DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS

VOL. 3

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 Toríbio (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:
ANTÔNIO EDUARDO RAMIRES SANTORO,
CLAUDIA APARECIDA DA SILVA PIRES, FLAVIO MIRZA MADURO,
RODRIGO GRAZINOLI GARRIDO

DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS

VOL. 3

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Antônio Eduardo Ramires Santoro, Claudia Aparecida da Silva Pires, Flavio Mirza Maduro, Rodrigo Grazinoli Garrido (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.

D582

Dimensões jurídicas dos direitos humanos / Antônio Eduardo Ramires Santoro, Claudia Aparecida da Silva Pires, Flavio Mirza Maduro e Rodrigo Grazinoli Garrido (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

v. 3; 554 p.

ISBN 978-65-87489-48-3

1. Direitos humanos. 2. Direitos civis. 3. Política e direitos civis. I. Santoro, Antônio Eduardo Ramires (org.). II. Pires, Claudia Aparecida da Silva (org.). III. Maduro, Flavio Mirza (org.). IV. Garrido, Rodrigo Grazinoli (org.).

CDD 323

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS **15**

AGENTES PENITENCIÁRIOS: UM BREVE PANORAMA SOBRE SEU PAPEL RESSOCIALIZADOR NO SISTEMA PRISIONAL 17
Yane Guimarães Santana Ferreira

ANÁLISE DO DEBATE DA CASTRAÇÃO QUÍMICA COMO PROTEÇÃO ÀS VÍTIMAS DE ESTUPRO 35
Vanessa Marques Teles

A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA SOBRE DROGAS: UMA LONGA TRILHA ATÉ A HUMANIZAÇÃO 52
Luciano Rosa Vicente

A RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 70
Érika de França Pergentino

ESTELIONATO CONTRATUAL: A INTERSEÇÃO DO ESTELIONATO E O MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E AS CARATERÍSTICAS ELEMENTARES PARA TIPIFICAÇÃO DA NORMA PENAL 87
João Victor Oliveira de Oliveira

O RACISMO E O ENCARCERAMENTO DOS NEGROS NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO 102
Mariana Gomes de Castro

ANÁLISE CONSTITUCIONAL E HUMANÍSTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP DO PACOTE ANTICRIME (ART. 28-A DO CPP, INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.964/2019)..... 116
Marli Aparecida da Silva Siqueira
Danielle Karolinne Weiler de Siqueira
Eduarda Paola Weiler de Siqueira

TIPIFICAÇÃO DA LGBTFOBIA ENQUANTO CRIME DE RACISMO: ANÁLISE SOBRE AS VANTAGENS E OBSTÁCULOS DESTE NOVO TIPO PENAL..... 131
Gabriel Morais de Souza Santos
Larissa Lauane Rodrigues Vieira

A LEI 12.654/12 E A IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA PARA A PROVA PERICIAL..... 149
Bianca Baú Porto

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOLABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA E SUA FISCALIZAÇÃO NO ÂMBITO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO..... 167
Jean Carlos Falcão Manosso
Matheus de Quadros

DIREITO PENAL DO INIMIGO VERSUS O DEVIDO PROCESSO LEGAL..... 185
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
Villeneuve Lima Rodrigues

JUSTICEIRO E O DIREITO DE PUNIR..... 199
Otávio Augusto Gonçalves da Silva

COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER NA PANDEMIA DE COVID-19 213
Nayara Hanna Santiago Costa
Maria Isabel Boavista Gomes Castelo Branco
Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques

A NECROPOLÍTICA PRESENTE NO USO DE SNIPERS NO RIO DE JANEIRO..... 231
Anderson Milhomem Vasconcelos

OS DIREITOS HUMANOS E A (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO..... 245
Alessandra Almeida Barros
Nara Priscila Pereira de Castro

AS REGRAS DE BANGKOK: UMA ANÁLISE ACERCA DAS DIFICULDADES DE IMPLANTAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO..... 263
Anne Campelo Teixeira
Carla Kunde Soares

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DO ROL DE FALTAS GRAVES INSTITUIÍDA PELO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO..... 277
José Lucas Bringel Leite
Thaís Farias de Almeida

LEI ANTIMANICOMIAL NO BRASIL E A APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA..... 291
Lara Eduarda Fernandes Ferreira

PUNITIVISMO: UM PROBLEMA CULTURAL..... 310
Rafael Tadeu de Salles Cezar

JUDICIALISMO COMO UMA NOVA FORMA DE ENFRENTAMENTO À CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO..... 327
Ana Lucia C. Alves

A EFICÁCIA DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO COMO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA VEDAÇÃO AO EXCESSO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE..... 347
Jean Carlos Falcão Manosso
Matheus de Quadros

DIREITOS HUMANOS E DITADURA MILITAR: O CASO INÊS ETIENNE ROMEU FRENTE À INCONVENCIONALIDADE DA LEI DA ANISTIA..... 362
Alexandra de Souza Rodrigues Tinoco
Antonio Eduardo Ramires Santoro

O CRIME DE DESACATO E O DIREITO PENAL MÍNIMO.....380
Yone Oliveira dos Santos

ANÁLISE ECONOMICA DO CRIME E LAVAGEM DE DINHEIRO – BREVES NOTAS.....392
Camila Witchmichen Penteado

A CONTRIBUIÇÃO DA EPIGENÉTICA NA COMPREENSÃO DA OCORRÊNCIA DE PRÁTICAS DELITUOSAS.....409
Amanda Bodart Lima
Juracy José da Silva

A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E O ALCANCE AOS TRANSGÊNEROS.....422
Maria Neurilane Viana Nogueira
Luana Maria Pinheiro de Barros Sanguinetti
Jéssica Viana Nogueira Ivo

PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO: UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA JURÍDICA-PENAL ACERCA DA ESPETACULARIZAÇÃO JURÍDICA E SEUS EFEITOS.....440
Maria Josina Costa Barreto Neta

PROPOSTAS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURIDICA: CAMINHOS PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E DA IGUALDADE SOCIAL.....453
Rhayssam Poubel de Alencar Arraes

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....472
Marcielle de Sousa Lins

DIREITOS HUMANOS E RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO ATRAVÉS DO MÉTODO APAC.....486
Léa Wagmacker
Mônica Maria Souza Ribeiro

RESUMOS.....505

FEMINICÍDIO: UM ESTUDO SOCIAL EM BARRA DO GARÇAS/MT.....507
Rodston Ramos Mendes de Carvalho
Gisele Silva Lira de Resende

VIOLÊNCIA ESTATAL: A MURALHA REMANESCENTE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO EGRESSO.....509
Fabiana Teixeira Souza Domingos

OBRIGATORIEDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....515
Amanda Bigatão Reginato

TRÁFICO DE PESSOAS COM FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL :UMA ANÁLISE DOS DISCURSOS APRESENTADOS NAS MÍDIAS SOCIAIS.....520
Isa Debora Pinto Lopes
Maynara Costa de Oliveira Silva

DIREITO PENAL ANALISADO SOB A ÓTICA DO CONTEXTO PANDÊMICO ..524
Rafaela Alves Gusmão

A POLÍTICA NACIONAL DO TRABALHO NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL: A EFETIVAÇÃO DO TRABALHO DO PRESO ENQUANTO FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA.....530
Eduarda Alana de Gouvêa Tavares

COMENTÁRIOS SOBRE AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 69/2014 AO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS (DOS CRIMES CONTRA OS ANIMAIS DE COMPAINHA).....536
Nathaly Veloso Lehnen

DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE PORN REVENGE E SEXTORTION, BEM COMO OS EFEITOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AOS CASOS CONCRETOS.....542
Hugo Roberto Xavier Silva Junior
Leonardo Fagundes Matuzinho

ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC): UMA ALTERNATIVA AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....548
Ana Cristina Mendes
Valéria Mendes Pinheiro

CONSELHO 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)*
Arthur Bezerra de Souza Junior	*(Universidade Nove de Julho, Brasil)*
Bruno Zanotti	*(PCES, Brasil)*
Claudia Nunes	*(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)*
Daniel Giotti de Paula	*(PFN, Brasil)*
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, 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)*
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)*
Nikolas Rose	*(King's College London, Reino Unido)*
Oton Vasconcelos	*(Universidade de Pernambuco, Brasil)*
Paula Arévalo Mutiz	*(Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)*
Pedro Ivo Sousa	*(Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)*
Santiago Polop	*(Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)*
Siddharta Legale	*(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)*
Saul Tourinho Leal	*(Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)*
Sergio Salles	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Susanna Pozzolo	*(Università degli Studi di Brescia, Itália)*
Thiago Pereira	*(Centro Universitário Lassale, Brasil)*
Tiago Gagliano	*(Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)*
Walkyria Chagas da Silva Santos	*(Universidade de Brasília, 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 Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH 2020)**, que ocorreu entre os dias 29 a 31 de julho de 2020 e contou com 63 Áreas Temáticas e mais de 1100 artigos e resumos expandidos de 73 universidades e 43 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 livros do evento.

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

ARTIGOS

AGENTES PENITENCIÁRIOS: UM BREVE PANORAMA SOBRE SEU PAPEL RESSOCIALIZADOR NO SISTEMA PRISIONAL

Yane Guimarães Santana Ferreira

1 INTRODUÇÃO

As prisões enfrentaram muitos desafios no decorrer da sua história, assim como, em todo o mundo, dado que, em um primeiro plano, confinar pessoas para retribuir um mal cometido sempre será um exercício fatigoso.

Destarte, o ponto alto para a escolha do recorte do presente objeto de estudo, é a conjectura em que se encontra as produções científicas dos ramos do Direito Penal, as quais em sua esmagadora maioria são elaboradas sob a ótica dos internados. Vale ressaltar, que analisar o sistema prisional sob a égide dos presos é de suma importância para a ciência do Direito, no entanto, a Academia não pode negligenciar uma parcela do universo carcerário, uma vez que este é constituído por diversas óticas, inclusive a de seus operadores.

Em especial, o agente penitenciário também sofre todos os efeitos do cárcere, para além da complexidade do desempenho das suas funções: ser o mantedor da ordem nas instituições prisionais e ser o intermediário entre o mundo extramuros.

2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO COMO SUSTENTÁCULO DO CONTROLE SOCIAL

Com o propósito de manter a ordem social, os indivíduos precisam se submeter a padrões de conduta compatíveis com as regras estipuladas. Aqueles que se comportam de maneira desviante das normas determinadas, estarão sujeitos a serem penalizados pelos órgãos de controle social.

Historicamente no Brasil, há uma cultura punitiva que se faz presente desde os tempos coloniais. Os valores punitivistas compõem veementemente as bases axiológicas da sociedade brasileira atual, de modo que, concretizou-se o Estado Penal, tendo como base a repressão, criminalização, o disciplinamento e a penalização. O sociólogo francês Loïc Wacquant (2003), criador do conceito de Estado Penal, descreveu esse modelo como sendo a hipertrofia do Estado Penal em face do atrofia do Estado social.

Nessa linha, a punição é percebida enquanto resolução de conflitos sociais, assim como, sacraliza-se a pena, com vistas a conter os crimes praticados. Com isso, o encarceramento em massa de indivíduos é materializado através das políticas públicas adotadas no país. Segundo o World Prision Brief, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás da China e dos Estados Unidos, com mais de 746 mil pessoas presas.

Por sua vez, o sistema penitenciário é um instrumento de controle social por meio do qual o Estado retira do corpo coletivo, os indivíduos que infringem normas penais e os inserem em uma nova realidade com suas próprias regras disciplinantes:

> A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é "onidisciplinar." (…) Ela dá um poder quase total sobre os detentos, tem

> seus mecanismos internos de repressão e de castigo: disciplina despótica. Leva à mais forte intensidade todos os processos que encontramos nos outros dispositivos de disciplina. Ela tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; seu modo de ação é a coação de uma educação total (FOUCAULT, 2012, p. 222).

Assim, revela-se imperioso destacar o conceito de instituições totais descrito por Erving Goffman (2019, p. 16-17), como sendo instituições da sociedade ocidental terminantemente fechadas. Tendo em vista o caráter total, simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo, bem como, por proibições de saídas, que se denotam no esquema físico: grandes muros, portas trancadas e arames farpados.

Na obra Manicômios, Prisões e Conventos, o autor divide as instituições totais em cinco agrupamentos, sendo o terceiro um tipo de organização total estruturada para proteger a sociedade contra perigos intencionais, sendo que o bem-estar das pessoas em isolamento não constituem problemas imediatos, como por exemplo, as cadeias e as penitenciárias.

Foucault e Goffman, portanto, não analisam o poder meramente em sentido estrito, mas se dedicam a estudar as relações de poder que permeiam a sociedade, através das instituições formais. A prisão, a título de exemplo, é um âmbito fortemente estudado pelos dois autores, uma vez que nela há reafirmação das relações de dominação social.

Traçando paralelos com a concepção de instituição total e o controle social exercido pelas instituições prisionais, o seu atributo central é a ruptura das barreiras que normalmente separam as três principais práticas da vida cotidiana de um determinado sujeito, quais sejam "dormir, brincar e trabalhar". As atividades rotineiras dos internos são realizadas em um mesmo local e perante autoridade única, assim como na companhia imediata de um grupo de pessoas, além disso, as práticas diárias possuem enorme rigor temporal, com horários estabelecidos de maneira prévia e unilateralmente. Pois então, nas palavras de Goffman:

> O controle de muitas necessidades humanas pela organização burocrática de grupos completos de pessoas – seja ou não

> uma necessidade ou meio eficiente de organização social nas circunstâncias – é o fato básico das instituições totais (GOFFMAN, 2019, p. 17-18).

Ademais, não é uma tarefa fácil discorrer sobre o universo próprio do cárcere. Contudo, seguramente, as consequências e efeitos da prisionalização são sentidos por todos que fazem parte dessa "microcidade fechada" (MASSARO, 2013, p. 220), seja interno ou operador da instituição. Desse modo, o sistema penal é uma complexa manifestação do poder social, sendo esse poder social algo não estático, mas algo que se exerce (FOUCAULT, 1979, p.14).

2.1 A POLÍTICA CRIMINAL

A norma jurídica nasce de uma decisão política. A política criminal de um país é o marco avaliatório de aspectos socioculturais. Em concordância com o entendimento de Zaffaroni (2009, p. 119), manifesta-se como a arte ou ciência de escolher bens ou direitos que devem ser tutelados jurídica e penalmente, tal como, definir a direção para efetivar dada tutela, indiscutivelmente implicando na crítica dos valores e direções eleitos anteriormente.

A política criminal faz parte do Direito Penal, e constitui-se como programa oficial de controle do crime e da criminalidade (SANTOS, 2017, p. 421). Existem duas fases: as estratégias de prevenção, bem como, a repressão dos crimes. Ocorre que, os governantes destinam mais atenção a reprimir os crimes, do que em criar e aplicar subterfúgios de prevenção.

No Brasil, a política criminal estatal não inclui políticas públicas de escolarização, moradia, emprego, e saúde, dentre outras medidas, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada dos direitos de cidadania e do mercado de trabalho, recortes que são tidos como imposições estruturais do crime e da criminalidade (SANTOS, 2017, p. 421).

Todavia, a narrativa de que a solução para diminuir os altos índices da criminalidade é a repressão já está obsoleta. Vive-se hoje, em um "Estado Policialesco", e claramente, este não está conseguindo conter a manutenção da violência. Para tanto, estabelecer uma política crimi-

nal baseada na prevenção contra o rompimento de contrato social, por ora, parece ser a melhor alternativa a seguir.

Em segundo lugar, o custo benefício para a Administração Pública é muito maior se tratando da prevenção:

> Vê-se, pois, que no quadrinômio crime-custo-prevenção e repressão é muito mais interessantes, sob o ponto de vista econômico não só para o Estado, que tem por função principal, propiciar o bem comum, como também para o cidadão depositário dessa função social do Estado., a prevenção à criminalidade, pois, a par de diminuir os custos para todos, aumenta o benefício geral, principalmente no que se refere ao desfrute de uma situação de bem-estar, que decorreria, se a ocorrência de crimes fosse evitada até a sua situação-limite suportável (FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter, 2002, p. 47).

Durkheim (2005, p. 82) refere-se ao crime como um fato social normal, sendo uma expressão de repúdio da coletividade relativa a determinada ação de um indivíduo contra a moral estabelecida por um corpo social, afirmando que "sempre e em toda a parte existiram homens que se conduziam de mod oa incorrer na reperssão penal".

Para Alessandro Baratta (2002, p. 59), "o desvio é um fenômeno normal de toda estrutura social", sendo o fato criminoso inerente a própria existência de uma sociedade. Isto porque, o pacto social cotidianamente é rompido por diversos indivíduos e por motivações variadas.

Os programas e medidas criminais formulados pelo Estado devem assegurar direitos constitucionais e humanos. Através dessas diretrizes legislativas e orçamentárias, torna-se possível vislumbrar em que nível se encontra o processo civilizatório de uma sociedade e examinar a representatividade da população nas decisões estatais.

2.2 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS TEORIAS MISTAS

O instituto do cárcere, inegavelmente sempre será dotado de poder disciplinar, com vistas a operar no controle social, de modo a re-

tribuir o mal causado pelo infrator, entretanto, por motivos de política criminal adotada pelo Brasil, discute-se outra face atribuída ao sistema prisional, pautada na prevenção de novos crimes.

As teorias preventivas da pena são divididas em especiais e gerais. As teorias especiais são voltadas unicamente ao infrator, projetando que este não torne a transgredir, seja pela sua reeducação, seja pela sua segregação do meio social. As teorias gerais são idealizadas para o corpo coletivo, visando impedir a ocorrência de futuras infrações, seja pela intimidação, seja pela reafirmação do Direito (MARQUES, 2016, p. 169).

Assim sendo, segundo Guilherme Nucci (2014, p. 337), existem quatro bases que compõem o caráter preventivo da pena: a) geral negativo, expressando o poder intimidador que a pena representa a toda sociedade destinatária da norma penal; b) geral positivo, expondo e ratificando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, baseando-se na intimidação ao autor do delito, objetivando que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, consubstanciado na proposta de ressocialização do condenado, para que este volte ao convívio social quando finalizada a pena.

Para realização de um debate mais profundo acerca da função preventiva da pena, este trabalho se limitará a analisar as características da prevenção especial, por ser o pronto cerne de um sistema prisional emancipatório. Nesse sentido:

> A execução do programa de prevenção especial ocorre em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: por outro lado, a prevenção especial negativa de neutralização (ou inocuizão) do condenado, consiste na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou ressocialização) do condenado, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos e assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário (SANTOS, 2017, p.446).

Diante disso é possível concluir que a missão precípua da pena atualmente, diz respeito a busca pela reinserção do sujeito autor de um delito dentro dos moldes da sociedade, e para que isso ocorra, faz-se necessário que o cárcere funcione com vistas a concretizar este escopo contemporâneo atribuído a pena. Conforme se verifica na Lei de Execução Penal em seu art. 1º, a execução penal objetiva efetivar o dispositivo contido na sentença ou decisão criminal, e ainda, proporcionar condições harmônicas para a integração social do internado.

Insta salientar, que o dever de punir do Estado deve ser executado observando os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, pois, em que pese o sujeito tenha praticado uma conduta tipificada penalmente, isso não legitima a Administração Pública violar os direitos básicos previstos no ordenamento pátrio.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seus artigos 5º, ponto 6, reafirma que as penas privativas de liberdade devem ter como finalidade elementar a readaptação e reforma social dos condenados.

Por sua vez, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e As Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos (1955), a Organização das Nações Unidas constituiu parâmetros humanistas para a execução da pena, visando a ressocialização do indivíduo. Os respectivos Tratados Internacionais interpretados em conjunto, consideram que o tratamento das pessoas condenadas às penas privativas de liberdades deve permitir o desenvolvimento de aptidões para que os indivíduos após execução da pena, respeitem as leis e sejam capazes de criar responsabilidades.

3 A RESSOCIALIZAÇÃO NO BRASIL

O instituto da ressocialização é um tema complexo. Consoante com o caráter preventivo especial da pena privativa de liberdade visto anteriormente, a finalidade da pena deve ser a ressocialização do condenado, tanto para benesse própria, quanto para melhoramento social.

O responsável pelo desenvolvimento da Sociologia Criminal, Enrico Ferri, reconhece que a razão da reação punitiva é a defesa da socie-

dade, devendo haver substitutivos penais, para prevenir a delinquência. Indica ainda, que a pena deverá ser indeterminada e moldada de acordo com a natureza do infrator, com o intuito de reajustar o sujeito que cometeu um fato delituoso, ao convívio em sociedade (BAQUEIRO, 2010, p. 246).

Nesta senda, a reintegração do apenado à comunidade pode ser alcançada através de um programa mínimo, baseado em um prognóstico de que o delinquente não tornará a cometer crimes, respeitando as leis vigentes, ou de um programa máximo, para além das finalidades buscadas no programa mínimo, visa a transformação do sujeito (MARQUES, 2016, p. 191).

