com as autoridades, que clama por seus direitos. O Direito sempre balizou a Segurança Pública, ora como seu garantidor, como um Direito Fundamental acessível a todos, ora como um sensor, que o limita a fim de evitar o seu excesso, ambas as situações amparadas na Constituição Federal. Contudo, a maioria das correntes estudadas pelo Direito não atentam para a escassez dos recursos imposta pelo modo de produção capitalista, particularmente aos fenômenos ocorridos no mercado financeiro, que impactam a realidade social, bem como a capacidade do Estado em promover a efetivação do Direito Fundamental à segurança.

A Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics* surgiu na Universidade de Chicago entre os anos de 1940 e 1950 a fim

de unir ciências econômicas e jurídicas. A Escola de Chicago se propõe a descrever o fenômeno jurídico (normas, decisões judiciais, relações jurídicas, etc.) a partir de pressupostos fornecidos pela economia neoclássica (HEINEN, 2016).

As ideias oriundas da AED vêm se fortalecendo e ganhando adeptos no mundo e no Brasil, a exemplo de Stephen Holmes, professor de Direito da Universidade de Nova Iorque, e Cass R. Sunstein, professor da Escola de Direito de Harvard, publicaram a obra *“The Cost of Rights: why liberty depends on taxes”*, onde defendem o conceito de “custos do direito”.

Flávio Galdino afirma que a obra de Sunstein e Holmes é útil para uma reavaliação do conceito de direito público subjetivo, na medida em que os serviços que supostamente são exigíveis do Estado dependem de forma direta e imediata daquilo que este pode suportar (GALDINO, 2002, p. 150)

Assim, esse artigo teve como objetivo geral fazer uma discussão sobre os Direitos Fundamentais e a escassez de recursos na Segurança Pública no Brasil dentro da perspectiva da Análise Econômica do direito (AED), tendo como objetivos específicos compreender os custos dos direitos fundamentais e a análise dos gastos da Segurança Pública orçados e executados pela União, estados e municípios referentes ao ano de 2018.

2. METODOLOGIA

A pesquisa se utilizou da análise quantitativa ao mensurar os dados da segurança pública, da projeção e de sua execução orçamentária bem como a sua contextualização qualitativa da realidade social existente, exigindo uma abordagem quali-quantitativa. O artigo se utilizou do método crítico, propício a lidar com aspectos sensíveis da sociedade pertinentes a segurança pública e ao direito, os quais exigem grande sensibilidade e criticidade por parte do pesquisador. Nesse sentido, André Nicolitt lembra que o método crítico “conduz a uma atividade específica da razão, de fazer divisões, discernimentos e juízos, surgindo como censor, buscando separar o joio do trigo (NICOLITT, 2010, p. 14)”. Devido a quantidade de dados e informações disponíveis sobre o assunto, a análise documental se mostrou eficaz como técnica de procedimento.

3. RESULTADOS

A pesquisa fez um apanhado dos principais indicadores da segurança pública. Segundo os dados do Anuário da Segurança Pública correspondente ao ano de 2018, há uma taxa de 27,5 mortes por 100 mil habitantes, decréscimo de 10,8% em relação ao ano de 2017. 1935 latrocínios e 868 lesões corporais seguida de morte, 66.041 casos de violência sexual, 1.206 feminicídios e 263.067 casos de lesão corporal dolosa em 2018. No Brasil constam 82.094 pessoas desaparecidas, praticamente um estádio de futebol por ano (BUENO; LIMA, 2019, p. 9–14).

Em seguida, dados do Anuário demonstraram as despesas realizadas com a Segurança Pública nos anos de 2017 e 2018. Foram gastos em 2018 a vultuosa soma de R\$ 91, 2 bilhões de reais, o que corresponde a 1,34% do Produto Interno Bruto (PIB), um aumento de 3,9% das despesas empenhadas em relação a 2017 (BUENO; LIMA, 2019, p. 156). Ainda segundo o Anuário, o Brasil gasta de R\$ 409,66 reais por cidadão. Segundo o professor Renato Lima, do Departamento de Gestão Pública da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Presidente do Fórum de Segurança Pública, o Brasil, em relação ao PIB, possui gastos equivalente a França, enquanto que os Estados Unidos, fora a sua estrutura de combate ao terrorismo, gasta 1% do seu PIB com Segurança Pública (RIBEIRO, 2018).

Por fim, o trabalho mostrou, também, que nem todo recurso orçado é executado. Dados do Portal da Transparência (BRASIL, 2019) informaram que em 2018 foram orçados R\$ 12 bilhões de reais, mas só fora executado R\$ 8,2 bilhões, valor praticamente igual a 2016, acontecendo o mesmo em 2019.