A Lei de Execução Penal brasileira, notoriamente, é baseada no programa máximo de reintegração, tanto para o sentenciado, quanto para o egresso, visto que em seu art. 10 trata a assistência ao apenado como obrigação do Estado, visando orientar o retorno à convivência em sociedade. E ainda, em seu art. 11, garante a assistência: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Apesar disso, para que se alcancem esses propósitos, há de ser implantada uma relação de cooperação, entre os presos e os funcionários penitenciários, que devem estar preparados para contribuir para a educação e a socialização do preso. A estrutura física deve ser adequada nos estabelecimentos penais, com o reforço dos "sujeitos do tratamento", encarregados do processo de ressocialização do preso.

A crise nas prisões brasileiras é inconteste. A superpopulação carcerária, a deficiência dos serviços médicos e a falta de higiene são exemplos da má gestão vista nos Presídios brasileiros. Ocorre que, a crise também abarca o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, uma vez que grande parte dos questionamentos feitos à prisão se refere à impossibilidade – absoluta ou relativa – na obtenção de efeitos positivos sobre o apenado (BITTENCOURT, 1991, p. 241-242).

O argumento dos altos índices de reincidência dos internos é o maior inimigo da finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade. Contudo, é possível considerar a reincidência como indicador do fracasso da proposta de ressocialização da pena, diante das péssimas condições dos estabelecimentos penais que se encontram no Brasil?

Para Bittencourt, o grande impasse não se origina na natureza ou na essência da prisão, porém, fundamenta-se no exame das reais condições nas quais é desenvolvida a execução da pena privativa de liberdade (BITTENCOURT, 1991, p. 241-242).

A preocupação com a busca da reintegração do condenado à sociedade não deve ser abandonada, mas precisa ser reinterpretada e reconstruída sobre uma base diferente (BARATTA, 2011). A crise dos fundamentos da pena de prisão perpassa, sobretudo, no descaso para com os problemas penitenciários por parte dos representantes eleitos.

Na obra "Prisões e Punições no Brasil Contemporâneo", Luiz Claudio Lourenço, descreve com uma enorme sensatez a enorme simbologia de uma prisão em uma sociedade:

> A qualidade das instituições e da ordem democrática num país tem alguns termômetros importantes, a prisão é um deles. Examinar o sistema prisional é também verificar em que pé nos encontramos com relação a efetividade de nossa democracia, nossos problemas com as leis, com a equidade social, com as diferenças de gênero e com a discriminação racial, além de claramente expor o estado de absorção substantiva de estatutos universais (ou que deveriam ser) como os princípios de direitos humanos. (LOURENÇO, 2013, p. 07)

À vista disso, no decurso da fase de execução penal, a prevenção especial por meio da reintegração social do sentenciado, hoje, é o único meio capaz de resguardar a humanização do apenado, sobejando o conceito retributivo da pena de prisão (MARQUES, 2016, p. 204).

4 O AGENTE PENITENCIÁRIO

A profissão de Agente de Segurança Prisional, também chamada de guarda de preso, carcereiro, agente prisional, agente carcerário e agente penitenciário, é uma das ocupações mais antigas do mundo. Além disso, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho – OIT é a segunda profissão mais perigosa e estressante do mundo.

Segundo o Manual do Agente Penitenciário produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, o Agente Penitenciário – AGPEN, realiza um serviço público importante, sendo de alto risco, uma vez que salvaguarda a sociedade civil, colaborando por meio do tratamento penal, da vigilância e custódia da pessoa encarcerada durante a execução da pena de prisão.

Em conformidade com o art. 3º, IV da Lei n. 11.473/2007, os serviços de guarda, custódia e vigilância dos presos, prestados pelos Agentes Penitenciários, são considerados imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Não se ignora a abordagem branda do papel ressocializador do AGPEN no documento anteriormente mencionado. Isto porque, as acepções da conduta do agente Penitenciário, historicamente está relacionada a finalidade punitiva da pena privativa de liberdade, entretanto, através de uma nova ótica do sistema prisional, o agente penitenciário funciona muito mais como uma engrenagem da ressocialização, do que como o "carrasco" visto na obra "Vigiar e Punir" de Michel Foucault.

A engrenagem é um componente mecânico que imprime movimento. Igualmente, os agentes penitenciários, no que corresponde o processo de ressocialização dos indivíduos que cumprem pena privativa de liberdade.

Dentre as atribuições dos agentes penitenciários, estas podem ser divididas em três espécies: a) atividades práticas ou rotineiras (apoio aos técnicos, apoio à segurança interna e apoio aos presos); b) atividades de vigilância ou investigação; c) atividades humanas e sociais (ROCHA, 2003, p. 15-20). Sobre essa última atribuição:

> Deve o agente atentar para o fato de que sua função precípua é o tratamento penal. Para que haja realmente o tratamento penal, o qual visa a reeducação e reinserção do preso à sociedade, deve além de outros quesitos, os funcionários, principalmente o agente, por ser aquele que passa a maior parte do tem com o preso, demonstrar e, ser o mais humano possível. Quando dizemos, humano, estamos nos referindo principalmente ao essencial do ser humano que é o viver em sociedade, que é depender do outro, independentemente de sua posição, grau de instrução,

> bens materiais, etc, não aceitando as fragilidades da sua própria constituição física-psíquica porém jamais as escondendo. Como agente, deve ser humano, não podendo ser a justiça e nem o aplicador da Lei. Em sua função, muito embora surja a necessidade de coerção física, esta deve ser a mais esporádica possível, e apenas como meio e jamais como fim, ou seja, em último caso, quando não houver outras possibilidades, porém de maneira limitada e profissional (ROCHA, 2003, p. 19-20).

Em meio a complexidade da função do agente penitenciário, há uma lacuna no que se refere aos meios fornecidos para punir e ressocializar. Se o Estado não fornece estruturas para a execução das tarefas de guarda e vigilância dos internos, os agentes penitenciários para além de não conseguirem realizar a efetiva custódia dos apenados, se tornam alvos desprotegidos dentro da unidade prisional. Dessa forma, evidentemente que as tarefas que permitiriam o estímulo a função ressocializadora da pena, traz consigo diversos entraves.

O Manual do Agente Penitenciário também elenca algumas características como imprescindíveis para o exercício da função como a empatia, honestidade, disciplina, equilíbrio emocional, criatividade e liderança são alguns dos atributos necessários para a prática do cargo.

Seguidamente, após as características objetivas, é indispensável tratar acerca dos estigmas em ser um Agente Penitenciário. Cientificamente, pouco se debruça sobre o AGPEN. Entretanto, são vistos pela grande maioria da coletividade como indivíduos corrompidos e torturadores. Não obstante, questiona-se se os agentes penitenciários são vítimas ou algozes do sistema carcerário?

Os agentes penitenciários são submetidos a entender como funciona a dinâmica da prisão, sobretudo aprender, a "pensar como preso". Contudo, esse aprendizado se faz com um grande ônus a sua identidade, dado que para adaptar-se é preciso internalizar muito do universo dos internos.

> Essa é uma questão-chave no processo da construção da identidade e do desgaste no trabalho, uma vez que a necessidade de vigiar e manter a ordem em uma instituição total com as

> características das prisões coloca os agentes penitenciários sempre em uma posição ambígua posicionando os indivíduos deste grupo entre dois mundos: o da lei/ordem e o do crime/desordem. Um efeito imediato desta disposição seria um estresse contínuo produzido por um diferente e, por vezes, estranho tipo de familiarização. (MORAES, 2005, p. 221-222)

Esse processo de familiarização acompanha de maneira antagônica, a necessidade de comportar-se em estado de alerta em todas as ocasiões. A desconfiança, o receio e a suspeita são parte da rotina do AGPEN, intramuros e extramuros. A possibilidade de rebelião, as ameaças, as intimidações e o risco de serem mortos, são situações geradoras de estresse debilitante.

O reflexo dessas condições psíquicas de trabalho pode desencadear diversas doenças como a depressão, a ansiedade, o estresse ocupacional, os distúrbios de comportamento e a dependência química.

4.1 POLÍTICA PENITENCIÁRIA DE SEGURANÇA COERCITIVA X HUMANISTA

O CNPCP é o responsável por a cada quatro anos, mediante periódicas avaliações ao sistema penitenciário, emitir metas a serem executadas. O último documento elaborado foi o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária CNPCP/2015, em que pese terem sido abordados temas de grande relevância, no que diz respeito a tratar do modelo de política penitenciária executado pelos AGPENS, o referido documento se mostrou silente ao choque de paradigmas vigentes nas prisões.

Alvino Augusto de Sá, em sua obra "Os Dilemas de Prioridades e de Paradigmas nas Políticas de Segurança dos Cárceres e na Formação dos Agentes Penitenciários", retrata abertamente o conflito de paradigmas do tratamento penitenciário vivenciado pelos AGPENS.

Malgrado, o DEPEN restringir a função do AGPEN a ser mero vigia do interno como já foi visto anteriormente, esta é uma concepção obsoleta, baseada no que Alvino Augusto de Sá denomina de paradigma da segurança coercitiva, orientando-se pelo interesse e bem-estar

da sociedade e do sistema (SÁ, 2007, p. 1-5). Ainda neste paradigma, o AGPEN é visto como um homem forte e desconfiado das condutas dos apenados, devendo dominar com base no rigor disciplinar.

Em linhas gerais, observa-se que o norte da gestão prisional no Brasil, é marcado por uma política pública criminal baseada na segurança física e coercitiva, se opondo veementemente a proposta ressocializadora. Todavia, o planejamento estratégico criminal das instituições das administrações prisionais, deveriam ser pautados em uma política criminal de segurança muito mais dinâmica e humanista do que a disciplinar, em que pese, formalmente, o ordenamento jurídico ainda enxergue as relações do cárcere pautadas na autoridade disciplinar. Nas palavras de Alvino Augusto de Sá:

> (...) os profissionais penitenciários, enfrentando as contradições entre as práticas disciplinares coercitivas e a sua atitude humanista perante a pessoa encarcerada, colocam-se como meta buscar a promoção dessa pessoa como cidadã, ainda que às custas da flexibilização das regras de contenção do cárcere. (SÁ, 2007, p. 1-2)

Realizar um tratamento penitenciário relacionado às garantias dos Direitos Humanos do internado em seu processo de readaptação social, aliado aos interesses de segurança da coletividade, firma-se como um enorme paradigma na consecução da atividade laboral do agente penitenciário (CORREIA, 2006). São muitos os entraves entre a vigilância e a recuperação dos apenados, entretanto, pouco se discute em desenvolver um cenário que contemple esses institutos de maneira a efetivar ambos, através de uma relação quase que simbiótica.

Diante do paradigma humanista, o AGPEN é visto como uma conexão entre a sociedade livre e os indivíduos encarcerados, sendo a "última voz da sociedade na direção sociedade-cárcere, e a primeira voz da sociedade na direção cárcere-sociedade." (SÁ, 2007, p. 4). Em oposição ao paradigma da segurança estritamente coercitiva, pautada em regras ortodoxas e rotinas massificantes, o paradigma de segurança humanista é flexível, podendo-se adotar alternativas observando a necessidade do momento.

A política penitenciária executada pelos agentes penitenciários deve ser fundada no paradigma de segurança humanista, valorizando o conhecimento do indivíduo encarcerado, sua história, seus desafetos internos e sua personalidade. A segurança humanista possui ainda sua face dinâmica, sendo pressuposto a boa convivência e o bom relacionamento dos encarcerados com os profissionais que operam nas prisões.

Insta frisar, que o paradigma da segurança humanista jamais deixará de ter características disciplinares, uma vez que é inerente ao próprio conceito de aprisionamento. No entanto, é possível trazer ao cárcere dinâmicas humanizantes, desconstruindo a segurança estritamente coercitiva e fortalecendo socialmente e psicologicamente o indivíduo preso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, no trabalho invisível de ser agente penitenciário, há um relevante papel no processo de ressocializador dos internos. Entretanto, os AGPENS, também são parte das condições indignas dos espaços carcerários, e são vítimas da violência do sistema prisional, tanto quanto aqueles que estão condenados, uma vez que compartilham das mesmas condições perversas e animalesca que é o cárcere.

Compreende-se como papel do agente penitenciário a realização de um serviço público socialmente complexo, pois é essencialmente composto de inter-relações, considerado de alto risco, uma vez que atua na vigilância, custódia e guarda de indivíduos que o Estado reconheceu através de uma sentença penal condenatória de pena privativa de liberdade, como sendo de alguma forma nocivo à sociedade, e por esse motivo, o Estado obriga de maneira coercitiva o isolamento dessas pessoas em unidades prisionais.

Sendo assim, faz-se imperioso que os órgãos responsáveis pelo planejamento estratégico da política criminal e penitenciária, tanto no âmbito nacional, quanto nos âmbitos estaduais, adotem de forma expressiva uma política penitenciária humanista, para efetivamente buscar alcançar a função ressocializadora que a política criminal brasileira elegeu por meio do caráter especial positivo da pena privativa de liberdade.

6 REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. **As Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos.** Genebra, 1955. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____.**Declaração Universal dos Direitos Humanos.** (217 [III] A). Paris, 1948. Disponível em: < https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. A manipulação do método com espeque na criminologia de orientação positivista e o maniqueísmo do bem/mal na construção da ficção jurídica "ressocialização". *In:* PAMPLONA, Rodolfo Filho; CERQUEIRA, Nelson; JUNIOR; Gilson Alves de Santana (Coords.). **Metodologia da pesquisa em direito**. Salvador: v.2, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da "reintegração social" do sentenciado.** Disponível em < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13248-13249-1-PB.pdf > Acesso em 05 mai. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A Falência Da Pena de Prisão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 80, v. 670, ago/1991, p. 241-242.

BRASIL.Conselho Nacional de Política Penitenciária. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária.** Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/plano_nacional-1/PlanoNacionaldePolticaCriminalePenitenciria2015.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2020.

_____.**Decreto n. 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de nov. 1969. Diário Oficial da União, Brasília, 6 de novembro de 1992. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____.**Lei de Execução Penal.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 13 abr. 2020.

_____.**Lei n. 11.473,** de 04 de maio de 2007. Dispõe sobre cooperação federativa no âmbito da segurança pública e revoga a Lei no 10.277, de 10 de setembro de 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11473.htm>. Acesso em: 30 mai. 2020.

CORREIA, Ademildo Passos. **Uma Análise Dos Fatores De Risco Da Profissão Do Agente Penitenciário: Contribuições Para Uma Política De Segurança E Saúde Na Gestão Penitenciária**. 2006. Monografia no Curso de Especialização - Latu Sensu - Gestão Penitenciária: Problemas e Desafios – Departamento de Ciências Sociais. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/ADEMILDO_%20PASSOS_CORREIA2006.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Claret, 2005.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Organização e Tradução. Roberto Machado. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. **Vigiar e punir**. 40ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Manicômios, prisões e conventos, 9ª.ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

LOURENÇO, Luiz Cláudio. Prisões e punição no Brasil contemporâneo. *In*: LOURENÇO, Luiz Claudio; GOMES, Geder Luiz Rocha (Orgs.). **Prisões e punição no Brasil contemporâneo**. Salvador: EDUFBA, 2013.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 3ª. ed. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2016.

MASSARO, Camila Marcondes. Encarceramento, trabalho e ressocialização nos centros de ressocialização femininos paulistas. *In*: LOURENÇO, Luiz Claudio; GOMES, Geder Luiz Rocha (Orgs.). **Prisões e punição no Brasil contemporâneo**. Salvador: EDUFBA, 2013.

MORAES, Pedro Rodolfo de Bodê de. **Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

NOGUEIRA, Péricles Alves et al . Tuberculose e infecção latente em funcionários de diferentes tipos de unidades prisionais. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo , v. 52, 13, 2018 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034891020180001002 08&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 mar. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Ednilson Rodrigues da. **A motivação do Agente Penitenciário para o trabalho**. 2003. Dissertação (Especialização em Tratamento Penal e Gestão Prisional) – Programa de Pós-Graduação em Tratamento Penal e Gestão Prisional – Universidade Federal do Paraná, 2003.

SÁ, Alvino Augusto. Os dilemas de prioridades e de paradigmas nas políticas de segurança dos cárceres na formação dos agentes penitenciários. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). **A criminologia no século XXI.** Rio de Janeiro: Lumen Júris; IBCCRIM, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 7ª. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

WORLD PRISION BRIEF. **Highest to Lowest - Prison Population Total**. Disponível em: < https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All >. Acesso em: 07 mai. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral.** 8ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ANÁLISE DO DEBATE DA CASTRAÇÃO QUÍMICA COMO PROTEÇÃO ÀS VÍTIMAS DE ESTUPRO

Vanessa Marques Teles

INTRODUÇÃO

O estudo[1] versa sobre a castração química como reconhecimento de proteção às vítimas de estupro. Faz-se uma análise do debate que emerge no universo online de produções científicas e, contrapondo-se a estes discursos busca-se detectar a eficácia desta penalidade observada nos países que a adotam e, o peso das repercussões imediatas a esta adoção. Trabalha-se, portanto considerando como questões norteadoras: seria inconstitucional a adoção da castração química como penalidade nos delitos de estupro? A liberação dessa forma de penalidade teria respostas positivas, provocando a queda dos altos índices de estupro no Brasil?

1 Artigo Científico, pré-requisito do Curso de Direito, oferecido pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Santa Maria / RS.

[2] Vanessa Marques Teles, acadêmica Curso de Direito Ulbra Santa Maria –

[3] Silvia Lopes da Luz – Orientadora - Mestra em Patrimônio Cultural, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Especialista em Direito Público, pela Universidade Franciscana (UFN, anteiormente, UNIFRA), advogada, professora do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA, Santa Maria)

Estudo de Cardin e Cazelatto (2017, p.2864) esclarecem que a castração química é uma técnica que visa "suprimir a libido humana por meio da utilização de hormônios", assim acredita-se que a penalidade teria sua eficácia no que tange a coibir atitudes e desmotivar os agressores, em especial por medo das sequelas do procedimento.

O tema é de interesse de acadêmicos, docentes do Direito, doutrinadores, entre outros inclusive deve ser de interesse das populações em geral visto que se aplica a penalidade aplicáveis a crimes sexuais de ordem violenta, ainda que nesse estudo seja direcionado ao delito do estupro.

O delito do estupro no Direito Penal é tomado por crime hediondo "independente de resultar em lesão corporal grave ou morte" (DIAS, 2010, p.1) no Direito Penal. Entretanto há a questionamentos sobre os desvios de personalidade, havendo hipóteses inclusive de que estes tipos de crimes de tão grande brutalidade sejam cometidos por pessoas doentes mentais. Haja vista não se justifique a agressão, não há duvidas sobre os perigos que estes sujeitos representam a sociedade, todavia a castração química se caracteriza em alguns casos como uma penalidade opcional ou voluntária e se constitui inclusive como meio de tratamento.

O método da castração química atualmente é usado em alguns países tais como Estados Unidos, Europa, Canadá entre outros com o objetivo, não de simplesmente penalizar o estupradores, mas, sobretudo de tratar os possíveis desvios de conduta destes. Entretanto discursa-se que dependendo da técnica, ou do produto químico utilizado pode provocar câncer no fígado, trombose, depressão, hipoglicemia entre outros. Neste debate percebe-se por inferência que o método se constitui como eficaz no respectivo à proteção às vítimas de estupro.

Assim, no uso de um método bibliográfico, de cunho qualitativo, dedutivo, descritivo-exploratório o trabalho desenvolve-se com o objetivo geral de analisar o debate da castração química como proteção às vitimas de estrupo. Para que esta análise seja eficaz apresenta como objetivos específicos, caracterizar o crime de estupro no Direito Penal;

apresentar dados respectivos à incidência de estupro no país e no mundo; apontar os países que adotaram a castração química como penalidade para estes tipos de crimes, investigando suas repercussões sociais, e respectivas à incidência dessas modalidades de crimes; destacar debates emergentes sobre a temática no Brasil.