4. CONCLUSÕES

A pesquisa verificou que há uma desigualdade muito grande entre os gastos com policiamento e os gastos com inteligência e formação. Pode-se inferir que as atividades policiais que possuem mais visibilidade estão sendo contempladas com a maior parte dos recursos em detrimento da inteligência e informação, que embora não sejam visíveis possuem impacto direto nos resultados.

Mesmo com todo o dinheiro gasto, foi perceptível a retração orçamentária no ano de 2019, o que levou a grande questão: Seria o Estado Brasileiro capaz de aumentar os recursos infinitamente? Talvez essa seja a evidência fática dita por Ana Paula Barcellos, quando cita a limitação dos recursos públicos e que por isso eles devem ser priorizados (BARCELOS, 2005, p. 90).

Os números indicam que ainda há muito a se fazer na Segurança Pública. Alexandre Moraes da Rosa e Júlio César Marcellino Jr. entendem que o direito não deve se render aos princípios da AED, segundo os autores, deve-se preservar o conteúdo dos Direitos Fundamentais, como núcleo irreduzível e inviolável do critério ético-material (MORAIS DA ROSA; MARCELLINO JR, 2009, p. 20), o que efetivamente está correto.

Entretanto, nesse caso há de se concordar com o professor Galdino quando diz que há um receio velado dos promotores dos Direitos Humanos acerca dos custos do direito por receio da redução do comprometimento com a proteção desses direitos (GALDINO, 2002, p. 189). Nessa linha de pensamento, há de se refletir sobre a capacidade do Estado no provimento da segurança em sua integralidade e tal situação exige ainda mais do administrador, pois os recursos são escassos e finitos. Afinal de contas, os direitos somente podem ser prestados onde haja orçamento suficiente para provê-lo (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 14-15).

Por fim, percebe-se que se deve preservar o conteúdo dos Direitos Fundamentais, como núcleo irreduzível e inviolável do critério ético-material, mas, ignorar as limitações orçamentárias e os humores do mercado no modo de produção capitalista pode ensejar um resultado contrário, comprometendo o bom direito e a tão almejada justiça alcançada pela sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: segurança pública. Análise Econômica do Direito. direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. DE. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83-103, 2005.

- BRASIL. **Segurança Pública**. Disponível em: <<http://www.portal-transparencia.gov.br/funcoes/06-seguranca-publica?ano=2019>>. Acesso em: 25 maio. 2019.
- BUENO, S.; LIMA, R. S. DE. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019**. São Paulo: FBSP, 2019.
- GALDINO, F. O Custo dos Direitos. In: TORRES, R. L.. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 139–215.
- HEINEN, L. R. **Performatividade: o direito transformado em dispositivo pela análise econômica do direito**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.
- MORAIS DA ROSA, A.; MARCELLINO JR, J. C. Os Direitos Fundamentais Na Perspectiva De Custos E O Seu Rebaixamento À Categoria De Direitos Patrimoniais: Uma Leitura Crítica. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Cosntituconal**, v. 1, n. 1, p. 7–23, 2009.
- NICOLITT, A. L. **Intervenções Corporais O Processo Penal e as Novas Tecnologias : Uma Análise Luso-brasileira**. (Tese de Doutorado) Universidade Católica Portuguesa, 2010.
- RIBEIRO, C. Investimento no Brasil em segurança pública chegam a R\$ 82 bilhões/ano. **O Povo**, 2018.
- SUNSTEIN, C. R. .; HOLMES, S. **The cost of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

A INFLUÊNCIA DA TEORIA LOMBROSINA NA ATIVIDADE POLICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE A TRAGÉDIA NO BAILE DE PARAISÓPOLIS-SP.

Bruno Barros Mendes

1. INTRODUÇÃO

Médico, professor e membro da Escola Positiva - Cesar Lombroso (1835-1909) - foi responsável por usar de alicerce questões morfológicas entre o homem e o delito, que ainda possuem seus traços entranhados no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro. Em uma linguagem coloquial, tal ideia é sustentada pela adoção de padrões estéticos para definição do criminoso, assim como para o direcionamento da atividade policial.

Em que pese tal discurso seja intensamente negado pelas autoridades, a herança do mencionado autor torna-se visível pela mera análise dos noticiários locais, onde negros e pobres assumem parcela significativa das páginas policiais.

Em dezembro de 2019, a imprensa noticiou nove mortes em um baile funk na Favela de Paraisópolis em São Paulo, onde jovens foram pisoteados após a violenta intervenção policial. Notícias como essa, carregam questões criminológicas complexas, marcadas pelo preconceito e pela desigualdade, que interferem diretamente no sistema de justiça.