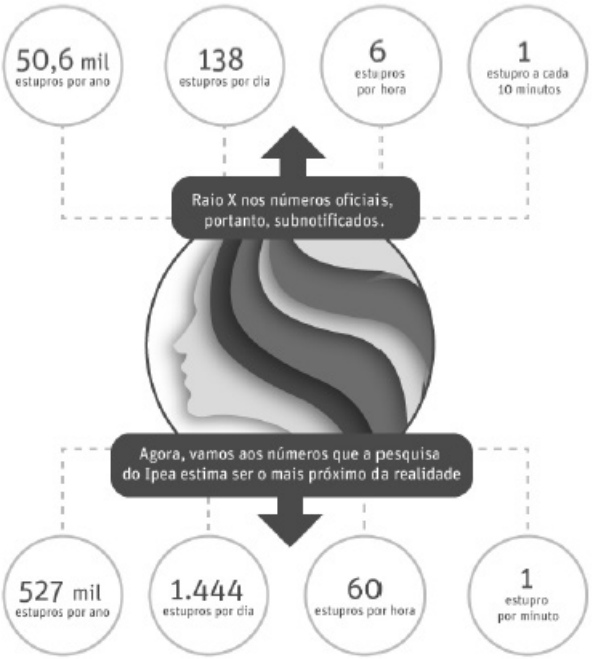
Diante do exposto estrutura-se a pesquisa em seções, onde na primeira faz-se breves considerações sobre o estupro no Direito Penal, do criminoso à vítima; da incidência às penalidades a seguir discorre-se sobre o que venha a ser a castração química, as formas com que podem ser ministradas, apontando a verdade sobre efeitos colaterais ou sequelas a quem usa. E por ultimo apontam-se os países em que são adotadas as diferentes técnicas de castração como penalidade aos crimes de estupro e o que há de registro no universo das produções científicas sobre os possíveis resultados desta aplicabilidade.

O ESTUPRO NO DIREITO PENAL: DO CRIMINOSO A VITIMA, DA INCIDÊNCIA ÀS PENALIDADES

Neste primeiro capítulo apresentam-se algumas considerações indispensáveis respectivas ao crime de estupro, trazendo dados referentes à incidência, o discurso do perfil das vitimas, e dos estupradores e breves considerações sobre as penalidades, encerrando com o compromisso do Direito Penal no julgamento das ocorrências do tipo.

1.1 A INCIDÊNCIA DOS CRIMES DE ESTUPRO NO BRASIL E NO MUNDO: CARACTERIZAÇÃO E PARTICULARIDADES

Em torno do mundo estudo de Nassif (2013, p. 3) aponta altas incidências correlato ao ano de 2010, onde "EUA (1), com 84.767 casos; África do Sul (2), com algo em torno de 67 mil casos; Índia (3), com 22.172 casos; Reino Unido (4), 15.934; México (5) 14.993". Neste mesmo estudo há registro de 63 mil casos de estupro para cada 100 mil habitantes na Suécia, e na Noruega 1 entre dez mulheres já foram estupradas.



O crescimento dos índices de estupro no Brasil é apresentado pelo Ministério da Saúde - MS, e refletem uma cultura conforme denota Silva (2017). Na matéria há registro de 50,6 mil estupros no país, contudo o autor ao confrontar os dados do MS, com os fornecidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA deixa transparecer o quão complexo é discernir a verdadeira realidade sobre estes dados. Conforme observa na figura 1, há uma redundante discrepância nos índices entre MS versos IPEA, em função de que o primeiro órgão sustenta suas informações com base em notificações; e segundo, trabalha esta fonte e também cruza outros dados advindos de diferentes canais de comunicação.

De acordo com Arcoverde e Araújo (2018), no Brasil, fora registrado 60.018 casos de estupro, no ano de 2017, apontando a um crescimento significativo no comparativo a 2010, respectivo a 46%. No mesmo sentido os autores observam que esta modalidade de crime em grande parte não é notificada, de forma que o estudo estima que os números se refiram a apenas 10% da realidade.

Contudo, ressalta-se que as altas incidências de estupro é uma realidade vivenciada em torno do mundo. A saber, Akinyemi (2019, p.1) destaca que "A República Democrática do Congo tem uma das taxas mais altas de violência sexual do mundo", observando a ocorrência de 48 estupros por hora (cometidos contra mulheres).

Para o enfoque resta questionar se a caracterização do delito, diz-se igual em todos os países. Em princípio observa-se que a palavra estupro tem por origem o Latim, sendo referido por *strupum* em suas bases de definição refere à desonra, vergonha e na história do delito há clareza na caracterização que aponta o crime como sendo de ordem sexual, prática forçada (ALVES, 2018).

Conforme refere o estudo de Dias (2019) que disserta de forma critico-reflexiva sobre a caracterização do estupro e o define como um crime hediondo (deduzindo de forma inquestionável). Contudo o estudo deixa claro que tem havido um debate sobre esta caracterização *versus* descaracterização onde há uma evidente tentativa de qualificação do crime onde somente se resultasse em lesão corporal; e, ou morte seria hediondo, no demais seria um crime normal. A tentativa de desqualificar o estupro como hediondo foi contestada visto que o crime onde, a vítima é forçada a manter relações sexuais, pode resultar em bem mais do que sequelas de ordem física, mas em danos psíquicos (emocionais), mentais; ou seja, em marcas psicológicas que a vitima carregará por toda a sua vida.

O estudo de Dias (2019) desenvolve considerando por vitimas as mulheres dando a compreender que o crime de estupro é de forma geral, assim compreendido (crime de abuso sexual, contra o sexo feminino). Todavia ressalta-se que em 70% estes crimes são cometidos contra vulneráveis (crianças e adolescentes alcançando a todos os gêneros) (ARCOVERDE e ARAÚJO, 2018).

Entretanto, reforça Silva (2019) que as mulheres são as mais vitimadas, acompanhadas de um percentual expressivo de vitimas meninos de até 13 anos. Na representação dos índices, o autor refere que em torno de 25,80% das vitimas são mulheres casadas.

Põe-se por ressalva que, nos Estados Unidos "em 95%, dos casos [...] ocorrido com crianças de 0 a 12 anos, a vítima conhecia o autor"

(RAMOS, 2017, p.8). Silva (2019) salienta que 90% dos estupradores são homens. Os estupros ocorrem em sua maioria em dias uteis. O agressor quando é conhecido em geral é componente da família, e os desconhecidos captam suas vítimas em via pública.

Diante do apresentado, compreende-se que os crimes de estupro atingem a todas as raças, nacionalidades, escolaridade, classes sociais (SILVA, 2019), sendo caracterizados como dotados de subjetividade tanto no que tange ao formato, como à direção em que se aplica e até mesmo ao criminoso, podendo este ser caracterizado como um psicopata, um pedófilo, ou ainda um criminoso comum, entre outras denominações.

Em concordância com o citado a cima, estudos de Ramos (2017) e Nascimento (2017) discorrem sobre o comportamento criminal caracterizando os psicopatas, que revelam faces distintas de criminosos do gênero, em que se admite não se pode ser generalista no julgamento dos casos, por seu alto grau de subjetividade. Contudo ambos consideram que os diagnosticados psicopatas, são conscientes de seus atos, sendo frios em relação ao mesmo com tendência de reincidência.

Teixeira (2016) de uma forma geral diz que os crimes sexuais, é foco de debate no meio jurídico, mas quando levados em pauta à sociedade, são considerados julgados de forma injusta, tendo aplicações de penas brandas (visto a natureza dos crimes). Seguindo esta linha de pesquisa a seguir discorre-se sobre o compromisso de julgar.

1.2 O DEVER DO DIREITO, O PERFIL DO CRIMINOSO, SANÇÕES APLICÁVEIS

Ao Direito cabe o compromisso de manter a ordem preservando as comunidades estabelecendo regulamentos, normatizações que garantam a segurança pública. Assim o instituto "[...] atua como limitação da liberdade individual e coletiva, portanto, valorando o comportamento do criminoso, para então lhe impor uma sanção correspondente e proporcional, pois trata-se de um mecanismo de repressão social [...]" (RAMOS, 2017 p.15). Desta forma as leis caracterizam-se como meios pelos quais limitam-se condutas, refreiam comportamentos antissociais e criminosos.

O Direito também é considerado um instrumento do Estado, é a representação do poder deste de regular, através da punição ou das sanções. Desta forma o Estado, através do direito por gerações caracteriza-se como intervencionista. A saber o Direito Penal, é ramo especifico a quem cabe legislar sobre o crime. (LOURENÇO, 2016).

O Direito Penal, tratando-se do segmento do ordenamento jurídico, tem o compromisso de selecionar e classificar os mais diferentes comportamentos humanos, que se caracterizam como de risco à sociedade ao privar o ser humano do gozo de seus direitos fundamentais. É a este ramo do direito que cabe a caracterização das distintas infrações penais, e o estabelecimento de regras que venham a garantir ordem e justiça (GEBRIM, 2017).

Dentro deste campo, há ainda o Direito Processual Penal que "vem para disciplinar os procedimentos de cada caso. [...] é espelhado em princípios contidos na Constituição Federal, como também em princípios próprios [...]"(GEBRIM, 2017, p.1).

Tendo seus fundamentos pautados na concepção de que o ser humano é um sujeito dotado de direitos, tornou-se difícil o ato de legislar. Se por um lado quanto sujeito de direitos inseridos na sociedade o homem / vitima tem na lei a garantia de segurança, por outro quanto criminoso ele não é isento de direitos constitucionais, a final, é um ser humano (LOURENÇO, 2016).

Em especial a sexualidade é questão complexa a ser discutida no direito, pois os Direitos sexuais dos sujeitos estando ligados a formação da identidade dos indivíduos, e até mesmo à saúde, estão intrínsecos nos Direitos Humanos mais especificadamente a dignidade humana (SÉGUIN, 2009). Ressalta-se que:

> A sexualidade integra a personalidade humana. Seu desenvolvimento depende da satisfação de necessidades básicas tais como desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor. Ela é construída através da interação do indivíduo com estruturas sociais. O total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem-estar individual, interpessoal e social (SÉGUIN, 2009, p.52).

Assim sendo, diante desta conclusão Séguin (2009) observa que a sexualidade é um Direito Humano, e também universal, e questões que envolvem a necessidade de controlar a sexualidade, e também as técnicas mais adequadas ou justas, trata-se de uma questão ética, multidisciplinar.

No Brasil, a lei original sobre estupros data da década de 40, tratando-se do Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, de onde é elegido a dignidade sexual das pessoas, contudo a Lei, recebe reforma em 25 de julho de 1990 através do dispositivo nº 8.072, quando o crime sexual passa a ser considerado hediondo. Novamente 19 anos a frente na Lei no 12.015, de 2009, "passou a configurar uma espécie de crime classificado como de ação múltipla ou de conteúdo variado" (FIGUEIREDO, 2011). Atualmente, de acordo com o Código Penal, são aplicáveis até três tipos de penas, ao delito de estupro aplicáveis de:

> [...] seis a dez anos de prisão para casos simples; de oito a 12 anos se a conduta resultar em lesão corporal de natureza grave ou se a vítima tiver entre 14 e 18 anos; e de 12 a 30 anos se a vítima morrer. Ainda há alguns agravantes que podem aumentar a pena, como o estuprador ser membro da família ou o crime causar gravidez.
>
> Se o agressor for menor de idade, essas penas não se aplicam. Caso ele seja menor de 12 anos, não há punição, apenas medidas de proteção (para impedir que ele sofra algum castigo). Se ele tiver entre 12 e 18, são aplicadas medidas socioeducativas, que podem variar de advertências até internação em fundações.
>
> Se a vítima tiver menos de 14 anos, o crime passa a ser "estupro de vulnerável" e recebe uma pena de oito a quinze anos. A lei entende que, abaixo dessa idade, a criança não possui discernimento para consentir com qualquer prática sexual (MONTEIRO, 2018, p.1).

Diante do conhecimento das penalidades normalmente aplicáveis a seguir apresenta-se as perspectivas com que seis autores escrevem sobre a castração química, penalidade em discurso na atualidade.

A CASTRAÇÃO QUIMICA: DISCURSOS, DEBATES OU MERAS ESPECULAÇÕES

No discurso da castração química, considerando um recorte temporal de dez anos (de 2009 a 2019), analisou-se o conteúdo de seis artigos, considerados suficientes em seus propósitos visto a saturação das informações. Destaca-se, portanto, discursos e debates encontrados nos estudos de Albuquerque (2009); Vianna (2009), Pires (2010), Oliveira (2012), Schmalz e Moura (2015) e Teixeira (2016).

Vianna (2009) ao mesmo tempo em que faz registro do projeto de castração química na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, analisa de forma crítica a votação do Senador Marcelo Crivella. Na matéria citada à cima, lê-se que a castração química é uma terapêutica química. Uma proposta questionada sob as perspectivas da saúde pública *versus* segurança da população, do individuo digno e indigno (de gozar direitos humanos) com foco gozo do princípio constitucional da dignidade humana.

Entre referências críticas ao parecer do Senador, Vianna (2009) aponta o criminoso como inimigo interno, e assemelha a eficácia da castração química à pena de morte e prisão perpétua (referindo que o método atende as necessidades).

A seguir Schmalz e Moura (2015) apresentam análise do debate da castração química tendo por enfoque a pena e sua inconstitucionalidade *versus* (re) socialização do culpado. Os autores consideram por elementos importantes a ignorância, ou o desconhecimento sobre o que venha a ser castração química e exploram conhecimentos históricos sobre o tema.

Há debates sobre a gravidade da pena, ao que chama atenção que muitos definem como degradante e, portanto, um formato de penalidade inconstitucional, entretanto Teixeira (2016, p.1) afirma que "não há na castração química violência ou humilhação ao individuo", ocorre que a uso do termo castração leva ao entendimento de algo cruel, tal como é a castração física, um entendimento errôneo. Ou seja, mais uma vez evidencia-se a falta de conhecimento no extremo conceitual.

Os estudos de Schmalz e Moura (2015) e Teixeira (2016) esclarecem que a castração química se trata de uma penalidade, onde o criminoso é obrigado à ingestão de uma formula química, para a redução do desejo sexual, ou seja, da libido.

Em pesquisa elaborada em torno de seis anos atrás, estudo de Albuquerque (2009, p.1) explica que "O método consiste na aplicação de medicamentos hormonais, como o acetato de ciproterona, e a substância anticoncepcional Depo-Provera [...]".

Explica Schmalz e Moura (2015) que o método favorece o bloqueio da produção do hormônio testosterona e ao reter a libido, acredita-se que há como controlar os impulsos sexuais do criminoso, entretanto, dentro desta concepção há por acréscimo que o procedimento é reversível, visto que estes medicamentos atuam no cérebro (sobre a hipófise).

Em leitura aos estudos dos autores supracitados Vianna (2009), Schmalz e Moura (2015) e Teixeira (2016), entende-se que a prática da castração química pode ocorrer no uso de diferente via de administração, como explica Pires (2010) sendo estas a enteral ou oral, que refere a comprimidos; e parental, que se trata de um método caracterizado como invasivo, visto a necessidade de uso de instrumento perfuro cortante como a agulha, onde se destaca a endovenosa ou intravenosa que deve ser aplicada diretamente na corrente sanguínea.

Os altos índices de estupro na França e suas evidentes reincidências mobilizaram o país a adoção de punições mais rígidas, e a castração química passaram então a ser pensada como um método de punição do crime *versus* proteção das vitimas. A Suécia, Dinamarca, Polônia e mesmo a França autorizaram o uso do método de forma voluntária. Entretanto na França a aplicação fora realizada em 48 criminosos tomados por cobaias, à ideia central tratava de tornar a pena compulsória caso positivasse a redução de reincidências. Ocorre que houve aumentos no índice de estupros no país. (ALBUQUERQUE, 2009).

De acordo com estudos de Oliveira (2012) o método já é há algum tempo usado em alguns estados dos Estados Unidos – EUA (Califórnia e outros cinco estados não nominados), de forma compulsória, e tem apresentado resultado de redução de reincidência significativo, totali-

zando 70% para o valor mínimo de 2%, ou seja, houve uma queda de 68% de reincidência. A ministração é feita semanalmente e a química trata do Depo-Provera. Segundo o estudo na Inglaterra, no período estava em votação no senado. Também na Alemanha e na Itália o método é empregado com o consentimento do criminoso.

Entretanto há controvérsias, o tema é polêmico em contexto mundial, havendo quem diga ser inconstitucional, uma mutilação de seres humanos, inaceitável. A saber, a pesquisa levantada por Schmalz e Moura (2015), no sentido exploratório, onde os autores buscam maior conhecimento com o tema, percebe-se que há possiblidades de que a castração química, dependendo do tempo de aplicação, venha a ter efeitos colaterais irreversíveis para o criminoso. Os autores explicam que:

> [...] castração química também acarreta outros efeitos, tão graves quanto a própria supressão da libido sexual [...] (SCHMALZ e MOURA, 2015, p.10).

> [...] a aplicação do acetato de medroxiprogesterona (MPA) em homens pode deixar sequelas como a falha na irrigação do pênis e na ereção, frustrando o orgasmo, acarretando, também, perda óssea, aumento de peso, hipertensão, mal-estar, trombolismo, fadiga, hipoglicemia, ginecomastia e depressão [...] (SCHMALZ e MOURA, 2015, p.11).

O estudo de Schmalz e Moura (2015), investe na análise do perfil do criminoso, que aponta algumas categorias de estupradores tais como os que se utilizam da agressão sexual na busca de poder; os que o fazem por raiva ou ainda por sadismo; ou por simplesmente terem um comportamento antissocial. Os estudos dos autores investigam também as múltiplas motivações para o crime, tais como motivações culturais, psicológicas, ou biológicas, ou ainda o que tem:

> [...] condutas sexuais criminosas, como a dificuldade no controle da compulsão, altos níveis de testosterona, incapacidade em manter relação conjugal estável, traumatismo crânio encefálico, retardo mental, psicoses, transtornos da personalidade e

> também abuso de álcool e substâncias psicoativas (SCHMALZ e MOURA, 2015, p.17).

Diante do estudo de Teixeira (2016) compreende-se a importância dos debates, e por fim a análise destes; pois é imprescindível que se conheça, as múltiplas e diferentes possibilidades de combate do crime de estupro, pois há um compromisso do Estado e da sociedade na proteção dos vulneráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A castração química é tratada no discurso atual como forma de penalidade do estupro de onde ocorre a ingestão de uma formula química (por via oral ou venosa), que reduz o desejo sexual, a libido e por entre as pesquisas há quem considere pena justamente aplicável, e os que considerem esta similar a pena de morte.

Diante dos direitos fundamentais, dos princípios da dignidade humana, inseridos nos Direitos Humanos a castração química é inconstitucional, pois seus efeitos podem ser nocivos à saúde do criminoso, que é um sujeito de direito.

Alguns países já adotam a pena, de diferentes formas (Alemanha, Dinamarca, EUA, França, Itália, Polônia, Suécia). A penalidade é discutida como uma forma de ressocialização do criminoso que comete estupro, ou ainda pedofilia contra crianças, adolescentes, ou menores que se encontram no grupo de vulneráveis. A medida nos países citados em sua maioria é voluntaria, tratando-se de condição, para soltura do criminoso; neste prisma evidencia-se que o sujeito tendo consciência de que não tem controle sobre si aceita a castração como uma forma de correção de seus impulsos.

Por outro lado, debate-se sobre a obrigatoriedade, com aplicação compulsória diz ser necessária e cabível, contudo expressa-se que a medida se assemelha à prisão perpétua. Em tudo há ênfase em penalizar, havendo discursos de posicionamento antagônicos, onde se falam da inconstitucionalidade da prática, visto os perigos da irreversibilidade da castração química e seus efeitos colaterais.

Entretanto o crime de estupro caracteriza-se como hediondo por violar o indivíduo. Um crime de ordem sexual cometido contra vulneráveis, que provoca sequelas físicas (ou não), morais e psicológicas (sempre), causando graves sequelas as vitimas. e que na visão da sociedade diz-se inafiançável, inadmissível, horrendo.

Entre os países que adotaram a penalidade não existe consenso sobre a redução dos índices de estupro, havendo uma percepção de que não só as culturas dos países como o perfil dos criminosos são variáveis que requerem tratamento dos casos de estupro de forma distinta. Na França constatou-se aumento significativo de estupros. Em especifico considera-se inviável admitir que a adoção da pena, no Brasil reduziria estes índices.

Durante a pesquisa constatou-se que há consenso nos estudos observados de que os debates que discorrem sobre a castração química se fundamentam na falta de conhecimento conceitual, ou respectivo ao real teor, à gravidade da punição.

Vagamente disserta-se sobre os benefícios da prática no que refere à proteção das vitimas, ou da comunidade de vulneráveis. Muito embora pareça ser a ideia central, não há argumentos que confirmem como positiva esta afirmação, sendo que a ausência de estimulo sexual não é argumento suficiente em si, pois os perfis dos criminosos traçados como psicopatas não têm sua ação pautada no apetite sexual, não há, portanto, uma justificativa plausível ou prova no respectivo a benefícios da castração para proteção das vitimas.

O perfil do criminoso é outro enfoque em princípio de debate (engatinha), onde se considera que a motivação para o crime pode referir à raiva, desejo de poder, puro sadismo, ou apenas um comportamento antissocial. Estuda-se as hipóteses de se tratar de uma questão cultural, ou educativa familiar, psicológica, ou ainda comportamental. Frente a estes estudos reforça-se a ideia de que não há argumentos que justifiquem a castração química como um método que irá proteger as vítimas.

Considera-se importante que sejam elaborados estudos mais profundos sob o enfoque dos possíveis elementos que manifestem a castração química como suficiente à proteção das vitimas comprovando sua eficácia na prevenção a reincidência, por exemplo.

Estudos partindo do enfoque psicológico, observam que contrariamente ao excesso de libido, a impotência pode se tratar de um motivador para a prática do estrupo. Assim ao aplicar a pena de castração química o agressor pode contrariamente se tornar mais agressivo do que o costume.

Uma reflexão fica, para o contexto, em geral, que refere a ideia da masculinidade afetada, ou impotência, como um indicador para a prática do estupro, assim a impotência reforçada pode levar o criminoso a se utilizar de outras formas de agredir ou penetrar, molestar as vitimas sexualmente (sem necessariamente fazer uso de seus órgãos).

REFERÊNCIAS

AKINYEMI, A. **O país onde 48 mulheres são estupradas a cada hora**. Postagem em 18 de maio de 2019. Portal BBC News. Disponível em:<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48225486 > Acesso em: 16 ago. 2019.

ALBUQUERQUE, C. **França discute aplicar a castração química em agressores sexuais,** 2009. Site Made for Mides. Acesso em: <https://www.dw.com/pt-br/fran%C3%A7a-discute-aplicar-castra%C3%A7%C3%A3o-qu%C3%ADmica-em-agressores-sexuais/a-4909865> Acesso em: 15 ago. 2019.

ALVES, L. C. *A psicopatia do Estuprador e o Direito Penal Brasileiro*. 2018. 53 p. Monografia - Faculdade de Direito. Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018.

ARCOVERDE, Léo e ARAÚJO, Paula. **Brasil registra 164 casos de estupro por dia em 2017.** Postagem em 10/08/2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/10/brasil-registra-164-casos-de-estupro-por-dia-em-2017.ghtml> Acesso em: 27 ago. 2019.

CARDIN, V. S. G.; CAZELATTO, C. E. C. Dos aspectos jurídicos da pedofilia por uma intervenção estatal digna e efetiva ao pedófilo. **Revista Quaestio Iuris**, v.10, n.4, p.2863-2876, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **O estupro é sempre um crime hediondo**. Site de Maria Berenice Dias. 2019. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/ arq/(cod2_584)1__o_estupro_e_sempre_um_crime_hediondo.pdf> Acesso em: 04 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice Dias. **O estupro um crime duplamente hediondo**. 2010. Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_583)2 __estupro__um_crime_duplamente_hediondo.pdf > Acesso em: 04 out. 2019.

FIGUEIREDO, Marcela Lins Moura de. **A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 e seus reflexos**. Postagem em 05 de dezembro de 2011. Site Conteúdo Jurídico. Disponível em:< http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/ Artigos/27312/a-modificacao-introduzida-pela-lei-12-015-2009-e-seus-reflexos> Acesso em: 07 out. 2019.

GEBRIM, Gianandrea de Britto. **Direito Penal e Processual Penal sob uma ótica constitucionalista.** Site da Jus.com.br Publicação de setembro de 2017. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/60553/direito-penal-e-processual-penal-sob-uma-otica-constitucionalista> Acesso em: 07 nov. 2019.

LOURENÇO, C. S. A. A crise do poder de punir do Estado. The Crisis of the state of punishment of power. Centro Universitário Curitiba. **Revista Unicuritiba**. v. 1, n. 42, p.399-417, 2016.

MONTEIRO, Gabriela. **O que a lei brasileira considera como estupro?.** Postagem em 04 de julho de 2018. Disponível em:< https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-a-lei-brasileira-considera-como-estupro/> Acesso em: 07 nov. 2019.

NASCIMENTO, M. A. C. *A figura do psicopata no Direito Penal brasileiro***.** 2017, p. 58. Monografia - Curso de Direito da Universidade Toledo de Araçatuba, Centro Universitário de Toledo, Araçatuba – SP, 2017.

NASSIF, L. Os países com maior incidência de estupros. **Jornal GGN Internacional**, v.1, n.1, 2013.

OLIVEIRA, Mara Elisa de. **Castração química não é compatível com a constituição**. Boletim de Noticias ConJur – Consultório Jurídico. Postagem em 16 de setembro de 2012. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2012-set-16/mara-oliveira-castracao-quimica-nao-compativel-constituicao > Acesso em: 18 ago. 2019.

PIRES, Juliana. **Vias de administração**. Site InfoEscola, Uninove 2010. Disponível em: <https://www.infoescola.com/farmacologia/vias-de-administracao/> Acesso em: 15 ago. 2019.

RAMOS, K. S. F. *Serial Killer: prisão ou tratamento*. 2017. p.51. Estudo monográfico - Curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeira de Itapemirim, Cachoeira de Itapemirim, 2017.

SCHMALZ, D. R.; e MOURA, P. B. A castração química: sua Explicita Inconstitucionalidade em consonância a (re) socialização do apenado. **Revista Direito em Debate**, v. 24, n. 44, 2015.

SÉGUIN, E. Direitos sexuais como Direito Humano. **Revista Direito e Justiça**, v.1, n.13, 2009.

SILVA, Cândido Henrique. Dados. O tempo e a cultura do estupro. **O raio x do estupro no Brasil em 15 gráficos.** Postagem em 2019 /sem data. Disponível em:< https://www.otempo.com.br/polopoly_fs/1.1312588.1464999452!/index.html> Acesso em 28 ago. 2019.

SILVA, J. M. **Aplicabilidade da Castração Química no Crime de Estupro**. (Monografia) Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Tubarão, 2017.

TEIXEIRA, P. V. F. Portal "Olhar Direto".Notícias / Entrevista da Semana. **Promotor defende debate sobre castração química para criminosos sexuais**. Postagem em 28 de fev. de 2016. Disponível em:<https://www.olhardireto. com.br/juridico/noticias/

exibir.asp?id=31165&noticia=promotor-defende-debate-sobre--castracao-quimica-para-criminosos-sexuais-confira-entrevista> acesso em: 15 ago. 2019.

VIANNA, T. **Castração química e Direito Penal do Inimigo**. Postagem em 22 de abril de 2009. Disponível em:< https://tulio-vianna.wordpress.com/2009/04/22/ castracao-quimica-e-direito-penal-do-inimigo/> Acesso em: 15 ago. 2019.

A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA SOBRE DROGAS: UMA LONGA TRILHA ATÉ A HUMANIZAÇÃO

Luciano Rosa Vicente

Há 5 mil anos uma tribo de pigmeus do centro da África saiu para caçar e alguns deles notaram o estranho comportamento de javalis que comiam iboga: ficavam mansos ou andavam desorientados. Um pigmeu provou, gostou e recomendou aos companheiros da tribo, que também apreciaram a sensação de entorpecimento. Logo um curandeiro orientou: havia uma divindade dentro da planta, por isso os nativos passaram a venerá-la, consumir sua raiz e fruir os seus efeitos, comenta Carneiro (2005, p. 17), em estudo sobre a história das drogas e seu consumo em todas as épocas da trajetória humana.

O professor prossegue, lecionando que no século 19 indígenas dos EUA descobriram os poderes do peiote, pequeno cacto que contém alcaloides psicoativos. Depois da Guerra Civil Americana (1861/1865), os Comanches e os Navajos viveram uma terrível crise com o extermínio dos seus búfalos e os massacres que sofreram, e para amenizar essa dura realidade, "aderiram ao consumo religioso do peiote".

No clássico "casa grande e senzala" (1933), Freire (2013, p. 114) relata que os senhores de engenho davam maconha aos escravos para manter a senzala pacificada e em ordem. O autor pernambucano aportou, ainda, que a maconha chegou ao Brasil com os escravos africanos, que a usavam em ritos religiosos: "já fumei macumba, como é conhecida na Bahia; produz a impressão de quem volta cansado de um baile, mas com a música nos ouvidos". E arremata: "no Brasil, até 1905,

podia-se comprar uma marca de cigarros chamada 'Índios', que era maconha com tabaco, e na caixa, um aviso curioso: servem para combater asma, insônia e catarros".

Já na segunda metade do século passado, Huxley (1957, pp. 58-59) consumiu experimentalmente o peiote, também conhecido como mescalina, e narrou a experiência em "The Doors of Perception" (As portas da percepção). Sua sensação mais evidente foi que os objetos do quotidiano perderam a funcionalidade, passando a ter vida própria: o espaço passa a ser irrelevante, parecendo que a percepção se amplia geometricamente, revelando uma incapacidade do ser humano de assimilar tantas impressões.

Huxley (1932) voltou a abordar o tema no seu romance distópico "Admirável Mundo Novo", adaptado para o cinema em 1998: a história ocorre em 2540, em Londres, apresentando uma sociedade desenvolvida tecnologicamente, cujo objetivo é a felicidade de todos os seus membros, independentemente da posição social. Para lograr, um dos instrumentos é o consumo de "Soma", droga sintética sem contraindicações, capaz de eliminar sentimentos negativos.

Percebe-se, assim, que o consumo de drogas permeia a história da humanidade, seja como fuga da realidade por recreação, experimento, ou para lidar com a aspereza da vida. Nesse cariz, o Brasil não é exceção, ocorrendo que junto com a evolução do país evoluiu, também, o consumo e o comércio de drogas. Enquanto nos tempos narrados por Gilberto Freire consumia-se basicamente cigarro, álcool e maconha, atualmente há uma miríade de drogas à disposição dos interessados, e no território das ilegais o comércio tem feito estragos de difícil reparação.

Para se ter uma ideia da dimensão do problema, menciona-se o caso colombiano, que teve em Pablo Emílio Escobar Gavíria (1949/1993) o mais brutal traficante de drogas da história: no auge da sua escalada criminosa, na década de 1980, enviava de 70 a 80 toneladas de cocaína mensais aos EUA.

Ordenou a execução de três candidatos à presidência da Colômbia e outras cerca de três mil pessoas em solo colombiano, segundo Salazar Júnior (2014, p. 33). Todavia, aqui é o atual cenário brasileiro da criminalização das drogas que se passa a analisar, para identificar aonde estamos e para onde vamos nesse tema que tem ocupado mentes

e recursos valorosos, com resultados aquém dos necessários, e muito sofrimento humano.

1. A legislação penal brasileira sobre as drogas ilícitas

Gomes (2009, p. 76) ensinava que somente é relevante o resultado de ato que afeta terceiras pessoas ou interesses de terceiros, de forma que se a conduta do agente ofende apenas bens jurídicos pessoais não há crime, em respeito ao princípio da alteridade ou transcendentalidade. Por isso, quem tenta suicidar-se, açoita-se, mutila-se ou usa drogas ilegais não comete crime, e por isso, também, que no caso desta última conduta o verbo "usar" não está catalogado como crime na Lei Antidrogas vigente, nº 11.343/2006 (LAD), tampouco na Lei anterior, nº 6.368/1976.

Entretanto, o art. 28 da LAD deixou um problema ainda não solucionado, porque não definiu qual quantidade seria o divisor de águas entre a posse para uso pessoal e para tráfico de drogas, estacionado no art. 33 daquela Lei. Nesse galope, seu art. 42 dispõe que na fixação das penas o juiz considerará "a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Assim, a lei deixou a demarcação do terreno entre o tráfico e o consumo pessoal no território não cartografado da discricionariedade do juiz, e isso gerou insegurança jurídica e distorções, como no caso julgado pelo STF no HC nº 123.221/SP (2014), envolvendo um preso por tráfico de drogas porque tinha em depósito 1,5g de maconha.

No seu voto condutor, Gilmar Mendes alertou, e os demais ministros o seguiram, que a mudança de tratamento promovida pela LAD, abolindo a pena privativa de liberdade para usuário (art. 28), provocou uma reação inesperada e indesejável: "fatos limítrofes, antes registrados como uso, passaram a ser tratados como tráfico de drogas".

O ministro mencionou que a Lei entrou em vigor em outubro de 2006, quando 47.472 pessoas estavam presas por tráfico de drogas, e no ano seguinte (2007) passaram a 65.494, um aumento de 38%. A escalada prosseguiu, segundo o relator, até chegar em 2010 com 106.491 presos.

Os dados mais recentes do Infopen sobre o tema constam no "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" (2017), dando conta de 136.149 presos por tráfico de drogas, demonstrando que o cenário se agravou. Por isso, a política criminal brasileira sobre drogas precisa arejar-se, para que casos como o mencionado não sigam ocorrendo e desaguando num sistema carcerário doente, violador de direitos humanos.

2. As drogas ilícitas e o sistema carcerário brasileiro

Conforme mencionado, o câmbio provocado pelo art. 28 da LAD, abolindo a privação de liberdade para as condutas relacionadas ao usuário de drogas ilegais, provocou um movimento inusitado que deixou gosto ruim, como fritura em óleo vencido: aumentou consideravelmente o número de prisões por tráfico de pequenas quantidades de drogas. Isso ocorreu porque naquelas situações marcadas pela dificuldade de identificar se a droga era para consumo próprio ou tráfico, passou-se a eleger, com mais frequência, a segunda opção.

O relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas (2016) lançou luzes sobre esse problema, ratificando que a população carcerária brasileira cresceu exponencialmente desde a virada do século XXI, "após mudanças nas leis nacionais sobre drogas terem levado a um aumento de 62% das detenções por delitos envolvendo drogas, entre 2007 e 2010". Essa hipertrofia agravou uma das doenças do sistema carcerário brasileiro: a superpopulação, que aliada à atuação das facções criminosas vem produzindo cenas brutais similares às protagonizadas pelos jihadistas do estado islâmico.

Basta lembrar o primeiro dia de 2017, quando essa triste realidade mostrou a cara: enquanto os brasileiros comemoravam a chegada do ano novidadeiro, ocorria, segundo Alessi (2017), o segundo maior massacre de presos da história brasileira, com 56 homicídios, cerca de 30 decapitados, em rebelião no complexo penitenciário Anísio Jobim, na capital do Amazonas.

Passados 5 dias, Boa Vista/RR chocou-se com barbárie similar, na penitenciária agrícola de Monte Cristo. Foi nessa paisagem que o país despertou das comemorações de reveillon para enfrentar o fato de que

a carceragem brasileira está na UTI, carente de tratamento intensivo. Por isso que para Vicente (2018) o ocorrido em Manaus, Boa Vista e outros estados posteriormente, demonstra que nenhum brasileiro precisa ir ao Iraque ou à Síria para se estarrecer com as atrocidades do estado islâmico, pois temos nossos próprios monstros de fabricação caseira.

Estudando o encarceramento, Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 226) argumenta que os motins carcerários são os fatos que mais dramaticamente evidenciam as deficiências da pena privativa de liberdade: é o acontecimento que mais impacta e que permite à sociedade conscientizar-se, infelizmente por pouco tempo, das condições desumanas em que a vida carcerária se desenvolve.

Em arremate, ainda sobre o aprisionamento, Michel Foucault (1999, p. 196) lecionava que "a prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica da pena-efeito, da pena-representação, da pena-função geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita. É um lugar de trevas". Nessa escuridão, passar hoje pelo desumano sistema prisional brasileiro equivale a receber um atestado de óbito social.

Nesse passo, o aumento exponencial de prisões por crimes relacionados às drogas ilegais demonstra que a atual política brasileira sobre drogas ilícitas não logrou sucesso na redução dos crimes. Números e estatísticas apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) em dezembro de 2017 comprovam à saciedade essa realidade: no ano de 2016, o Brasil tinha cerca de 726 mil presos, a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas de EUA e China.

Desse total, o tráfico de drogas é o que mais encarcera, com 28% dos presos masculinos, enquanto roubos e furtos somados chegam a 37%, e homicídios 11%, segundo levantamento do Depen (2017). Quando se faz o recorte de gênero, a situação da mulher impressiona, porque o seu aprisionamento cresceu geometricamente nos últimos anos: 656% de 2000 a 2016, sendo que 62% foram presas pela prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas ilícitas, conforme flui do "Relatório Infopen Mulheres" (2018). E quem são essas mulheres?

Fernandes (2018, pp. 45-65) responde que geralmente são jovens, negras ou pardas, de periferia, com pouco grau de instrução formal,

que trabalhavam em subempregos ou desempregadas, mãe de no mínimo um filho, com algum parente próximo preso, e que da sua renda depende a manutenção de despesas familiares.

Prossegue, esclarecendo que é bastante comum o relato de mulheres mais velhas que foram presas por associação ao tráfico, porque seus filhos ou netos armazenavam drogas em suas casas; mulheres mais novas que traficaram porque não encontraram oportunidade de emprego formal e precisavam arcar com as despesas de saúde, alimentação e educação dos filhos, comumente por seus maridos estarem presos.

Embora a solução dos problemas de nosso sistema prisional não seja uma só, é necessário alargar o olhar para os custos e benefícios da atual política criminal sobre drogas ilegais, que apesar de prender muito não consegue combater, suficientemente, as organizações criminosas ligadas ao tráfico.

Conforme mencionado, a LAD não prevê um limite quantitativo para diferenciar o usuário do traficante, gerando um problema que foi estudado pela Defensoria Pública do Estado do RJ (2019), que analisou 3.745 casos individuais sobre tráfico de drogas e condutas afins na capital e região metropolitana do RJ.

Segundo a pesquisa, a subjetividade do critério adotado tem sido alvo de diversas críticas dos operadores e estudiosos do sistema de justiça criminal brasileiro, porque muitas vezes a pessoa é considerada traficante em razão do local onde foi abordada, mesmo estando sozinha e com pequena quantidade de droga. Para resolver esse problema, o estudo propõe escalonar o delito de tráfico, estabelecendo diferenças entre drogas leves e pesadas, a exemplo de alguns países europeus, como Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Holanda e Portugal.

3. A normatização das drogas ilícitas na América Latina

Nos últimos anos vários países buscaram alternativas ao tratamento jurídico-penal das drogas ilícitas, tendentes a flexibilizar a legislação, com uma inclinação mundial de descriminalizar o consumo e o porte de pequenas quantidades de drogas ilegais. Busca-se implementar polí-

ticas públicas humanizantes, que mitiguem danos, de amparo psicológico, médico e social dos dependentes, oferecendo alternativas a quem visa a afastar-se do vício, ou do uso não problemático.

Esse novo rumo foi muito bem sintetizado por Kofi Annan, ao discursar na 68ª Assembleia Mundial de Saúde em Genebra (2015, p. 18): as drogas destroem muitas vidas, mas as políticas estatais equivocadas podem destruir mais, disse o ex-secretário geral da ONU. A ficha criminal por um delito leve envolvendo drogas pode ser uma ameaça muito maior ao bem-estar do jovem que o uso ocasional, por isso defendeu um modelo de descriminalização sem punição para pessoas que usam drogas, que vários países latino-americanos vêm seguindo.

Ao julgar o caso "Sebastián Arriola y otros", no processo nº 9.080, a Suprema Corte argentina declarou, por unanimidade, inconstitucional o dispositivo legal que criminalizava a posse de droga ilícita para consumo próprio, por desrespeitar o art. 19 da Constituição Federal, que trata dos princípios da alteridade e da legalidade.

O Uruguai é o país que mais modernizou a legislação penal sobre drogas ilícitas na América Latina: o art. 3º, b, da Lei nº 19.172/2014 autorizou a plantação, cultivo, colheita e industrialização de maconha para qualquer fim, respeitando-se a legislação vigente. Já o art. 7º daquela lei ampliou a descriminalização para além da posse, alcançando outras condutas relacionadas ao uso particular de droga, e definiu o limite de até 40g de maconha para consumo pessoal e até seis pés para plantação em casa.

O Paraguai descriminalizou o uso e a posse de droga para consumo pessoal, assim considerada a quantidade de até 10g diárias de maconha e derivados, e até 2g de cocaína, heroína e derivados de opiáceos, conforme verte do art. 30 da Lei nº 1.340/1988. Entretanto, impõe tratamento compulsório aos usuários, de acordo com comando encartado no art. 28 daquele Lei.

A Bolívia adotou os mesmos critérios do Paraguai, descriminalizando o uso e a posse para consumo próprio, e obrigando os dependentes e usuários não habituais a tratamento, conforme irradia do art. 49 da Lei nº 1.008/1988. Todavia, diferencia-se da legislação paraguaia

no tocante às quantidades que separam o usuário do traficante, que é definida, subjetivamente, por dois especialistas de órgão público.

A Venezuela segue a mesma trilha de Paraguai e Bolívia, descriminalizando o uso e a posse, e impondo tratamento aos usuários, nos termos dos arts. 128 a 131 da Lei Orgânica de Drogas. Já as quantidades que diferenciam usuário de traficante estão previstas no art. 153 da referida Lei: 20g de maconha, reduzindo-se a 5g se for geneticamente modificada; 2g de cocaína e 1g de derivados de papoula.