Esse direcionamento da atividade policial vem afetando drasticamente a comunidade periférica, inclusive os eventos culturais realizados nestas comunidades, a citar como exemplo os bailes que tem sido altamente repreendidos pela Polícia.

A origem dessa violência e seus aspectos criminológicos e históricos, serão o objeto central do presente artigo, que visa demonstrar a influência da Teoria Lombrosiana na criminalização dos bailes nas comunidades periféricas e na atividade policial dentro das favelas.

2. DISCUSSÕES E RESULTADO

O problema de pesquisa reside no fato de que séculos se passaram mas o cenário visto no Brasil Colonial ainda encontra-se presente quando assunto envolve negros, pobres, cultura periférica e criminologia.

Remetendo-se a época colonial, os negros - ainda escravizados - eram altamente repreendidos pelos chamados “capitães do mato”, expressão utilizada para nominar os seguranças privados contratados pela nobreza para controlar e repreender a população negra.

Este período, foi marcado pelo sistema de segurança privada, caracterizado pelo controle dos corpos negros pela nobreza.

De fato, a segregação racial operada pelo sistema escravista, realizada pela clausura e punição dos corpos então controlados por um modelo privado de segurança, se perpetuou com um sistema penal que reproduzia, analogamente, violência e encarceramento sem que isso fosse tido com estranhamento. Ao contrário, os indivíduos desprovidos de personalidade, cujos corpos eram a todo tempo vilipendiados e observados, não teriam tratamento diverso, uma vez libertos (SOUZA, 2006, p. 611-626).

Com o passar do tempo e com promulgação da Lei Aurea, dentre outros atos humanitários, os negros foram libertos e passaram a ocupar as cidades. No entanto, mesmo após a libertação, a poluição negra não se viu livre do preconceito e da miserabilidade.

Diante dessa realidade, com a falta de oportunidades e a escassez de recursos, os povos libertos ficaram mais próximos da delinquência, tanto por questões econômicas quanto sociais. Por outro lado, a nobreza – ainda insatisfeita com o fim da escravidão – sentiu-se ameaçada com tamanha liberdade e passou a reivindicar a necessidade da criação e fortalecimento do que hoje chamamos de Estado Policial.

Portanto, a polícia da época tinha como principal objetivo atender os interesses da elite e exercer o controle sobre a população negra liberta, visando diminuir a criminalidade e continuar exercendo o controle sobre os antigos escravos.

Do império à república, a transição do sistema punitivo privado para o público se dá por meio de uma série de mecanismos que não abandonam o racismo. Nesse meio tempo, temos a abolição da escravidão e o fim do marco legal da subjugação, bem como o advento do liberalismo. Contudo, o temor das elites com relação à população negra e a mácula de sua inferioridade, faz nascer o estado policial e vigilante que perpetua sob outro código o controle exercido na colônia (FLAUZINA, 2006, p. 55).

Neste período, houve uma intensa associação dos negros com a criminalidade. Posteriormente, essa ideia aparentemente absurda, ganhou força com o surgimento da Escola Positivista, principalmente com a Teoria Lombrosina, onde o fator físico passou a ser determinante para a definição do criminoso.

A partir daí, os preconceitos da elite ganharam legitimidade acadêmica, o que alavancou e legitimou ideias preconceituosas da época, que até hoje direcionam a atividade policial, principalmente quando o assunto envolve as comunidades periféricas.

No entanto, em um estado democrático de direito, fundamentado pelo princípio da igualdade, aspectos antropológicos não poderiam mais interferir na atividade policial, sendo aceitável tratamento diverso em razão questões raciais e socioculturais. Na prática não é isso que acontece, basta analisar a diferença das operações realizadas nos condomínios de luxo e as realizadas nas favelas de São Paulo.

A tragédia na favela de Paraisópolis que resultou na morte de nove jovens deixou claro essa diferença, conforme relato por testemunha a brutalidade da intervenção policial e a total ausência de responsabilidade com a população local, fez com que jovens fosse pisoteados em meio aos becos, enquanto os policiais agrediam a população. Isso acontece, pois a polícia foi criada para ser violenta nas comunidades e não com a nobreza, nos bairros ricos de São Paulo.

3. OBJETIVOS E METODOLOGIA

O presente trabalho tem como principal objetivo demonstrar - através de revisão histórica e bibliográfica - a influência das ideias preconceituosas do século passado nas operações policiais nas comunidades periféricas, visando comprovar que a violência tem origem em teorias criminológicas raciais.