Emerge do art. 354 da CF equatoriana que os vícios são problemas de saúde pública que o Estado deve assistir. Para calibrar a mira das suas políticas, o país andino sacou do seu rol de crimes o uso e posse para consumo pessoal, de acordo com o art. 20 do Código Orgânico Integral Penal. O Equador também delineou as quantidades que definem o porte para consumo próprio: 10g de maconha; 2g de pasta base de cocaína; 1g de cloridrato de cocaína; e 0,1g de heroína.

O art. 299 do Código Penal Peruano descriminalizou o uso e a posse para consumo próprio, e definiu os seus limites: 8g de maconha, e 2g dos seus derivados. Embora plantar maconha seja proibido, a pena é menor para plantação de até 100 plantas. Para pasta de cocaína o limite é 5g; cloridrato de cocaína, 2g; 1g de látex de ópio ou 200mg dos seus derivados; e 250mg de extasy.

Na Colômbia, o art. 49 da CF proíbe o uso e porte de substâncias entorpecentes e psicotrópicas. Entretanto, na Sentença C-491/12, a Corte Constitucional colombiana interpretou que dita proibição não se trata de criminalização das condutas. Em escala legal, o art. 2º da Lei nº 30/1986 definiu os limites para uso e consumo próprio: 20g de maconha; 5g de haxixe; cultivo de até 20 plantas; e 1g de cocaína.

Esse giro latino-americano permitiu compreender que o Brasil está atrasado em relação aos oito países analisados. Isso porque, todos eles descriminalizaram o uso e o porte para consumo pessoal, enquanto o Brasil descriminalizou somente o uso, sendo a posse para uso próprio apenas despenalizada, mantendo-se encastelada como crime.

Ademais, enquanto Colômbia, Equador, Paraguai, Peru e Venezuela definiram limites de porte para maconha e outras drogas para consumo pessoal, e o Uruguai fixou para a maconha, o Brasil segue

deixando a decisão de enquadrar como consumo ou tráfico ao talante das autoridades.

O Brasil vem dando passos evolutivos no Judiciário, onde o STF tem andado à sombra do estandarte da modernização, mostrando-se mais flexível na interpretação da LAD em face da CF/88. O mais relevante debate tem corpo no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, no qual se discute a constitucionalidade do art. 28 da LAD, mas o julgamento foi suspenso quando três ministros já haviam votado pela inconstitucionalidade, conforme se abordará a seguir.

4. Os novos ares respirados no STF

Embora a legislação sobre drogas ilícitas seja praticamente a mesma há 14 anos, desde a LAD, muitas decisões judiciais têm se norteado por interpretação mais flexível na análise dos casos concretos. Para evitar delongas inecessárias, aqui se abordarão apenas decisões do STF, como a mais recente, que deitou suas raízes no HC nº 143.798/SP (2019).

Nele o réu era acusado de importar da Holanda 14 sementes de maconha por via postal, mas o ministro Barroso trancou a ação penal, motivado na insignificância da quantidade, e invocando como precedentes os HC nºs 144.161/SP (2018, 26 sementes) e 142.987/SP (2018, 15 sementes). Neles a Segunda Turma do STF firmou orientação de que deve ser rejeitada a denúncia ou trancada a ação penal por ausência de justa causa nos casos em que o réu importa pequena quantidade de sementes de maconha.

Outra decisão flexibilizante ocorreu no HC nº 97.256/RS, analisando-se a constitucionalidade de parte do art. 44 da LAD, que veda a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para os crimes previstos no caput do art. 33 e seu § 1º, e art. 34. O comando legal foi considerado inconstitucional, autorizando-se a conversão, e o Senado expediu a Resolução nº 5 para a eficácia erga omnes do julgamento.

Em idêntica ordem ocorreu no HC nº 118.533/MS (2013), no qual se decidiu que o tráfico "privilegiado" a que se refere o § 4º do art. 33 da LAD não tem natureza de crime hediondo, o que possibilita vá-

rios benefícios ao preso. Está em julgamento no STF o RE nº 635.659/SP, suspenso depois do pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes, no qual se discute a constitucionalidade do art. 28 da LAD, que trata das punições à posse de droga ilícita para uso pessoal.

Três ministros já votaram pela inconstitucionalidade do dispositivo: Gilmar Mendes fundamentou a inconstitucionalidade na agressão ao direito de personalidade e à desproporcionalidade da punição ao usuário, cuja intimidade e liberdade carecem de proteção legal, e não estigmatização pela sua opção de drogar-se, que somente a ele interessa.

Edson Fachin defendeu a descriminalização do porte apenas de maconha para consumo próprio, alegando violação ao princípio da alteridade e a necessidade de se enfrentar o problema do uso de drogas pelo enfoque das políticas públicas de saúde. A exemplo de Gilmar Mendes, sugeriu que o Poder Legislativo fixe parâmetros para distinguir usuários de traficantes.

Barroso também já votou, sublinhando a importância de enfrentar o problema das drogas pelo prisma utilitarista/consequencialista, porque a política de combate às drogas tem produzido danos aos usuários, notadamente os jovens, pobres e negros, maiores prejudicados com o aumento do encarceramento ocorridos após a publicação da LAD.

Tudo indica que a maioria do Plenário votará pela inconstitucionalidade do dispositivo em discussão, porque os ministros Lewandovski, Carmem Lúcia e Luiz Fux já votaram favoravelmente à flexibilização da política criminal sobre drogas noutros julgamentos, o que resultaria num placar de pelo menos seis votos pela inconstitucionalidade do art. 28 da LAD.

5. O melhor caminho para a normatização brasileira: rumo à humanização

Neste estudo constatou-se que a política criminal brasileira sobre drogas ilícitas não reduziu seu consumo e comércio, problema que campeia por todos os países que adotaram a política de criminalização do uso/porte para consumo pessoal e de maximização de danos, sugerida pelas Convenções da ONU de 1961, 1971 e 1988, sob a liderança intelectual dos EUA, e acatada pelo Brasil e vizinhos latino-americanos.

Tatmatsu, Siqueira e Del Prette (2019) abordaram essa subordinação em estudo recente sobre as políticas públicas de prevenção ao abuso de drogas destinadas aos jovens no Brasil e nos EUA. Para eles, a construção de políticas sociais na América Latina segue permeada pela dependência aos países centrais, porque as tensões entre os modelos proibicionista e de redução de danos se mantêm nas políticas de prevenção ao abuso de drogas do Ministério da Saúde.

Por isso, os pesquisadores sugerem buscar autonomia em relação aos modelos de ações preventivas propostos pelos países dominantes, com viés norte-americanizado ou eurocentrado, por meio de um debate mais amplo entre pesquisadores, profissionais, usuários e movimentos sociais, visando ao protagonismo de políticas mais adequadas ao Brasil, capazes de atender a sua realidade, que é diferente daqueles países.

Isso porque, nos países desenvolvidos a principal preocupação é com a saúde do usuário, enquanto aqui o problema é maior, na medida em que o narcotráfico tomou o poder em muitas comunidades carentes, com força política e econômica, permitindo que o tráfico pratique o que talvez seja a mais nociva agressão aos direitos humanos: dificultar, ou até impedir, que pais trabalhadores criem seus filhos no seio da legalidade, pois os traficantes aliciam os jovens com dinheiro e falsas ilusões de poder, que acabam por conduzi-los à morte, ou à prisão.

Enquanto isso, depois que a LAD despenalizou o porte para consumo em 2006, as prisões por tráfico de drogas aumentaram, passando a ser o tipo penal que mais encarcera, representando quase 30% da população prisional masculina e impressionantes 62% da feminina.

Nessa raia, os custos sociais e pessoais das prisões por posse de pequenas quantidades são enormes: além de impactar economicamente nas famílias dos presos, afastam os serviços de tratamento dos dependentes, pois quando tratado como crime, o uso/porte de drogas é mirado como questão policial, reduzindo a importância da educação, prevenção e assistência social aos envolvidos.

Essas mazelas estão conduzindo à passagem daquela percepção dos tratados internacionais e dos governos em geral, do mundo livre de drogas, para a compreensão de que o melhor caminho é humanizar as

políticas sobre o uso e porte para consumo pessoal, pois a preservação da saúde das pessoas é o mais importante.

Por isso, o caminho a seguir no Brasil é o da descriminalização do uso e porte de todos os tipos de drogas para consumo pessoal, a exemplo do que já fizeram outros países, como alguns mencionados no corpo deste estudo. Iniciando imediatamente pela maconha, deve-se fazer o que foi feito com o cigarro, no que se tornou um exemplo mundial de política de controle.

Não se proibiu, apenas dificultou-se o uso limitando os espaços permitidos ao fumante, vetou-se a publicidade, conscientizou-se a população sobre os malefícios, e hoje se fuma muito menos no Brasil que na Europa. De acordo com Penido (2018), o consumo de cigarro nas capitais brasileiras diminuiu 36% entre 2006 e 2017, sendo que nos últimos anos o número de fumantes caiu de 15,7% para 10,1% no mesmo período: é isso que se propõe para as demais drogas.

O próximo passo seria implementar alternativas à punição criminal dos agentes não-violentos de baixa hierarquia no comércio de drogas, como as mulas, os usuários-traficantes e os que cultivam plantas ilícitas, pois muitos estão nisso porque marginalizados economicamente. Feito isso, a etapa seguinte será regulamentar o comércio de todas as drogas ilícitas, como o Uruguai fez com a maconha.

Ainda não se sabe qual seria a melhor forma de fazer essa regulamentação ampla e nem quais seriam os resultados, mas sabe-se que diante do insucesso do sistema repressivo, precisa-se de novas propostas, e essa parece ser a mais acertada. Certamente será um longo processo, que consumirá décadas, como o combate ao tabagismo, que teve resultados excelentes no Brasil.

6. Conclusão

Nesse estudo constatou-se que um dos resultados do nosso sistema repressivo é que se prendem milhares de jovens sem ficha criminal, por delitos ligados ao narcotráfico, e pequenos traficantes de pouca quantidade de droga. Quando ingressam no presídio são forçados a se filiarem a uma facção criminosa para sobreviver, passando a andar pelas

ruelas cavilosas e trilhas subterrâneas do crime organizado. São "escravizados", juntamente com suas famílias, feitas reféns, pois os tentáculos dessas bandas criminais estendem-se para além dos muros carcerários.

Outra parte do problema é que esse sistema prisional, que já comprovou à farta estar sem fôlego, custa caro aos cofres públicos, em média R$ 2 mil mensais por preso, e além desse custo financeiro, quando ele retorna às ruas, há um custo social, porque ele não consegue trabalho para reinserir-se socialmente.

Some-se a isso que ao tempo mesmo da sua prisão ele é substituído por outro jovem do cadastro de reserva das comunidades desassistidas, num processo que dá voltas, numa girândola ofuscante e vertiginosa com o seguinte ciclo vicioso: prende-se o jovem; compromete-se a viabilidade de sua vida; gasta-se dinheiro com ele encarcerado; cadastra-o nas fileiras das facções, fortalecendo-as; torna-o mais perigoso, violento e revoltado; compromete-se o sustento de sua família; e dificulta-se ainda mais a educação de seus filhos, as próximas vítimas que alimentarão esse ciclo perverso.

Nessa linha de percepção, está estampado com caracteres irrecusáveis que o sistema de combate ao comércio ilegal de drogas ilícitas precisa de renovação. Não há como saber se as sugestões aqui semeadas darão os frutos desejados, porque se trata de lidar com seres humanos e suas imprevisibilidades, inseridos numa sociedade cada vez mais complexa, que se renova em alta velocidade com a abertura das fronteiras, o desenvolvimento das redes de comunicação, da mobilidade e das novas tecnologias.

Nesse ambiente em que até o futuro próximo se tornou imprevisível, o direito não consegue fornecer soluções imediatas para os problemas que se apresentam, conforme demonstrado por Barroso (2019, pp. 1262-1313) em estudo sobre os limites do direito num mundo em transformação, às portas da 4ª revolução industrial.

Uma das dúvidas sobre essa proposta de legalização e regulamentação de todos os tipos de drogas é quem a distribuiria? Quem e como se cuidaria do enorme e rentável mercado de droga que hoje pertence às facções criminosas? Não se tem a pretensão nirvânica que seria um processo de transição simples e sereno, mas uma batalha que deman-

daria esforço hercúleo e disciplina acerba, tratada como política de Estado, inexpugnável às mudanças de governo.

Será um processo longo e difícil, porque a proporção que o narcotráfico tomou no Brasil, com infiltração inclusive na política, é de difícil reversão, como aconteceu também em outros países latino-americanos em maior ou menor grau. O México vive tempos difíceis, com altíssimos índices de homicídios, impulsionados pela guerra entre cartéis.

Na Colômbia, as décadas de 80 e 90 foram de terror, com o narcoterrorismo inaugurado pelo repulsivo cartel de Medellín, considerada na época a cidade mais violenta do mundo: em 1933 registrou 381 homicídios para cada 100.000 habitantes, conforme pesquisa de Shaw e Carli (2011, p. 93), citado pelo Governo do Ceará (2017, p. 27) em estudo sobre experiências exitosas de enfrentamento à violência e criminalidade.

Mas como aquele belo país, e notadamente aquela sofrida cidade, segunda maior da nação, conseguiram se recuperar para ser eleita em 2013 a cidade do ano, em concurso realizado pelo "The Wall Street Journal" e pelo Citibank, em parceria com o "Urban Land Institute", dos EUA?

Segundo Sant'Anna (2017), a explicação para o sucesso de Medellín está numa combinação de fatores que não costumam andar de mãos. De um lado, houve repressão policial e a aplicação de leis rígidas, e de outro, programas sociais oferecendo uma porta de saída da criminalidade, com capacitação profissional, renda garantida por tempo determinado e apoio psicológico e social.

Retomando o caso brasileiro, as facções criminosas de diferentes regiões do país estão em conflito para controlar o fluxo de drogas oriundo da Colômbia. Portanto, o problema do tráfico não pode ser negligenciado, pois não adiantaria apenas flexibilizar o porte para consumo, devendo-se também desestruturar o monopólio do tráfico que as facções exercem no país.

Não há um momento ideal para descriminalizar, legalizar e regulamentar o comércio de todas as drogas, o que urge é quebrar o estigma sobre o tema na sociedade brasileira, pois há um medo das autoridades

com poder de decisão de enfrentar esse assunto. Partem da hipótese de que a sociedade será contra e por isso os pequenos progressos tem ocorrido com mais frequência no Poder Judiciário.

Finalizando, não devemos manusear essa matéria vitaminando uma sociedade punitiva, porque não se desenvolve uma nação hipertrofiando seu Caderno Penal, mas com distribuição equilibrada de renda e educação. Para saltarmos de patamar, necessitamos de adaptação das boas ideias que deram certo, inspiração original, e pitadas de ousadia.

Precisamos proteger as vítimas inocentes do tráfico, e a melhor medida parece ser a descriminalização, legalização e regulação de todas as drogas ilícitas. Isso é beber na fonte da humanização, atendendo a um dos objetivos mais caros da nossa República: construir uma sociedade, livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos. Jornal eletrônico El País - Brasil. São Paulo. Publicado em 02/01/2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html Acesso em 29/4/2020.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. Revista Estudos Institucionais, volume 5, nº 3, p. 1262-1313, edição de set./dez. 2019. Disponível em: https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429 Acesso em 10/5/2020.

BITENCOURT, Cézar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 226.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017. Brasília. Publicado no sítio eletrônico do Depen. Disponível em: http://depen.gov.br/DE-

PEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf Acesso em 28/4/2020.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - atualização até junho de 2016. Brasília. Publicado em 08/12/2017. Disponível em https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil Acesso em 01/5/2020.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres. 2ª Edição. Brasília, 79 páginas, 2018, p. 53 e 54. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf/view Acesso em 01/5/2020.

CARNEIRO, Henrique. Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas. São Paulo: Editora Campos/Elsevier, 2005, p. 17.

CEARÁ. Poder Executivo. Experiências exitosas de enfrentamento à violência e à criminalidade. Projeto Ceará Pacífico. Publicado em dezembro de 2017, p. 27. Disponível em: https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2017/12/CP_Livro-1_Experie%CC%82ncias-Exitosas-de-Enfrentamento-a%CC%80-Violе%CC%82ncia-e-a%CC%80-Criminalidade.pdf Acesso em 10/5/2020.

Comissão Global de Políticas Sobre Drogas. Avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização. Relatório publicado em novembro de 2016, p. 16. Disponível em: https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016_POR.pdf Acesso em 29/4/2020.

_____. Avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização. Relatório publicado em novembro de 2016, p. 18. Disponível em: https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016_POR.pdf Acesso em 24/4/2020.

_____. Sob controle: caminhos para políticas de drogas que funcionem. Relatório publicado em setembro 2014, p. 21. Disponível em: https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_PT.pdf Acesso em 03/5/2020.

_____. Avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização. Relatório publicado em novembro de 2016, p. 33. Disponível em: https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016_POR.pdf Acesso em 07/5/2020.

FERNANDES, R. A. U., et al. Encarceramento feminino, tráfico de drogas e maternidade: cotidianos subalternos, dentro e fora da prisão. Dossiê Consumo e Subjetividade. Arquivos do CMD, Volume 7, nº 2, Ago/Dez 2018, p. 45-65. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/CMD/article/view/22445/23285 Acesso em 01/5/2020.

FOUCAUT, Michel. Vigiar e Punir - nascimento da prisão. 20ª edição. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes. 1999, p. 196.

FREIRE, Gilberto. Casa-grande e senzala. 51ª edição. São Paulo: Global Editora, 2013, p. 114 e 272.

GOMES, Luiz Flávio. Legislação Criminal Especial. Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 76.

HUXLEY, Aldous. As portas da percepção. Traduzido por Oswaldo de Araújo Souza. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1957, p. 78/79.

_____. Admirável Mundo Novo. Traduzido por Lino Vallandro e Vidal Serrano. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1932.

JÚNIOR, Alonso Salazar. Pablo Escobar - ascensão e queda do grande traficante de drogas. 1ª edição. Barcelona: Editora Planeta, 2014, p. 33.

MACHADO, Letícia Vier; BOARINI, Maria Lúcia. Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos. Psicologia: Ciência e Profissão. Revista Psicologia: Ciência e Profissão. Volume 33, nº 3. Brasília, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000300006#**a Acesso em 07/5/2020.

PENIDO, Alexandre. Hábito de fumar cai 36% entre os Brasileiros. Brasília. Publicado no sitio eletrônico do Ministério da Saúde em 30/5/2018. Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43401-habito-de-fumar-cai-em-36-entre-os--brasileiros Acesso em 08/5/2020.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do RJ. Pesquisa sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas na Cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro – Relatório Final. Rio de Janeiro. Publicado em 10/12/2019, 96 páginas, p. 8. Disponível em: http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf Acesso em 01/5/2020.

SANT'ANNA, Lourival. Como Medellín virou a cidade modelo que está vencendo o crime. Publicado em 05/10/2017. Disponível em: http://www.lourivalsantanna.com/paises/america-do-sul/colombia/como-medellin-virou-cidade-modelo-que-esta-vencendo--o-crime/ Acesso em 10/5/2020.

TATMATSU, Daniely Ildegardes Brito; SIQUEIRA, Carlos Eduardo; DEL PRETTE, Zilda Aparecida Pereira. Public policies for drug abuse prevention in Brazil and the United States. Cadernos de Saúde Pública. Volume 36, nº 1. Rio de Janeiro. Publicado em 20/12/2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102=311-2020000103001X&lng=en&nrm=iso&tlng-en#aff4 Acesso em 08/5/2020.

VICENTE, Luciano Rosa. A segurança pública a partir do sistema prisional no Brasil. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 23, nº 5.366, publicado em 11/3/2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/61449 Acesso em 02/5/2020.

A RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Érika de França Pergentino

1 INTRODUÇÃO

A temática do presente trabalho pretende mostrar a responsabilidade penal do psicopata diante do direito penal no ordenamento jurídico brasileiro, respondendo ao questionamento acerca da imputabilidade penal à luz da legislação brasileira.

O objetivo geral é analisar criticamente a omissão da legislação adequada no que se refere à responsabilidade penal do psicopata, tendo como objetivos específicos: discutir a diferença do psicopata com outras doenças mentais, vale citar: com o sociopata e o *serial killer,* discorrer acerca da responsabilidade do psicopata diante das infrações penais cometidas e se seria considerado inimputável ou não.

A escolha do tema se deu ainda por ser um tema que merece destaque e discussão tanto legislativa, quanto médica, social, familiar, carcerário, ou seja, em todos os meios, por não ter uma definição na lei que deixe claro como tratar o psicopata.

Sob a ótica jurídica, o tema é de suma importância, deixando claro que nem todo psicopata será criminoso, mas se porventura se tornar, tende a trazer sérias consequências sociais e até mesmo diante do sis-

tema carcerário na hipótese de ser preso, por isso a urgência de uma legislação especifica.

O trabalho pode ser caracterizado como uma pesquisa bibliográfica, de acordo com Gil (2006), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado constituindo principalmente de livros e artigos científicos, a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenómenos muito mais ampla. Fornecendo ao pesquisador fontes teóricas, de conhecimento, e o treinamento (científico) que habilitam a produção de trabalhos. Investigando as diferentes contribuições (científicas) sobre determinados temas. A sua finalidade é colocar o pesquisador em contato sobre determinado assunto, oferecendo meios para definir, resolver problemas que permitam ao cientista reforço paralelo na análise das suas pesquisas.

Para tanto, serão utilizados livros, artigos impressos e o meio eletrônico com a intenção de abordar a temática em questão. A pesquisa bibliográfica não é a repetição do que já foi escrito sobre determinado assunto, mas propiciar o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras.

Inicialmente, trata-se de uma parte psicológica no que se refere ao psicopata trazendo uma evolução histórica, conceituando-o, com suas características, como seria seu diagnostico e tratamento e a diferença com algumas outras doenças em especial com o sociopata e o *serial killer*.

Posteriormente, trata-se da uma parte mais do Direito, especificamente da teoria geral do crime, passando pela culpabilidade até chegar a imputabilidade ou inimputabilidade, e por fim se questiona a responsabilidade penal do psicopata diante do direito penal brasileiro.

Em face do exposto, neste trabalho será constatado que o psicopata em regra é imputável, já que tem consciência dos crimes que comete, pois somente sofre de transtorno de personalidade, mais que cada caso deverá ser analisado de forma individual, visto que existem casos mais graves em que seriam a exceção e que necessitam de uma equipe multidisciplinar para se chegar de fato a uma conclusão justa.

2 CONCEITO DE PSICOPATA

Quando pensamos em psicopatas, associarmos a imagem pregada dos personagens sensacionalistas trazidos pela mídia. O uso incorreto do termo psicopata faz com que muitos pensem que é somente o assassino em série ou outro tipo de criminoso cruel e desleal.

É um tema que tem chamado bastante atenção principalmente quando citado nos livros, filmes e televisão ao ser usada a expressão que "qualquer pessoa pode ser um psicopata", mas é preciso um estudo apurado para que seja dado um diagnóstico e que seja dado pelo profissional adequado.

O termo psicopata foi utilizado inicialmente para designar uma série de atos que eram considerados repugnantes, mas a discussão efetiva se iniciou no século XVIII quando alguns filósofos e psiquiatras passaram a estudar a relação de livre arbítrio e transgressões morais, questionando se os "psicopatas" seriam capazes de entender as consequências de seus atos.

Teria como melhor conceito de psicopata o apresentada por Robert Hare:

> Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim[2].

As principais características do psicopata é de carecerem de emoção, falta acentuada de culpa, remorso e preocupação empática com o outro. Além disso, são superficialmente encantadores, manipuladores, egocêntricos e têm um senso de grandiosidade exacerbado. Tendem a ser impulsivos, costumam assumir riscos e a não planejar o futuro, demonstrando ter um comportamento antissocial além de terem um controle comportamental muito pouco desenvolvido.

Podendo melhor citar tais características tem-se: 1) Charme superficial e boa inteligência; 2) Ausência de delírios e outros sinais de

pensamento irracional (por isso a psicopatia não deve ser considerada doença mental, mas sim um transtorno mental); 3) Ausência de nervosismo; 4) Não confiável; 5) Falsidade e falta de sinceridade 6) Ausência de remorso ou vergonha; 7) Comportamento antissocial inadequadamente motivado; 8) Julgamento deficitário e falha em aprender com a experiência; 9) Egocentrismo patológico e incapacidade de amar; 10) Deficiência geral nas reações afetivas principais; 11) Perda específica de insight; 12) Falta de resposta nas relações interpessoais gerais; 13) Comportamento fantástico e desagradável com, e às vezes sem, bebida; 14) Suicídio raramente concretizado; 14) Vida sexual e interpessoal trivial e deficitariamente integrada e 16) Fracasso em seguir um plano de vida.

Hodiernamente no Brasil a metodologia utilizada para realizar o diagnóstico da psicopatia foi criada por Robert D. Hare (1993), em sua escala de avaliação, chamada *Hare Psychopathy Checklist* (PCL), a qual teve sua versão definitiva lançada em 2003, a *Psychopathy Checklist Revised* (PCL-R), tendo como seu foco principal a identificação dos agentes infratores com maior possibilidade de reincidência criminal (MORANA, 2004).

O PCL-R é de suma importância, pois serve de instrumento de avaliação psicológica, para os profissionais das áreas de psicologia e psiquiatria forense, principalmente para avaliação da personalidade de criminosos, contribuindo expressivamente para a aplicabilidade da sanção penal.

Os critérios de identificação do PCL-R são rigorosos, e pretende diferenciar os psicopatas dos não psicopatas, através de uma escala, cujo objetivo é identificar os sujeitos com maior probabilidade de reincidência criminal.

Necessário se faz distinguir o psicopata do *serial killer*.

> "*Serial Killers* são indivíduos que cometem uma série de homicídios de comum intervalo entre eles, durante meses ou anos, até que seja preso ou morto. As vítimas têm o mesmo perfil (prostitutas, mochileiros, crianças, idosos) e mesma faixa etária, sexo, raça, etc. As vítimas são escolhidas ao acaso dentro deste perfil e mortas sem razão aparente; ela é objeto da fantasia do *Serial Killer*. " (ANDREAS, 2009).

Não se pode atribuir a toda pessoa portadora de transtorno de personalidade antissocial a condição de *Serial Killer.*

No artigo "O que é um psicopata?", publicado na revista "Scientific American – Mente Cérebro", depreende-se que:

> O termo psicopata foi descrito pela primeira vez em 1941 pelo psiquiatra americano Hervey M. Clecklet, do Medical College, da Geórgia, a psicopatia consiste num conjunto de comportamentos e traços de personalidade específicos. Encantadoras à primeira vista, essas pessoas geralmente causam boa impressão e são tidas como "normais" pelos que as conhecem superficialmente. No entanto, costumam ser egocêntricas, desonestas e indignas de confiança. Com frequência adotam comportamentos irresponsáveis sem razão aparente, exceto pelo fato de se divertirem com o sofrimento alheio. Os psicopatas não sentem culpa. Nos relacionamentos amorosos são insensíveis e detestam compromisso. Sempre têm desculpas para seus descuidos, em geral culpando outras pessoas, raramente aprendem com seus erros ou conseguem frear impulsos[4].

Portanto, o psicopata não é um deficiente mental que tem alucinações ou problemas de identidade. Conclui-se que a psicopatia pode ser compreendida como um transtorno global e específico da personalidade, decorrente de uma anomalia do desenvolvimento psicológico, sinalizado pela extrema insensibilidade aos sentimentos alheios (ausência total de remorso/sentimento de culpa), levando o indivíduo a uma acentuada indiferença afetiva.

Em relação aos psicopatas que tem tendências ao crime, Morana, trata que:

> O comportamento dos transgressores diagnosticados como psicopatas difere de modo fundamental dos demais criminosos nos seguintes aspectos: os primeiros são os responsáveis pela maioria dos crimes violentos em todos os países; iniciam a carreira criminal em idade precoce; cometem diversos tipos de crimes e com maior frequência que os demais criminosos;

> são os que recebem o maior número de faltas disciplinares no sistema prisional; apresentam insuficiente resposta aos programas de reabilitação; e apresentam os mais elevados índices de reincidência criminal[9].

Com os avanços realizados pela comunidade científica, relatam-se novos conceitos atribuídos à psicopatia:

> "Na personalidade psicopática […] o indivíduo apresenta uma falha na formação do seu superego, sendo este responsável pelo juízo de reprovação estruturado na personalidade. Uma vez que esta constituição não se tem por completa e correta, a psique do criminoso não censura seus atos, tendo as antissociais consciências das normas sociais, no entanto as ignora realizando satisfação efetiva do id.15. " (SCHMITT, Rafaela Thaís Bortolaci. 2008, p. 17).

Necessário se faz também distinguir o psicopata do sociopata, em que basicamente é a forma como se desenvolve a doença. O psicopata é considerado uma condição inata do indivíduo, ou seja, nasce assim. Já o sociopata desenvolve durante a vida por meio da educação, das relações sociais ou traumas. Por possuírem essa distinção, quando cometem crimes, os sociopatas tendem a deixar mais evidencias já que são mais impulsivos e espontâneos, justamente pelo fato de ter adquirido o transtorno no decorrer da vida.

Os psicopatas por não apresentarem sintomas comuns e tradicionais como delírios, alucinações, entre outras características comuns a doenças mentais e transtornos, é difícil um diagnóstico e acaba não havendo um tratamento específico, mas podem fazer uso de medicamentos, da terapia cognitivo comportamental, dependendo dos casos, se forem mais graves, a internação e acima de tudo a ajuda e convívio familiar.

Portanto, existem várias fases da psicopatia e nem todos são perigosos, podendo ser tratados e sofrerem apenas de distúrbios da personalidade, outros em fases mais graves, desenvolvem um lado criminoso.

3 A CULPABILIDADE NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O direito penal é um ramo do Direito responsável por tutelar os comportamentos humanos mais graves, garantindo uma maior organização e uma vida pacífica em sociedade. Tutela os valores fundamentais para uma convivência social pacífica, combinando-lhes sanções em caso de descumprimento das regras impostas pelo Estado.

O Direito Penal é a esfera do ordenamento jurídico que define o que são crimes, comina as penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas, foi criado com a finalidade de proteger os bens mais importantes e necessários. O Direito Penal é tido como *última ratio*.

No Manual de Direito Penal Brasileiro, Zaffaroni e de Pierangeli traz a definição do que é Direito Penal:

> Com a expressão "direito penal" se designam – conjunta ou separadamente – duas entidades diferentes: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal. Tendo em conta esta duplicidade, e sem pretensões de dar uma definição – e suma uma simples noção prévia -, podemos dizer provisoriamente que o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama "delito", e aspira a que tenha como conseqüência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou interpretação) da legislação penal. (ZAFFARONI e PIERANGEL, 2006, p.77/78).

No Brasil, a infração penal é gênero que se divide em crime (ou delito) e contravenção penal.

Segundo o art. 1° da lei de introdução ao Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940), traz o conceito de crime:

> "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente."

A teoria do crime (ou do delito) nas palavras de Zaffaroni é:

> A parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter o delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consiste em tornar mais fácil a averiguação da presença ou ausência, do delito em cada caso concreto. [grifos do autor] (ZAFFARONI, 2006, p. 331)

Os crimes serão punidos com penas mais severas (reclusão ou detenção), enquanto as contravenções penais com penas menos severas. Quanto se trata de contravenções está especificamente no Decreto Lei 3.688 de 1941, compreende assim uma variação histórico social em que viveu o país.

Segundo Rogério Sanches Cunha: "Conceitua-se a culpabilidade como o **juízo de reprovação** que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à **necessidade** de aplicação da sanção penal."

São desenvolvidas basicamente duas teorias:

a) livre- arbítrio: que tem origem na escola clássica. Decorre da capacidade que o homem tem de fazer suas próprias escolhas e de escolher o melhor caminho baseado na decisão moral, devendo ser responsabilizado por isso;

b)Determinismo: tem origem na escola positiva. Sustenta que por vários motivos, não é possível o homem atuar soberano em suas escolhas, pois acabam sendo influenciados por fatores internos e externos a cometer determinado fato ilícito.

Entende-se que não há incompatibilidade nos conceitos, mais que se vigora o livre arbítrio para que se possa melhor avaliar a conduta e agir conforme o Direito. Não podendo excluir a influência de fatores externos que acabam incentivando a conduta.

No Brasil, trata-se de duas correntes sobre a culpabilidade. Para a corrente bipartide seriam requisitos do crime o fato típico e ilícito, já a culpabilidade não é considerada substrato do crime, aparecendo apenas na aplicação da pena.

Já na corrente tripartide, ensina que a culpabilidade deve ser tratada como um terceiro substrato do crime. A tipicidade, ilicitude e culpabilidade são pressupostos de aplicação da pena e elementos constitutivos do crime.

Assim, o direito penal tem o dever de esclarecer quais são as formas de identificar o crime, fazendo a verificação de cada caso concreto. Há três vertentes para poder caracterizar crime: conceito formal, conceito material e conceito analítico.

3.1-O conceito formal através da ação ou omissão: é o que a lei determina como crime:

> Capez (2015, p.130), considera: "[...], considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descreve como tal, pouco importando o seu conteúdo." Estamos diante do princípio da legalidade, demonstrado pelo art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, o qual tem a seguinte redação: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Crime é, portanto o fato proibido pela lei, onde se descumprido for, haverá uma pena por tal ato.

3.2- O conceito material: o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não;

3.3- O conceito analítico: o crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável, logo a ausência de um desses requisitos irá descaracterizar o crime.

Cleber Masson (2010, p.163) que apoia a teoria bipartida diz:

"Em primeiro lugar, no Título II da Parte Geral o Código Penal trata "Do Crime", enquanto logo em seguida, no Título III,

cuida "Da Imputabilidade Penal". Dessa forma, crime é o fato típico e ilícito, independentemente da culpabilidade, que tem a imputabilidade penal como um dos seus elementos. O crime existe sem a culpabilidade, bastando seja o fato típico e revestido de ilicitude. Em igual sentido, ao tratar das causas de exclusão da ilicitude, determina o Código Penal em seu art. 23 que "não há crime". Ao contrário, ao relacionar-se às causas de exclusão da culpabilidade (arts. 26, caput, e 28, § 1º, por exemplo), diz que o autor é "isento de pena". Assim sendo, é necessário que o fato típico seja ilícito para a existência do crime. Ausente a ilicitude, não há crime. Por outro lado, subsiste o crime com a ausência da culpabilidade. Sim, o fato é típico e ilícito, mas o agente é isento de pena. Em suma, há crime, sem a imposição de pena. O crime se refere ao fato (típico e ilícito), enquanto a culpabilidade guarda relação com o agente (merecedor ou não de pena)."

Francisco Assis de Toledo (1999, p. 80), adota a concepção tripartida, sendo a sua posição a seguinte:

> Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, perece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

José Frederico Marques (1997, p. 201) que também defende o conceito tripartido afirma:

> "Para que o fato típico constitua crime não basta que seja antijurídico. O agente que praticou o fato lesivo de um bem jurídico, só terá cometido um crime se procedeu culposamente. A culpabilidade é inquestionavelmente um dos elementos do

> crime, e precisamente aquele elemento como diz Bettiol, que exprime, mais que qualquer outro a base humana e moral em que o delito tem suas raízes".

Com toda a divergência doutrinária, é perceptível que essas diferenças são muito mais teóricas do que práticas, já que em ambas as correntes se não houver culpabilidade não será imposta uma pena.

4 A RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA

A responsabilidade do psicopata é uma questão de difícil definição para o direito penal, isto é, se são imputáveis, semi-imputáveis ou mesmo inimputáveis.

O fato é que a doutrina da psiquiatria forense entende que o psicopata tem um transtorno de personalidade, mas que é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, podemos concluir, portanto, que o psicopata é imputável.

Como esclarece Silva (2008) e Hare (2013):

> "Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de mentes adoecidas, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos. (…) os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. (grifo do autor) Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente. "

Daí surge à pergunta, se os psicopatas são plenamente capazes de responder penalmente ou não: E a resposta é que sim, pois cientificamente e psicologicamente tendem a ser plenamente capazes, pois mantém preservadas suas capacidades cognitiva e volitiva.

O psicopata sofre de transtorno de personalidade antissocial, e gera uma grande discursão na doutrina, que questiona basicamente a existência de três opções fundamentais: aplicação da pena pura e simples (imputável), aplicação de pena reduzida ou imposição de medidas de segurança como tratamento ambulatorial ou internação, caracterizando-se a semi-imputabilidade.

A imputabilidade condiz na capacidade psíquica abstrata de alguém ser responsabilizado por uma infração penal, nesse caso, o sujeito supostamente preencheu os requisitos analíticos do crime para que seja considerado imputável. Sendo a imputabilidade a regra e a inimputabilidade a exceção.

Para alguns doutrinadores, o psicopata se encaixa no parágrafo único do artigo 26 do código penal, sendo considerados semi-imputáveis, vale transcrever:

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
>
> **Redução de pena**
>
> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

Além do conceito dado pelo código penal, também há o oferecido pelo ilustre doutrinador Fernando Capez em sua obra:

> (...) é a capacidade de entender o caráter ilícito e de determina-se de acordo com este entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas e morais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só isso. Além dessa capacidade plena de entendimento, Deve ter totais condições de controle sob sua vontade. (CAPEZ, 2010, p. 331)

Portanto, quando se é mencionado o instituto da não imputabilidade, que é a falta de capacidade para ser culpável, está diante da inimputabilidade.

Segundo Julio Fabrini Mirabete, há vários sistemas em que é determinado quem está isento de pena pela falta de imputabilidade, e cita os sistemas biológicos e o método psicológico:

> O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). [grifos do autor] (MIRABETE, 2010, p. 474).

Levando-se em consideração também o sistema biopsicológico, que consiste na união dos dois sistemas citados acima, cujo só não será imputável, aquele agente que no momento do ato era incapaz, que possui retardo mental ou em virtude de enfermidade.

O tema ainda é muito controvertido, já que muitas das vezes o termo psicopata é usado indevidamente e é comparado ao *serial killer.* Nem todo psicopata é um criminoso em série, são necessários ainda maiores estudos e uma maior distinção entre esses termos. Na prática, é muito difícil o diagnóstico, e com os diversos posicionamentos tanto jurídicos, quanto psicológicos e psiquiátricos em razão das consequências jurídico-penais, ainda é difícil afirmar ao certo se o psicopata é de fato ou não inimputável.

Mirabete, por exemplo, afirma que:

> Os psicopatas, as personalidades psicopáticas, os portadores de neuroses profundas, etc. em geral têm capacidade de entendimento e determinação, embora não plena. Estão na mesma categoria legal os que possuem o desenvolvimento mental in-

> completo, mas que atingiram certo grau de capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação de acordo com as regras sociais [silvícolas em acultuação, surdos-mudos em processo de instrução] etc. Por fim, incluem-se os agentes com desenvolvimento mental retardado, que nas faixas mais elevadas têm alguma capacidade de entendimento e autodeterminação. Em todas as hipóteses, comprovadas por exame pericial, o agente será condenado, mas, tendo em vista a menor reprovabilidade de sua conduta, terá sua pena reduzida entre um e dois terços, conforme o art.26, parágrafo único [...]. [2]

A inimputabilidade seria a saída mais fácil para os psicopatas, mas seria impossível já que necessita da incompreensão da ilicitude da ação e a impossibilidade de agir conforme tal entendimento, o que não ocorre com o psicopata.

Não se pode comparar a psicopatia com outras doenças ou transtornos mentais, já que não é uma enfermidade mental e sim uma anomalia estrutural na personalidade segundo o Tribunal da Espanha quando se manifestou em 2001. A exceção seria quando ele estivesse sob uso de álcool e drogas.

Assim, adota também a imputabilidade do psicopata como regra, sendo a inimputabilidade a exceção os casos em que esse transtorno se mostrar severo ou grave.

Os psicopatas sabem o que é certo e errado, mas emocionalmente não sentem, ao contrário dos transtornos mentais como a esquizofrenia e a demência, que podem ter a sua capacidade de cognição prejudicada, já os psicopatas entendem as ações que são contra a lei.

O poder judiciário ainda não está preparado para tratar com os psicopatas, desde o início, seja com o atendimento prévio para o diagnóstico com os profissionais adequados, até o sistema carcerário para o cumprimento de pena, uma vez que, por serem manipuladores e por todas as outras características, o ideal seria que o psicopata não se misturasse com os presos comuns e sim fossem presos separadamente.

Com tudo que foi exposto, percebe-se que cada caso deve ser analisado de forma única e individual por uma equipe de profissionais para o caso em específico para a sua análise em concreto, bem como a gravi-

dade do psicopata, sendo na maioria das vezes inteiramente capazes de entender a conduta típica, antijurídica e culpável que estão cometendo, ou seja, se o psicopata tem noção do crime que está cometendo.

Pode-se aplicar ao psicopata a imputabilidade com a diminuição de pena prevista no artigo 26, paragrafo único, do código penal. Ademais, a pena deve ser analisada no caso em concreto, pela gravidade e pena prevista, com as causas de aumento e diminuição prevista na legislação para tal infração, não devendo o indivíduo ser penalizado ou sofrer majoração na pena pelo fato de ser um psicopata.

No que se refere ao cumprimento de pena do psicopata, fica claro que o mais adequado seria um local especial com uma equipe multidisciplinar para acompanhamento justamente pelas características de sua personalidade, não sendo o ideal que ficasse junto com os demais presos. No Brasil, ainda não existe uma prisão separada para os psicopatas.