4. CONCLUSÕES E JUSTIFICATIVAS

Conclui-se através da análise histórica e dos fundamentos de criação do Estado Policial que as teorias racistas de Lombroso ainda encontram-se presentes em tempos atuais. Justifica-se a presente pesquisa, em razão da constante violência estatal sobre as comunidades periféricas, que vem sofrendo demasiadamente com as heranças da antropologia criminal.

5. REFERÊNCIAS

DE SOUZA, Thais Diniz Coelho. Seletividade racial do sistema penal brasileiro: origem, mecanismos de manutenção e sua relação com a vulnerabilidade por culpabilidade. Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, 2016.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro, Corpo negro estendido no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Brasília, 2006.

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE ANIMAIS SILVESTRES DO BRASIL PARA O MUNDO: IMPACTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIGNIDADE HUMANA PARA GERAÇÕES FUTURAS

Isabeli Rosinski Cruz

Marcelo Negri Soares

INTRODUÇÃO

Vivenciamos atualmente o tráfico de animais silvestres abertamente em todo país, sendo considerada uma enorme cadeia que carrega milhões em dinheiro e se instala em vários lugares da sociedade para comercializar e negociar animais. O crescimento deliberado do comércio mundial é um sinal da falta de controle e omissão do poder fiscalizatório do governo para impedir esse comportamento. Soma-se a isso ao trabalho dificultoso das autoridades policiais e ambientais para encontrar e prender aqueles que traficam, matam e prosperam no mercado da caça, especialmente em grandes propriedades particulares. A mata densa também impossibilita a fiscalização aérea. O resultado é que, ao longo dos anos, muitas espécies de animais selvagens acabam criminosamente beirando à extinção. Dessa forma, trataremos neste estudo sobre o impacto predatório causado pelo tráfico na biodiversidade e sua relação com os direitos da personalidade, especialmente

quanto ao princípio da dignidade da vida humana e o direito à uma biodiversidade equilibrada.

OBJETIVO

O presente estudo é objetiva tráfico internacional de animais silvestres do Brasil para o mundo, demonstrando os impactos dos direitos da personalidade e dignidade humana para gerações futuras. Então, esse artigo propõe análise legal das regras relacionadas, à luz da doutrina e jurisprudência existente. Em uma compreensão geral, atualmente, no Brasil, os animais ainda são tratados como coisas, objetos e mercadorias em movimento (*v.g.*, semoventes). Em vista disso, é necessário romper a barreira e seguir movimentos legislativos, por exemplo, da Europa, numa tentativa de superar o *status quo*, instalando uma supra legalidade; a final, o meio ambiente equilibrado é um benefício de todos, em qualquer lugar do orbe terrestre.

Como substrato dessa discussão, fica a pergunta: o que deve ser privilegiado, o direito de acesso de ir e vir do animal selvagem ou o descaso irracional do humano frente a ele? O embate entre princípios coloca de um lado o princípio da dignidade humana e de outro o princípio da dignidade não humana, a dignidade humana sob o ponto de vista dos direitos da personalidade, especificamente no direito de convívio com as espécies em gerações futuras. O Estado está obrigado a disponibilizar direitos e garantias para que os animais não humanos sejam respeitados em seus direitos? Respeitar os direitos dos animais não seria respeitar também o direito do homem, no sentido de harmonizar o racional e o irracional? A partir da doutrina e da jurisprudência, discutiremos esse alijamento de direitos, a exclusão injusta e oportunista desse direito para futuras gerações que, como demonstraremos, revela-se antagônico às legislações atuais.

MÉTODO

Realizamos pesquisa bibliográfica em livros, revistas especializadas e, utilizando o raciocínio hipotético-dedutivo na revisão de conceitos e construção de novos entendimentos sobre o tema, coletamos casos

julgados nos Tribunais brasileiros e pelo mundo, no período de 2015 a 2020, para analisar a qualidade de apreensões e a punibilidade do crime previsto. Paralelamente à doutrina existente, analisamos os resultados condenatórios e não condenatórios, para apontar a omissão do Estado. Sob o aspecto político-jurídico, devemos ter em mente que a negligência com a questão e a falta de comprometimento do governo executivo põe em campo os demais atores, isto é, os Poderes Executivo e Legislativo. Assim, ao final, como resultado, propomos a alteração da legislação, bem como a aplicação, na falta de legislação específica, das legislações existentes pelo mundo, especialmente nas que se adequarem à realidade brasileira.