5 CONCLUSÃO

Pode-se vislumbrar que o trabalho em análise discute acerca da responsabilidade do psicopata diante do Direito Penal brasileiro. É um tema de importância fundamental na sociedade, uma vez que prima pela segurança da sociedade no que se refere aos psicopatas que apresentam algum risco, e qual a melhor solução para o caso concreto, se seria a prisão ou internação.

Verificou-se que na prática é um assunto que depende de uma equipe multidisciplinar, que envolvem profissionais do Direito, psiquiatra e psicólogos forenses, a fim de entender cada caso em específico para que se possa dar o diagnóstico e chegar a gravidade da psicopatia.

No Brasil ainda existe lacunas referentes ao tema, já que não existe legislação específica, além de ser um assunto relativamente pouco tratado e que gera muitas discussões em todas as searas sobre onde melhor se encaixaria o psicopata. Mas no entender do trabalho, na regra geral o psicopata por sofrer de transtornos de personalidade seria imputável, ou seja, é plenamente consciente dos seus atos e, portanto, deve ser responsabilizado penalmente.

O que ocorre é que o poder judiciário e o sistema carcerário não se encontram aptos a recepcionar essas pessoas, pois com essas características que carregam consigo não devem se misturar com os outros presos, além do mais merecem um tratamento específico para o caso.

Por fim, necessário destacar que o psicopata deve ser considerado imputável, sendo responsabilizado penalmente por seus atos, sendo essa medida a mais adequada em razão da total ineficácia de qualquer tratamento psiquiátrico ou psicológico cujo objetivo seja a "cura" da psicopatia, tendo em vista que, infelizmente, tal perturbação da saúde mental é incurável, razão pela qual, dado o elevado risco de reincidência criminal, a posterior liberdade do psicopata pode colocar a sociedade em risco novamente.

BIBLIOGRAFIA

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 19. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. p. 17-130- 132133

COELHO, PEREIRA E MARQUES, Alexs Gonçalve, Thaís Andréia e Fabiano Gonçalves, **A responsabilidade penal do psicopata à luz do ordenamento jurídico penal brasileiro,** Acessado em <https://jus.com.br/artigos/59573/a-responsabilidade-penal-do-psicopata-a-luz-do-ordenamento-juridico-penal-brasileiro/4> Data: 09 de jun. de 2020.

DECRETO-LEI nº 2.848, de 7 de dezembro de1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Data de: 09 de jun. de 2020

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MASSON, Cleber. Direito penal – parte geral, v. 1. 3ª ed. São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2010. pp. 199-474

SCHMITT, Rafaela Thaís Bortolaci. A psicopatia e suas repercusões na (in) imputabilidade

TOLEDO,Francisco de Assis. Princípios Básicos do Direito Penal, São Paulo: Saraiva 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pp.77- 365.

ESTELIONATO CONTRATUAL: A INTERSEÇÃO DO ESTELIONATO E O MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E AS CARATERÍSTICAS ELEMENTARES PARA TIPIFICAÇÃO DA NORMA PENAL

João Victor Oliveira de Oliveira

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo trazer uma reflexão zetética[2] de como são tratados no âmbito do direito penal as relações contratuais concebidas mediante a obtenção de vantagem indevida, a partir da criação ou manutenção de engano, de um lado, e o rompimento da confiança, interesse e expectativa, de outro. No primeiro momento, destacaremos o surgimento das relações contratuais e a função social no âmbito civil e, por conseguinte, o liame do direito civil e a visão clássica do direito penal frente a crescente evolução e a complexidade do fenômeno social do delito em comento, tal como a exigência da defesa dos bens jurídicos macrossociais.

2 O conceito de zetética opõe-se ao de dogmática. Na acepção jurídica, esta situaria o direito enquanto sistema de respostas enquanto a zetética o enfocaria como sistema de perguntas formuladas através dessa abordagem multidisciplinar.

Ademais, é salutar apresentar como as partes configuram posições econômicas antagônicas na celebração contratual e a composição dos bens jurídicos sobre a égide social-econômica. Nesse passo, cumpre assinalar a inserção do estelionato premeditada para obtenção de vantagem ilícita em detrimento do prejuízo de outrem.

No segundo momento, abordaremos as principais nuances elementares para a tipificação da norma incriminadora do estelionato nas relações contratuais e suas caraterísticas, como também os sujeitos e a ciência da vítima como fator excludente ou não da consumação. Contudo, vale assinalar as formas de execução indispensáveis para a elaboração da denúncia, pois sem a devida classificação dos atos usados pelo o agente, ensejaria benefícios ou agravantes à sua pena.

No terceiro momento, mister se faz destacar a voluta necessidade de delimitar a presença do mero inadimplemento contratual, a qual se perfaz quando o agente, ao afirmar a avença, tanto na fase negocial quanto contratual, o tenha feito estritamente nos ditames da boa-fé e não tenha incorrido de forma dolosa em seu descumprimento. Frisam-se, os deveres anexos devera compor toda a fase negocial a fim de sustar qualquer macula ou animus de enganar, assim, ausente o elemento subjetivo do injusto, há de ter tão somente a impossibilidade de execução do acordado o que poderia resulta na resolução contratual com efeitos civis e não em modalidade criminosa.

Por fim, no quarto e último momento, imperioso se faz ressaltar a vulnerabilidade socioeconômica frente à complexidade inovadora que advém com a modernidade – surgimentos de novas facetas das relações humanas e a massificação dos contratos onerosos céleres e simplificados diante das ações fraudulentas.

2 O CONTRATO E A FUNÇÃO SOCIAL

A fase embrionária de uma relação contratual no campo do direito civil possui a autonomia privada como alicerce que regula a capacidade com que as partes negociantes se vinculam uns aos outros. Igualmente, a deliberalidade das partes estabelecem entre si o sinalagma, a bilateralidade contratual. "Na mecânica dos contratos bilaterais, a obrigação

de um dos contraentes é a razão de ser da obrigação do outro" (BITTAR FILHO, 2002, p. 08).

Nesse prisma, entende-se que no contrato as partes ocupam posições de mútuo comprometimento e no estrito cumprimento da probidade e boa-fé conforme alude o art. 422 do Código Civil[3]. E por assim pensar, a execução do contrato não é tão somente a prestação principal, mas está pautado na observância dos deveres anexos que norteiam todo e qualquer tipo de contrato. Nesse passo, é imperioso ressaltar o entendimento da Min. Nancy Andrighi[4] no que pese a fundamental observância aos deveres anexos às quais não se encontram expressamente previstos no instrumento contratual, mas igualmente detém o mesmo peso normativo e vinculam as partes ao seu mútuo comprometimento (ANDRIGHI, 2011, REsp 1073595).

De toda sorte, resta de sobejo que na relação contratual são imprescindíveis na sua elaboração à presença da cooperação mútua entre os contraentes, o que remete a função social do contrato a qual guarnece, e, assim, relações negociais necessitam do contrato como meio de estabelecer exigências superiores do nosso ordenamento jurídico, nomeadamente, a justiça, a segurança, o valor da livre iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 222).

Por intermédio disso, percebe-se que a relação negocial está atrelada a outras exigências maiores do que a obrigação principal avençada, nesse espeque, portanto, ganham maior importância no ordenamento jurídico. Outrora, uma vez violado tais deveres de conduta, torna-se mais sensível à luz do direito às efetivas proteções jurídicas a fim de coibir quaisquer transgressões dolosas e a interferência, no que couber, a aplicação de normas penais.

3 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé., Lei 10406/02

4 Voto proferido no REsp 1073595/MG, Segunda Seção, julgado em 23/03/2011, DJe 29/04/2011.

2.1 A INTERSEÇÃO DO CIVIL AO PENAL

2. 1. 1 BEM JURÍDICO

A princípio, é imperioso arrazoar acerca do que vem a ser um bem jurídico a fim, sobretudo, demonstrar o liame entre o civil e o penal na busca de proteção de interesses que compõem o corolário de valores sociais essências para a dignidade do homem em comunidade; ainda que estes ramos do direito interfiram entre si. Por oportuno, no que tange o conceito bem jurídico, tem-se a conclusão que é um ente (dado ou valor social) material ou imaterial reputado como fundamental para a convivência social e a evolução do homem (PRADO, 2005, p. 266-267).

Nesse esteio, classifica-se bem jurídico como circunstâncias que são úteis ao individuo e ao seu desenvolvimento no âmbito do sistema social (ROXIN, 1997, p. 15). Há de acrescentar que, na construção do bem jurídico é de vital necessidade em prol de delimitar o *ius puniendi*, pois, se conferido ao legislador ordinário poderes ilimitados na previsão de condutas as quais julgam reprováveis, a discricionariedade, arbitrariedade e o caprichoso estariam como parâmetro para aplicabilidade das normas (ARAUJO, 2019, p. 11).

2.2 INSERÇÕES DO ESTELIONATO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Em consonância o exposto ao norte, o bem jurídico, em epítome, revelam os interesses na proteção de um valor social, fato útil na construção da experiência cotidiana da sociedade; que constantemente fora sublinhado como algo que deve ser protegido a fim de estabelecer a ordem jurídica vigente.

Por conseguinte, remonta-se, na delimitação do tema proposto, a inserção do estelionato nas relações que se originam na esfera civil. Contudo, é cediço que a intervenção mínima do Direito Penal possui uma característica residual e minimalista, com visão liberal, que vai de encontro na criação de mais uma categoria delitiva que contribuiria na expansão do sistema punitivo brasileiro. Entretanto, o Direito Penal

não deve se escusar na argumentação na superinflação do sistema punitivo devido a sua notória deficiência processual, mas buscar solução na sua política criminal, pois essa temática, estelionato contratual, merece destaque na medida em que este tipo penal cresce diuturnamente sem uma visão mais rigorosa à norma incriminadora.

Ora, ontologicamente, a fraude não possui em si uma característica que a configure estritamente no direito penal ou no direito civil, portanto, merece destaque a semelhança com que ambos os ramos do direito se debruçam para entender o perfil do mau negociador ou ardiloso em sua empreitada criminosa. É o dolo, portanto, a intenção de obter vantagem ilícita em prejuízo econômico alheio, assim como é descrito no art. 171 do Código Penal, que a distingue, pois, utilizando-se do contrato, meio utilizado para afiançar a vítima em erro, há o locupletamento ilícito.

Por seu turno, deve se punir os elementos como a astúcia, o da esperteza, do engodo, somado ao desejo de ganância, ao qual buscam alvejar ao ofendido à degradação ao seu patrimônio, evitando o emprego da violência, contudo, conduz ilegalmente a vítima entregar a coisa espontaneamente de forma sutil e sempre segura (SANCHES, 2016, p. 341).

Verifica-se que a forma "segura", serve, neste caso, p. e. a celebração do contrato, pois este, conforme em alhures, representa avença de interesses pautado na boa-fé e seus deveres anexos; mútua cooperação, solidariedade e probidade, e, desse modo, enseja a segurança daquele que confia no fraudador.

3 ELEMENTARES DO ESTELIONATO: ESTRUTURA E SUJEITOS

O crime de estelionato existe quando a fraude é empregada para induzi à vítima em erro ou mantê-la neste estado, e o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, tem que esclarecer os fatos, mormente, na persecução dos atos. O ardiloso, quando emprega a fraude para induzir a vítima em erro, este cria a falsa percepção da realidade, ou também poderá empregar a fraude para manter a vítima em erro. Nota-se que neste último a vítima não foi enganada, porém,

espontaneamente se equivocou e o agente a mantém nesse estado de equívoco. Em suma, o estelionato possui na sua construção três elementos estruturais que merecem destaque, haja vista sua importância para a construção da tipicidade da conduta fraudulenta e sua devida qualificação na noticia crime.

Da mesma sorte, o perfil do estelionatário pode ser observador de diversas formas e pelos seus meios de execução, *modus operandi*, até a consumação do delito que se perfaz quando causa o prejuízo ao patrimônio da sua vítima ou a de outrem. De outro modo, é um tipo penal plurissubsistente, ou seja, consumam-se através de várias ações, conjuntas ou não, porém no mesmo cenário fatídico e, assim, plausível, portanto, a modalidade tentada desta norma incriminadora.

Diante de tais razões, destaca-se que com a interação social e o surgimento das relações humanas, o ser humano se vale da fraude para criar uma falsa realidade para obter êxito com suas intenções ocultas, mormente, vantagens economicamente indevidas para proveito próprio ou de outrem. Em que pese os sujeitos, é merecedor de destaque tal classificação, haja vista que sem uma mera distinção formal, há de facultar uma dubiedade quanto à identificação do estelionatário daquele que não possui o engodo de fraudar, assim, mero inadimplente contratual e seu mau negócio (GRECO, 2010, p. 228). Por assim dizer, o sujeito ativo traz para si nenhuma qualidade destoante ou condição especial, ou seja, trata-se de um ativo comum a qual obtém para si vantagem ilícita através do engano; podendo ser qualquer pessoa que tenha este animus.

Em contrapartida, o sujeito passivo será qualquer pessoa certa, determinada e capaz, haja vista que a fraude contra a vítima incapaz incide no art. 173 do Código Penal que trata de abuso de incapazes e não do estelionato, no mais, é aquele que sofre lesão ao patrimônio através da empreitada fraudulenta pelo sujeito passivo, inclusive, ente público e pessoa jurídica também poderá configurar neste polo (RT 839/495).

3.1 ESTELIONATOS COM A CIÊNCIA DA VÍTIMA

Um tópico que sempre requer atenção quando se trata do estelionato, especificamente no âmbito contratual, são as vantagens que am-

bos contraentes vislumbram com o acordo. Nesse sentido, o fraudador, com a indução ou mantendo a vítima em erro, visa à obtenção da vantagem manifestadamente ilícita e que, sem a relação contratual que é o meio propriamente dito para a consumação delitiva, não seria possível, haja vista que se explanassem todas as pretensões e as condições ocultas ao polo oposto não seria de comum agrado os termos deste acordo pelo desequilíbrio e, posteriormente, na inexecução.

Do mesmo modo, a fraude bilateral, ou, fraude com a ciência da vítima é quando o padecente também age com má fé, onde a ganância a esperteza é característica comum entre os celebrantes do contrato. No primeiro momento, o agente ativo possui o dolo de enganar e obter vantagem ilícita em detrimento da deterioração patrimônio daquele, pessoa certa, determinada e capaz, e este (ofendido) enxerga a possibilidade auferir vantagens ainda que não econômicas, mas resultantes do avençado, ainda que ciente do mau negócio.

Por muito tempo o entendimento era pacífico de que este tipo de relação, fraude bilateral, não configuraria como estelionato, tendo em vista que a vítima também agira de má-fé, pois nas palavras de Nelson Hungria: "o direito não pode tutelar a má-fé da vítima", haja vista que o patrimônio do individuo deverá atingir uma finalidade legítima para que possa ser guarnecida pelo ordenamento jurídico, finalidade esta que cumpra a função econômico-social. Outrora, aquele que destina seu patrimônio inicialmente para obtenção de um fim ilícito e imoral, desampara sua tutela, pois estaria faltando com o próprio dever ético necessário para proteção normativa (HUNGRIA, 1995, p. 192).

Destarte, a corrente majoritária entende que a conduta da vítima, agindo de má-fé ou não, não é de interesse à tutela do Direito Penal, pois o que basta é a conduta do fraudador de acordo com a interpretação literal do art. 171 do Diploma Penal, a exemplo, o bilhete premiado e golpe da carta de crédito contemplada. O caráter do ofendido foge das bases elementares e caracterizadores do estelionato, que são a fraude do agente, a vantagem ilícita e o prejuízo alheio. Ao cabo, se a vítima se deixou enganar pela fraude de outrem, ainda que movido por ganância, nem por isso apaga a conduta do estelionatário, ora, criminoso (SANCHES, 2016, p. 343).

Ao cabo, o crime exige a má fé do agente seguido de todas suas elementares para a consumação do estelionato, portanto, independe da imoralidade do ofendido à execução do crime, e, desse modo, partilhando do entendimento doutrinário majoritário o Supremo Tribunal Federal[5] afere que "*embora reprovável a conduta da vítima que participa da trama de outrem, visando vantagem ilícita, a sua boa-fé não é elemento do tipo previsto no art. 171 do CP. Sanciona-se a conduta de quem arquiteta a fraude, porque o Direito Penal tem em vista, primordialmente, a ofensa derivada do delito*.".

3.2 O ESTELIONATO COMO CRIME PLURINUCLEAR: ARTIFÍCIO, ARIDIL OU QUALQUER OUTRO MEIO CONDUTOR AO ERRO.

Como se nota, o sujeito ativo tem por objetivo obter vantagem para si, ou terceiros, em detrimento do prejuízo econômico do sujeito passivo através do engano, da alteração de consciência da vítima, sendo o contrato o meio de se lograr o êxito. Ainda sim, é imprescindível o estudo da figura típica a fim de perceber os meios, as modalidades, que o agente possui para provocar a modificação da realidade e, por fim, locupletar-se do ofendido, pois sem a devida observância a estas ações, o sistema punitivo estaria descalibrado.

Em alhures, a fraude pode ser praticada mediante artificio, ardil ou qualquer outro meio que induza ao erro. No primeiro, o artificio é o uso de objetos ou aparatos aptos a enganar, como disfarces, documentos falsos, objetos forjados entre outros. Observa-se que a temática desde trabalho é justamente a utilização do contrato como meio, e, conforme o exposto, o contrato pode ser considerado como o próprio artifício, pois neste debruça toda a construção da falsa percepção.

Em seguida, a segunda modalidade, o ardil, nada mais é que a habilidade persuasiva em ludibriar seu locutor, ora vítima, a fim de provocar ou manter este em engano. Obviamente, não há construção da falsa realidade mediante alegorias para viabilizar o golpe, mas, sim, a teatralidade na conversa enganosa. Nesse leque, o ardil abre uma possibilidade da consumação delitiva do estelionato sem necessariamente

5 RHC 65.186-1-SP, Rei. Min. Carlos Madeira, j. 19.06.1987

haver um contrato, pois a relação contratual pode ser pactuada ainda que de forma verbal. Por assim dizer, é perfeitamente plausível a configuração do estelionato contratual tão somente pela conversa ardilosa.

Cumpre destacar que no direito civil, na formação dos contratos, por uma questão de segurança jurídica, certos contratos exigem não apenas a concordância entre as partes, mas a solenidade para sua validade, ou seja, a lei determinará a forma especifica de sua celebração. Todavia, trata-se de uma excepcionalidade que a lei deverá exigir, sendo omissa, os demais poderão ser celebrados de qualquer forma que torne seu conteúdo socialmente reconhecido, como melhor aprouver aos contratantes.

Percebe, afinal, que uma relação contratual, precipuamente nas negociações preliminares, é plenamente possível o inserção do ardil, pois o contrato poderá ser celebrado de forma verbal desde que não haja necessidade de contrato solene, assim, – palavras e/ou informações inverídicas, na solicitação de um orçamento, ou na dúvida do preço de um serviço ou produto, poderá ser utilizada para consumação da cilada.

Adiante, a terceira modalidade é mais abrangente em relação aos demais, pois é o encerramento genérico diante da vasta possibilidade tendo em vista que o legislador não tem como prever todos os meios fraudulentos que podem ser empregados pelo estelionatário. Feitas tais considerações, o silêncio, a omissão propriamente dita, que também é uma ação negativa que enseja a tipificação desta última categoria, torna apta a formar meios hábeis para produção de engano.

4 LIMITES ENTRE O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E FRAUDE PENAL.

A partir do estudo e das breves considerações expostos, nota-se a tênue percepção do que vem a ser fraude ou um mau negócio através da inexecução do avençado, portanto, naquele aplica-se a norma incriminadora e neste sua resolução nos termos da seara civil.

A fraude nas concepções de Hungria há uma identidade perfeita, um equilíbrio entre modo e finalidade no que tange a estrutura da fraude quando esta integra a fraude e o dolo que vicia os contratos onerosos. Ambas estão amoldadas no mesmo contexto malicioso en-

gano em detrimento de uma locupletação injusta. (HUNGRIA. 1995, p. 167). Embora alguns doutrinadores tentasse destrinchar os ilícitos, civil e penal, é farto o posicionamento quanto à semântica da fraude e sua indivisibilidade segundo a 7ª câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[6] e na 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal[7].

Nessa toada, segundo a doutrina e jurisprudência, nesta que, particularmente, este trabalho ganha esteio, a diferenciação um da outra é a partir da inserção do animus, o dolo antecedente na fase pré ou durante na relação contratual. Por tais razões, nas palavras do ilustríssimo jurista Delmanto Jr (JUNIOR, 2011, p. 67), o crime de estelionato a fraude é basilar e traz consigo o engodo ou ardil praticado pelo agente anteriormente a locupletação indevida, induzindo em erro a vítima, entretanto, é, portanto, diametralmente oposto ao mero ilícito civil de um descumprimento contratual e, que neste contexto, não se percebe o dolo de fraudar.