MARCO TEÓRICO

Os direitos da personalidade, conforme o Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 11º a 21º, estão diretamente relacionados ao tráfico internacional de animais silvestres do Brasil para o mundo. Assim, os impactos dos direitos da personalidade para gerações futuras **são visíveis, sobretudo sob o aspecto da dignidade humana.**

Neste sentido, para Orlando Gomes, os direitos da personalidade são “direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade” (GOMES, 2001, p.141). Ainda, remetendo-se a Adriano de Cupis, um dos autores pioneiros na construção de um conceito para os direitos da personalidade, pode-se aduzir que “todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se direitos da personalidade” (CUPIS, 2008, p.23-24), uma vez que, a exemplo da dignidade, resvalam nas condições para o progresso do próprio sistema democrático (BRAMBILLA et al, 2018, p. 152).

Então, sob o ponto de vista do tráfico internacional de animais, importante destacar a relação da natureza com o direito (ZAFFARONI, 2011, p. 32) e respectiva responsabilidade, seja no âmbito civil ou administrativo, especialmente o penal, objeto de análise mais aprofundada neste estudo (VERCHER, 2003, p. 66), contra o tráfico internacional em espécie (SOLLUND, 2013, p. 72), visando, não só a punição, mas com a exemplar responsabilização, a proteção ambiental

efetiva (SÁNCHEZ & TELLO, 2019, p. 63) e ao cumprimento do desiderato do direito, produto do mundo cultural e tendente a outorgar a proteção substantiva da face do Estado Democrático de Direito (SOARES & CARABELLI, 2019, p. 42).

No Brasil, a jurisprudência indica que a competência para julgamento do caso é da Justiça Federal por ser o tráfico internacional de animais, crime previsto em tratado internacional (Decreto 76.623/75) - artigo 109, III, da Constituição Federal; sendo que as denúncias, invariavelmente, trilharam o preenchimento dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e tange ou não a violação dos 29, § 1º, III, 31 e 32 da Lei n. 9.605/1998 e artigos. 157, § 1º, do CPP e 59 do **Código Penal**, além de afronta à **Súmula n. 444** do Superior Tribunal de Justiça. (STJ - Recurso Especial nº 1.588.898 - PE - 2016/0076742-0, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12.04.2018). Foram pesquisados entre os anos de 2015 e 2020, no site dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Paraná, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Amazonas, Pará, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, 107 (cento e sete) acórdão representativos dessa realidade.

Portanto, estabelecido o marco teórico e as premissas deste estudo, vejamos os resultados.

RESULTADOS

O estudo indicou a ocorrência de vários crimes previstos por parte de agentes criminosos, operando na venda e exportação ilegais de animais silvestres, até mesmo utilizando os correios e serviços de entrega rápida, redundando em perdas irreparáveis e irreversíveis ao equilíbrio do meio ambiente, princípio estatuído na Constituição Federal de 1988. São várias espécies envolvidas (de tartarugas a felinos, de tamanduá a primatas e répteis crocodilianos...), muitas das quais ameaçados de extinção. Os estudos mostram que, nos países que tiveram sucesso essas estratégias para paralisar a proliferação da prática predatória e criminosa do tráfico internacional de animais não humanos, o Estado atuou em força tarefa conjunta (Executivo, Legislativo e Judiciário), de forma a efetivar a legislação punitiva e, sobretudo, fiscalizatória e preventiva. Assim, faz-se a proposta nesse sentido, de uma legislação federal para obrigar a criação

nos Estados, dessa força tarefa. Ainda, os estudos continuam na senda sobre a legalidade ou não dos atos praticados pela caça predatória, pesquisas essas ainda em andamento, resultados que serão apresentados em breve. Em suma, são estes os resultados colhidos.

CONCLUSÃO

Como conclusão, quanto **AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE ANIMAIS SILVESTRES DO BRASIL PARA O MUNDO, os IMPACTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIGNIDADE HUMANA PARA GERAÇÕES FUTURAS** são já vistos a olho nu. Todavia, a pesquisa no ramo de direito ambiental e adjacências é importante para se discutir formas de paralisar a proliferação criminosa. Nesse contexto, é necessário equipar e orientar as autoridades competentes sejam elas internacionais ou estaduais, para uma maior luta contra o tráfico de animais silvestres, sendo efetivamente realizada, sugerindo-se, portanto, a constituição de uma força-tarefa conjunta dos Poderes, utilizando-se também da colaboração e cooperação internacional, em tratados e convênios firmados e em vigor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p.23-24.

BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza, e Oliveira, José Sebastião de. **O amicus curiae como instrumento de efetivação de direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 152.

FARIAS, Talden Queiroz. **Tráfico de Animais Silvestres - Ambiental - Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/trafico-de-animais-silvestres/>. Consultado em 9 de junho de 2016.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.141.

PLANALTO; In: **Conservação sobre diversidade biológica**, Decreto n° 2.159/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf, acessado em 08/10/2016.

RICKLEFS, R.E. **A Economia da Natureza**. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 5a edição, 2003. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/n00esx8>

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; TELLO, Guanoquiza; LUCAS, Lenin. La protección penal ambiental en ecuador. Necesidad de un cambio. **Justicia**, 2019, 35: 63-96.

SOARES, Marcelo Negri; CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil.** Editora Edgard Blücher, 2019.

SOLLUND, Ragnhild. Animal trafficking and trade: Abuse and species injustice. In: **Emerging issues in green criminology.** Palgrave Macmillan, London, 2013. p. 72-92.

VERCHER NOGUERA, Antonio. **Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa.** ECOIURIS, Madrid, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio. **La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política.** Editorial Abya-Yala, Quito, 2011.

MORTES POR HOMICÍDIO NA CIDADE DE CANARANA, BAHIA

Bruna Souza de Matos

Introdução

O Brasil passa por um expressivo aumento na mortalidade decorrente de homicídios na última década. Este crescimento não é homogêneo, apresentando aumento mais intenso nas regiões Norte e Nordeste. (IPEA, 2019) O país passou por um processo de industrialização nas décadas de 1940-1950, ocasionando grande migração da zona rural para a urbana, assim como das regiões Norte e Nordeste para a Sudeste e Sul (SANTOS et al., 2015). Entretanto, nas últimas décadas vem se intensificando o processo inverso, de descentralização do desenvolvimento econômico. A violência também acompanhou essa dinâmica, e o municípios menos populosos, outrora tranquilos, passaram a exibir aumento nas taxas de criminalidade (ANDRADE; BRAGA FILHO, 2016).

A utilização de informações sobre estatísticas criminais fornecem dados fundamentais sobre o perfil de determinadas populações, propiciando melhor planejamento de estratégias para enfrentar a violência. Levando em consideração a problemática da interiorização da violência, o objetivo deste estudo foi traçar o perfil das vítimas de homicídio na cidade baiana de Canarana, entre os anos de 2011 a 2017, comparando com os dados do estado da Bahia.

Metodologia

Trata-se de um estudo descritivo, da mortalidade por homicídio no período de 2011 a 2017, no município de Canarana, localizado na Bahia. A população do estudo compreendeu a totalidade dos homicídios de pessoas cuja agressão ocorreu no município de Canarana, no período de 2011 a 2017. Os dados foram obtidos do Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), gerenciado pelo Ministério da Saúde. Consideraram-se homicídios as lesões provocadas intencionalmente, classificadas pela Décima Classificação Internacional de Doenças (CID-10), como “Agressões” (X85 a Y09)

Resultados e discussão:

Para o período estudado, houve o registro de 39 óbitos provenientes de agressões na cidade de Canarana, com o sexo masculino constituindo 38 destes. No estado da Bahia a maioria dos mortos também era do sexo masculino, constituindo 86% dos óbitos. A faixa etária mais atingida foi de 20 a 29 anos, com 13 mortes; seguida por 15 a 19 e 30 a 39 anos, com 9 mortes cada. Na Bahia a faixa etária de 20 a 29 anos também foi a mais acometida. Com relação a cor, na cidade de Canarana, 82% foram identificados como de cor parda, 13% cor preta e 5% cor branca. Na Bahia foram 74,6% dos indivíduos foram identificados como pardos, 14,6% como de cor preta, 6,5% de cor branca, menos de 1% identificados como de cor amarela e indígena, e 4% não tiveram essa informação registrada. A predominância de mortes entre homens, jovens, pardos e negros no Brasil está presente em outros estudos (HENNINTON et al., 2008; RIBEIRO e SILVA, 2018; SCHABBACH, 2019). Diversos fatores podem estar associados a este quadro de vulnerabilidade desses grupos. Maior exposição a situações de risco e valorização de comportamentos mais agressivos devido ao padrão de masculinidade presente na cultura brasileira; dificuldade de jovens ingressarem no mercado de trabalho favorecendo a entrada destes na criminalidade; desigualdade na distribuição de renda, historicamente dificultando o acesso a negros e pardos a serviços como educação e infraestrutura, impactado negativamente na renda dessa

população(HERINGER, 2002). Outro fator relevante são os critérios de classificação da cor da pele, os quais são influenciados pela percepção do avaliador, assim como o quantitativo das pessoas em que este dado não foi informado.

Na cidade, a mortalidade decorrente de homicídios apresentou tendência de crescimento a partir do ano de 2012, passando de 1 óbito chegando a 14 óbitos em 2017. Nota-se que o crescimento tornou-se mais proeminente a partir do ano de 2015. A mortalidade por homicídios no estado da Bahia apresentou um pico no ano de 2012, seguido por um período de estabilização até o ano de 2015, iniciando um novo crescimento. É importante salientar que no ano de 2012 houve um período de greve dos policiais militares da Bahia, ocasionando aumento da quantidade de delitos, portanto trata-se de um ano atípico. Nota-se também que o crescimento da mortalidade de 2011 a 2017 na cidade de Canarana foi mais proeminente que na Bahia, sendo de 600% e 25%, respectivamente.

Considerações finais

A cidade de Canarana apresentou um notável aumento na mortalidade por homicídios no período de 2011 a 2017, superior ao padrão encontrado na Bahia. O perfil do grupo mais vitimado foi de homens, jovens, identificados como pardos ou negros. Os dados obtidos apontam a necessidade da adoção de estratégias de enfrentamento da violência, englobando múltiplos setores, tais como da segurança pública, assistência social, educação, cultura, infraestrutura.

Referências

- ANDRADE, Leonardo; BRAGA FILHO, Hélio. **A interiorização da violência social: Uma análise do interior paulista. Desenvolvimento Regional em Debate**, Contestado, n. 1, p.193-194, 2016.
- HERINGER, Rosana. **Desigualdades raciais no Brasil: síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas. Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p.57-65, abr. 2002.

IPEA- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da violência 2019**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública

RIBEIRO, Danilo Ferreira; SILVA, Cristiano Cezar Gomes da. **Mortos ou presos: estudo sobre o perfil de vítimas e de autores de homicídios em Alagoas à luz da dialética discurso x prática social**. *Diversitas Journal*, Santana do Ipanema, v. 3, n. 3, p.889-890, set. 2018

SANTOS, Jeferson G.; CANÔAS, Sílvia; BARROS, Geórgia. **Industrialização e urbanização: Nexos e reflexos na estrutura socioespacial brasileira**. *Xi Congresso Brasileiro de História Econômica*, Vitória, set. 2015.

SCHABBACH, Letícia Maria. **Os homicídios no Sul do Brasil: Tendências e perfil das vítimas**. *Segurança, Justiça e Cidadania: O Panorama dos Homicídios no Brasil*, Rio Grande do Sul, v. 6, n. 1, p.91-117, nov. 2019

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA ATRAVÉS DA TRIVIALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

Yanna Raissa Brito Couto da Silva

O presente trabalho versa sobre os desafios de implementação da Audiência de Custódia, a partir do contexto atual de superlotação carcerária, oriundo da trivialização das prisões provisórias. A proposta deste resumo se fundamenta na perspectiva epistemológica de uma ciência crítica social que tem como um dos seus pressupostos epistemológicos o princípio de que o conhecimento científico se valida, entre outras dimensões, na possibilidade de intervenção na realidade social em que o mesmo é construído.

Na realidade do sistema carcerário contemporâneo, que se caracteriza por uma densa concentração de presos provisórios, o que corrobora gradativamente para a superlotação carcerária, torna-se cada vez mais difícil a efetivação dos direitos e garantias atinentes à dignidade da pessoa humana, pois de nada servem tais garantias que se detêm nas portas dos presídios. Diante disso, de que forma a audiência de custódia pode contribuir como mecanismo de resolução ou até mesmo de redução para o problema crônico de encarceramento em massa?

A premissa aqui adotada é que com a efetivação da audiência de custódia no contexto pré-processual, haja a redução da decretação de prisão em caráter provisório, pois com a implementação desse instituto estabelecerá um espaço democrático de discussão sobre a legalidade e

necessidade da prisão, ou seja, um âmbito em que se reflita a garantia dos direitos do detido, a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário. Nesse sentido, haverá uma diminuição significativa da população carcerária, uma vez que o Departamento de pesquisas judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) conjuntamente com os órgãos internacionais constataram que há um grande percentual de presos provisórios no sistema, sendo este um dos grandes fatores que influencia o problema crônico de encarceramento em massa.

No contexto atual de superlotação carcerária, conforme as últimas estatísticas, o Brasil tornou-se a terceira maior população carcerária do mundo. Entretanto, a implementação das audiências de custódia representa um dos avanços contemporâneos para reduzir o ingresso de pessoas no sistema prisional, mesmo que esta não deva ser uma iniciativa isolada. Tal instituto é um mecanismo de natureza pré-processual, que tem previsão normativa em documentos internacionais, o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Artigo 9º, item 3), como também na Resolução 213 do CNJ, que busca promover efetividade ao que dispõem os referidos Tratados Internacionais de Direitos Humanos acerca da temática.

Diante disso, pretendeu-se investigar a audiência de custódia como um possível instrumento para a redução ou até mesmo a resolução do problema de superlotação carcerária, oriundo da banalização das prisões provisórias. Para tanto, buscou-se a análise do contexto atual do sistema prisional brasileiro e as modalidades de prisões provisórias, como também os possíveis efeitos da audiência de custódia em relação à aplicação de medidas cautelares.

A opção pela análise do instituto da audiência de custódia justifica-se pela constatação de que atualmente enfrentamos um estágio avançado de superlotação carcerária com o uso de políticas de encarceramento em massa. A implementação da audiência de custódia tornou-se uma medida contra esse fenômeno. Nessa perspectiva, a execução de tal instituto reforça o objetivo dessa análise na medida em que auferi diversas vantagens como a redução do encarceramento em massa do país, tendo em vista que através da audiência se promove um encontro do juiz com o preso, o que possibilita à autoridade judiciária a apreciação da legalidade da prisão.

Na escolha da metodologia, a técnica de pesquisa realizada foi uma análise do material bibliográfico atinente à temática proposta, ressaltando-se as obras jurídicas que trazem um viés garantista do direito processual penal. Por conseguinte, ocorreu um aprofundamento teórico sobre o objeto investigado, a audiência de custódia como um possível mecanismo para a resolução do problema de encarceramento em massa proveniente da banalização das prisões cautelares.

Posteriormente, houve a fase de pesquisa de campo que resultou na coleta de dados, através dos Organismos de proteção aos direitos humanos ou por dados oficiais do Governo, que demonstrarão os aspectos polêmicos acerca da implementação da audiência de custódia no contexto processual atual. Nessa perspectiva, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN, publicado em 2019, constatou-se que a população carcerária chega a 812.564 presos, ressaltando que 41,5% das pessoas presas no Brasil não haviam sido ainda julgadas e condenadas, ou seja, presos provisórios. Entretanto, a partir da análise dos dados do Conselho Nacional de Justiça, se verificou que foram realizadas em todo o país 722.735 audiências de custódia até março de 2020, resultando na concessão de 290.557 liberdades provisórias (40,30% do total) e na manutenção de 431.407 prisões preventiva. Destaca-se que no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2015 a março de 2020 foram realizadas 19.598 audiências, resultando em 11.155 casos de liberdade provisória e 8.429 casos de prisão preventiva.

Ainda sobre essa temática, a partir da inserção efetiva da audiência de custódia no contexto brasileiro foram identificados alguns benefícios como também diversos obstáculos, que podem ser superados através do aprimoramento do sistema na persecução penal. Mesmo havendo benefícios significativos, foram constatados alguns obstáculos paralelos, sendo estes, a trivialização das prisões provisórias e a limitação do seu lapso temporal, especificamente a prisão preventiva; a ausência de estrutura física e funcionários para o procedimento de apresentação do sujeito preso ou detido ao magistrado, abarcando todas as instituições envolvidas na persecução penal; a falta de fiscalização no cumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão, o que contribui para que o juiz decida de maneira automática pela decretação da prisão preventiva, sem considerar a aplicação efetiva de tais medidas.

Diante desse contexto, a implementação da Audiência de Custódia no contexto brasileiro significou um dos grandes avanços do Direito Processual Penal nos últimos anos. Esse mecanismo tem grande potencial em contribuir no combate aos problemas crônicos do sistema carcerário em todo o país, como o encarceramento em massa através da redução da trivialização das prisões provisórias e a prática de tortura, uma vez que serve a propósitos humanitários e de defesa de direitos fundamentais inerentes ao processo penal.

Palavras- Chave: Audiência de Custódia. Prisões Provisórias. Superlotação Carcerária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de Custódia no processo penal brasileiro**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia**. Comentários à Resolução 2013 do Conselho Nacional de Justiça. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BRASIL JUNIOR, Samuel; OLIVEIRA, Gisele Souza de; SILVA, William; SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Audiência de Custódia**. Dignidade humana, controle de convencionalidade. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Servanda Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Prisões Cautelares**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2^a edição. Santa Catarina: Empório do direito, 2017.

PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1 ed. 2. reimp. Buenos Aires: Editora Del Puerto.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16^a edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3^a edição. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

CRIMES E SOCIEDADE EM DEBATE

Antonio Carlos Gomes Ferreira,
Jonathan Cardoso Régis,
Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques e
Ulisses Pessoa dos Santos (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2020