Portanto, diante de breves considerações, a fraude penal configura desde um silencioso ardil, na ocultação e omissão no dever de informar, até através de artifícios a qual criam todo um cenário a fim de iludir a vítima em falsa percepção da realidade ou, quando espontaneamente se engana, a mantém neste estado. Quando pensamos uma fraude civil, não vislumbramos um desejo de enganar a fim de obter vantagem econômica em detrimento alheio, mas, nas tratativas do contrato, a inexecução culposa acabara por trazer consigo prejuízos patrimoniais severos, desse modo, respondendo apenas pelos atos ilícitos causados conforme preceitua o art. 927, caput e parágrafo do Código Civil[8],

6 Apelação Crime nº70013151618, Relator Sylvio Baptista Neto, julgado em 22/12/2005. 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

7 Apelação Criminal TJ-DF 20120110255258 DF 0007509-90.2012.9.07.001, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Data de Julgamento: 13/06/2019, 3º TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 19/06/2019. Pág.: 169/182

8 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

bem como a resolução por inexecução voluntária mediante a anulabilidade do contrato nos termos do art. 171[9] do mesmo Códex.

A fim de elucidar a explanação com exemplos, podemos citar os casos em que envolve uma relação contratual por adesão, onde o contraente assina o contrato e, diante da sua inobservância às cláusulas e excessiva burocracia que não se enquadra no seu perfil, acabara por realizar um mau negócio onde a pretensão na compra de uma casa ou automóvel é infrutífera. Veja-se, a responsabilidade pode recair no vendedor que celebrou o contrato por ter informado apenas as informações mais relevantes ou o próprio cliente não atentou se este contrato de adequa as suas ambições patrimoniais, ou, o consultor, por não ter informado, agiu em uma das modalidades culposas - negligência, imprudência e imperícia, contudo, dolo não se faz presente, portanto, ausente o elemento subjetivo do engano.

Ademais, findando este tópico e seguindo ao término deste trabalho, podemos citar a realização de um negócio onde há promessa de compra e venda de um veículo, porém, a intenção do vendedor nunca foi de entregar o bem, apenas, receber o dinheiro daquele, ora comprador de boa-fé. Deflui-se com perfeição a modalidade da fraude penal.

4. 1 IMPORTÂNCIA DO COMBATE A FRAUDE

O cenário atual de um mundo totalmente globalizado, onde as relações jurídico-econômicas são estabelecidas a qualquer tempo e lugar, simultaneamente, merecem destaque o surgimento de novas figuras do direito e seus institutos, bem como a proteção de bem jurídicos e efeitos deletérios que a relação contratual em massa traz consigo, neste caso, a crescente incidência do estelionato e adequação do engodo às novas modalidades de contrato.

É imperioso destacar as realidades que atualmente somos atualizados, sobretudo, a tecnologia que nos permite a comunicação de forma instantânea, de qualquer lugar. Nesta senda, os negócios jurídicos se

9 Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

amoldam a esta nova realizada, pois a contemporaneidade torna a celebração mais célere e simplificada, o que é um grande avanço e traz benefícios aos contraentes, haja vista que a disposição patrimonial é um meio de auferir renda, etc. Entretanto, a massificação das relações contratuais[10] que, segundo este conceito na ótica do ensinamento de Paulo Lobô, são os conjuntos humanos nos quais o homem se revela como um ser anônimo e despersonalizado quando se trata de uma sociedade contemporânea e suas relações jurídicas, pois o autor se refere à vulnerabilidade diante dos contraentes anônimos, ou seja, não se conhecem.

Destarte, o que pretende destacar é a possibilidade com que o agente pode atingir um alto número de pessoas, simultaneamente ou não, mas que traz um risco a segurança jurídica e liberdade de pactuar, maculando, assim, o bem jurídico patrimônio, a ordem econômica, ademais, a confiança nas relações humanas, pois este é sempre transgredido quando há uma fraude.

CONCLUSÃO

A vertente proteção às relações contratuais, sobretudo, os bens jurídicos atrelados direta e indiretamente, não é um tema recorrente, portanto, embora diuturnamente sejam atingidos por numerosas e crescentes transgressões pelo delito em comento, tanto no âmbito patrimonial, social e moral, sempre ocorre à fraude, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana é furtada e merece uma observância pormenorizada entre os operadores do direito à prática da justiça.

É nesta faceta que o presente estudo debruçou em abordar o inicio da relação negocial e a contratual, destacando os bens jurídicos e os deveres anexos inerentes às tratativas civis. Em termos, a boa fé e a função social do contrato é o grande marco nas relações humanas, pois estes

10 "O modelo contratual tradicional, de liberdade no que toca à auto composição de interesses e igualdade de condições, teve seu espaço reduzido substancialmente, representando, hodiernamente, apenas uma pequena parcela do mundo negocial. Fala-se em crise da autonomia privada contratual, o que decorreu do processo de massificação das relações contratuais." Leonardo Estevam de Assis Zanini, Contratação na Sociedade Massificada. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, vol. 14, p. 75-98, out./dez. 2017

servem como esteio ao magistrado criminal ponderar os danos causados ao ofendido tanto patrimonial quanto extrapatrimonial e, acima de tudo, entender que embora a política criminal do sistema processual penal tem por objetivo desafogar a engrenagem punitiva, é fundamental realizar a observância das ações e suas consequências na sociedade.

Sob o prisma prático, é de suma importância à distinção das fraudes, seus sujeitos e peculiaridades, haja vista que se refina a classificação jurídica ao agente em detrimento do delito consumado. Além do mais, na questão processual penal, vislumbra-se de extremo vultoso na capitulação legal pelo Ministério Público, desde o oferecimento da denúncia até o recebimento pelo magistrado, por exemplo, a classificação jurídica acertada, pois este reflete diretamente na possível fruição imediata de benefícios despenalizadores ou inviabilização deste.

Em derradeiro, a partir dos estudos elencadas ao longo do presente trabalho, em síntese, cumpre assinalar o paradigma instaurado em nossa esfera jurídico-criminal, o qual carece de mais posições hermenêuticas e interpretações jurisprudenciais do delito em comento quanto à diferenciação do mero inadimplemento contratual ou o ilícito penal diante dos pressupostos dogmáticos. Somado a isso, torna-se mais delicado e necessário o aprofundamento do estudo diante do atual cenário econômico e a evolução econômico-social a qual forma uma complexa rede de relações negociais as quais facilitam o alastramento do estelionato e seu impacto na ordem vigente.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal didático: parte geral**. 2ª ed. Salvador: JusPoddivm. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.** 5 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOSCH, Márcia Helena. **Crimes as relações de consumo: uma teoria a parti da jurisprudência**. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7092. Acesso em: dez/2019

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal parte especial (arts. 121 ao 361). 8 ed.** Salvador: JusPODIVM, 2016.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Estelionato e ilícito civil**. Revista Síntese, Porto Alegre, 2011.

FARIA, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 7ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm,. 2017.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. **A classificação dos contratos no Direito brasileiro vigente**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/767. Acesso em: fev.2020.

FILHO, Roberto Alves de Oliveira. **A MASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR**. Disponível em: https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/257. Acesso em: mai. 2020.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Deveres de consideração nas relações contratuais**. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3465. Acesso em: dez. 2020

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141076.pdf. Acesso em: mai. 2020

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal. Vol. XII**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: EDITORA ATLAS S.A, 2003.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**. 8ª ed. São Paulo. EDITORA ATLAS S.A, 2015.

LÔBO, Paulo. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Antônio Carlos Tovo. **Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro**. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-26082015-113642/pt-br.php Acesso em: dez/2019

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7ª. Ed. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rógerio. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 11 Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf> Acesso em: abri/2020

RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes. RODRIGUES, Alexandra Fonseca. **A efetividade da força normativa constitucional numa perspectiva comparada entre o direito civil e o direito penal**. Disponível em: http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/ Acesso em: jan/2020

ROXIN, Claus. Strafrecht. Algemeiner Teil. Band 1. Grundlagen – **Der Aufbau der Verbrechenslehre**. 3. Auflage. Munchen: C. H. Beck, 1997

O RACISMO E O ENCARCERAMENTO DOS NEGROS NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Mariana Gomes de Castro

Why are all the angels white? Why ain't there no black angels?

Muhammad Ali

INTRODUÇÃO

Os dados são indiscutíveis quando se estuda a cor dos encarcerados brasileiros que, em sua grande maioria são pretos.

O racismo no mundo é fato notório, no entanto, sua aplicação pelos julgadores traz à tona uma nova forma de escravidão – ao invés das senzalas, as penitenciárias. Temos exemplos diários de racismo: no futebol, na mídia, nas faculdades e até na família real britânica. Há quem negue que o racismo exista ou interfira no funcionamento da sociedade e na qualidade de vida da pessoa, mas os dados e os fatos apontam que sim, a cor da pele ainda é fator predominante para aceitação ou negação da existência fluída do homem na sociedade. Lembrando que a negação desse fato impede a correta justiça e igualdade entre os homens.

O negro desde o nascimento sofre com acesso à educação, a saúde, cultura e outros direitos fundamentais declarados a todos cidadãos. No

Brasil, os negros são os mais assassinados e que menos ocupam cargos de liderança ou de elevado grau de instrução.

Estudaremos nesse artigo, o racismo no Brasil e suas consequências quando o Poder Judiciário, representado por uma justiça que não faz distinção dos homens, adota o racismo em suas decisões.

Não podemos esquecer da grande responsabilidade que tem o Poder Legislativo em promover a igualdade dos cidadãos. O racismo além de um crime já positivado é um sentimento, um sentimento que mora em negros e brancos. Um pela perda de sua autoestima, outro pelo condicionamento que sofre da mídia e da realidade social que sempre representa o negro na pobreza e em cargos inferiores.

1. CONCEITO DE RAÇA

Em primeiro momento vamos analisar o termo raça/negro/preto.

Raça é um conceito que tem por finalidade classificar diferentes populações de uma mesma espécie biológica considerando características genéticas ou fenotípicas.

Na espécie Homo sapiens a variabilidade genética é mínima, o que caracteriza uma única espécie e ausência de raças. Somos todos homines sapiens.

Os antropólogos, no período de colonização, quando encontravam pessoas com fenótipos (aparência) diferentes (negros, índios) acreditavam que existiam raças humanas diferentes. No entanto, em 1990 iniciou-se o Projeto Genoma Humano, que, além de descobertas sobre doenças importantes, declarou que as diferenças genéticas entre as raças eram muito pequenas e que as diferenças genéticas entre uma pessoa negra e uma pessoa branca não existem. O conceito biológico de raças humanas se tornou condenado entre os biólogos e entre os antropólogos.

Ficou comprovado que as diferenças físicas encontradas entre os seres humanos, em relação à cor da pele e à cor dos olhos se dão em razão das adaptações as condições ambientais em que vivem, ou seja, é puramente um processo evolutivo.

O geneticista italiano Luigi Luca Cavalli Sforza, liderou o Projeto Diversidade do Genoma Humano e conseguiu demonstrar que os seres humanos são bastante homogêneos geneticamente:

> *Em suas pesquisas e em cerca de 300 artigos científicos, Cavalli Sforza chega a uma conclusão que o obcecava desde que precisou enfrentar o racismo que levou à expulsão do seu professor e que ele próprio sofreu como italiano no começo da sua carreira nos países anglo-saxões: as "raças" não existem, ou melhor, existem só na cabeça dos racistas. Nos anos em que estava sendo forjado nos EUA o Projeto Genoma Humano, ele lidera o Projeto Diversidade do Genoma Humano, que foi o que apresentou ao Senado daquele país em 1993: estudando genomas das populações mais remotas da Terra, conseguiu demonstrar que os seres humanos são bastante homogêneos geneticamente, que "os grupos que formam a população humana não são nitidamente separados; em vez disso, constituem um continuum. As diferenças nos genes dentro dos grupos que têm algumas características físicas visíveis comuns são virtualmente idênticas às diferenças entre vários grupos, e, além disso, as diferenças entre indivíduos são mais importantes que as observadas entre grupos raciais", como escreve em Quem Somos? História da Diversidade Humana (1995, lançado em 2002 no Brasil).* (BARONE, 2018).

A partir desse resultado o uso do termo raça é considerado antiquado e ultrapassado, persistindo o uso do termo apenas na política, quando se pede igualdade racial ou na legislação quando se fala em preconceito de raça, como a lei do Estatuto da Igualdade Racial e adoção de políticas afirmativas. Um conceito alternativo para o termo raça é etnia.

Como exemplo, podemos ver os americanos. O termo negro *"nigger"* é considerado preconceituoso e pejorativo. Os americanos preferem por adotar a palavra *black*.

Pode-se entender, então, que atualmente o termo raça é um conceito social e não científico/biológico.

No entanto, esse conceito de raça, que deve ser usado tão somente para medidas reparativas é um dos causadores do racismo. O sentimento de raça foi cravado durante séculos na história e no pensamento do

homem. É importante lembrarmos que há menos de 30 anos o negro ainda tinha seus direitos cerceados na África do Sul.

1.1 Escravidão na sociedade Brasileira

Aos 13 de maio de 1888, chegou ao fim o trabalho escravo no Brasil. Foram 388 anos de escravidão e tortura dos negros, apoiados pelo império. A liberdade aconteceu com a aprovação da Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel. O Brasil foi o último país das Américas a abolir a escravidão.

O trâmite para abolição foi tratado com urgência. Durou apenas cinco dias.

Segundo informações do site do Senado, o processo se deu da seguinte forma:

> *No dia 3 de maio de 1888, a princesa Isabel de Orleans e Bragança, exercendo a regência pela ausência de seu pai, o imperador dom Pedro II — que estava fora do Brasil —, abre o ano parlamentar com um discurso que pede o fim da escravatura. No dia 8 de maio o ministro da Agricultura, Rodrigo Augusto da Silva, envia o projeto de abolição da escravatura ao Parlamento. No dia 10 de maio, o texto é aprovado pela Câmara dos Deputados, e no dia 13 de maio, pelo Senado. No mesmo dia, a lei foi sancionada pela princesa. Tudo em regime de urgência e com forte oposição dos escravistas.* (BRESCIANINI*, 2019).*

Os números de negros trazidos para escravidão no Brasil são os maiores da América, quase 5 milhões de pessoas.

Em nenhum outro país, contudo, a escravidão teve a dimensão brasileira.

Enquanto 389 mil africanos desembarcaram nos Estados Unidos, no Brasil foram 4,9 milhões - 45% de toda a população que deixou a África como escrava. No caminho, cerca de 670 mil morreram. O gigantismo da escravidão no Brasil dificultou o seu fim - ela estava impregnada na vida nacional.

O grande escritor Machado de Assis participou das comemorações de 13 de maio e descreve sua emoção:

> *"Todos saímos à rua. Todos respiravam felicidade, tudo era delírio. Verdadeiramente, foi o único dia de delírio público que me lembra ter visto", recordou cinco anos depois o escritor Machado de Assis, que participou das comemorações do fim da escravidão, no Rio.* (ROSSI e GRAGNANI, 2018).

Importante destacar que os protagonistas da abolição, foram escravos, abolicionistas e escravos livres. Um importante nome, que deve ser lembrado é Luís Gama, um ex-escravo que se tornou advogado dos escravos, ajudando a libertar centenas de pessoas. Faleceu alguns meses antes de ver sua luta concluída.

Após a abolição não houve nenhum tipo de medida de inclusão dessas pessoas recém livres. Nenhuma indenização foi paga.

Na última década, estamos vivenciando um levante dos negros brasileiros. O empoderamento, a luta por legislações afirmativas e a busca incessante pela igualdade vem trazendo resultados.

Em 2012 foi aprovada a lei das cotas nas universidades. Sua legalidade foi aprovada unanimemente pelo STF.

O STF considerou as medidas necessárias graças a existência do chamado racismo estrutural ou institucional. Esse racismo não é como o racismo que aconteceu na 2ª Guerra Mundial. Ele não tem raízes de ódio racial ou de um preconceito consciente e ativo de brancos contra negros. O racismo estrutural nasce em um sistema institucionalizado que, não foi feito para efetivamente discriminar, mas afeta as condições de vida em vários setores, diminuindo as oportunidades do negro, sua percepção de mundo e a percepção dos negros ao longo de suas vidas.

De acordo com o sociólogo Ivair Augusto Alves dos Santos, "o racismo institucional é revelado através de mecanismos e estratégias presentes nas instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam a presença dos negros nesses espaços", de modo que "o acesso é dificultado, não por normas e regras escritas e visíveis, mas por obstáculos formais presentes nas relações sociais que se reproduzem nos espaços institucionais e públicos " (SANTOS, 2013, p. 27).

Ademais a luta dos negros na última para ocuparem seu devido lugar na sociedade é perceptível. É fato que a convivência entre brancos e negros ainda se dá em relações hierarquizadas, de subordinação. Não

obstante a existência do movimento de empoderamento, os negros são vistos como protagonistas apenas em alguns papéis como domésticas, porteiros, operários. Algumas raras ocasiões vemos negros ocupando cargos de destaque tanto nas Academias, nas mídias e no Governo.

1.2 Racismo no mundo

Nos Estados Unidos, a segregação racial ocorreu como uma divisão racial em serviços, instalações públicas e privadas. Os negros americanos durante a segregação tinham restrições ao voto, casamento inter-racial e eram obrigados a utilizar instalações separadas em comércios, escolas e transportes. A segregação foi apoiada pela chamada Leis Jim Crow que perderam a validade após a Lei de Direitos Civis de 1964.

É de se considerar que a Constituição americana garantisse direitos fundamentais a todos os cidadãos desde 1787, no entanto, os negros tinham seus direitos cerceados por legislações estaduais, fundamentado no princípio dos direitos dos estados.

Um dos grandes protagonistas dos Direitos Civis de 1964 é Marthin Luther King. King organizou e liderou marchas a fim de conquistar o direito ao voto, fim da segregação e direitos civis básicos negados nas maiorias dos Estados, principalmente no sul do país. A maior parte dessa luta é objeto da Lei de Direitos Civis e da Lei de Direitos Eleitorais. Em 1964, King se tornou a pessoa mais jovem a receber o Nobel da Paz, em reconhecimento à sua liderança na resistência não violenta e pelo fim do preconceito racial nos Estados Unidos.

Mesmo após a vigência da Lei dos Direitos Civis, a população negra americana ainda luta por igualdade. Na última década aconteceram grandes conflitos e protestos decorrentes de violência policial contra negros, como os protestos em Baltimore em 2015 no estado de Maryland, nos Estados Unidos, entre 18 de abril e 3 de maio de 2015. A causa dos protestos foi a morte de um negro chamado Freddie Gray, que foi detido pela polícia por portar uma navalha automática. Gray faleceu sob custódia da polícia.

Durante os protestos aproximadamente 500 pessoas foram detidas pela polícia. Além disso, lojas e casas foram danificadas. Ocorreram

incêndios contra veículos, imóveis e saques generalizados. Em abril de 2015, com o aumento da violência, o estado de Maryland decretou estado de emergência em Baltimore.

Na África do Sul ocorreu o Apartheid, um regime de segregação racial implementado em 1948 e adotado até 1994. O regime tinha por finalidade limitar o direito dos negros. O apartheid dividia os habitantes em grupos raciais (negros, brancos, de cor e indianos), segregando, inclusive, áreas residenciais (bairros de negros e brancos). Havia divisão na saúde, educação e outros serviços públicos, fornecendo aos negros serviços inferiores aos dos brancos.

Reformas no regime durante a década de 1980 não conseguiram conter a crescente oposição, e em 1990, o presidente Frederik Willem de Klerk iniciou negociações para acabar com o apartheid, o que culminou com a realização de eleições multirraciais e democráticas. Então, em 1994, Nelson Mandela foi eleito o primeiro governante negro da África do Sul.

2. ESTATÍSTICAS SOBRE O NEGRO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A cada 23 minutos um jovem negro é assassinado no Brasil. (CPI ASSASSINATO DE JOVENS, 2016).

Deve-se destacar que, além do alto índice de encarceramento e pobreza sofridos pelos negros, é evidente a violência policial perpetrada, em especial contra os jovens negros.

De acordo com o IPEA, nas favelas, 66,2% dos domicílios são chefiados por negros. (IPEA, 2011).

Em relação aos moradores de rua, os negros somam 67% dessa população. (IPEA, 2014).

No sistema carcerário, 61,67% dos presos são negros. O racismo institucional não está somente no encarceramento em massa, mas no uso excessivo da força pela polícia e no desrespeito de agentes do Estado em relação aos negros.

Segundo dados, em 2011, a participação de jovens pretos e pardos como vítimas no total de homicídios no país foi de 76,9%.

Os negros são os maiores protagonistas quando tratamos os casos de violência policial injustificada. A preferência dos policiais para abordagem policial é o jovem negro.

Entre os presos, 61,7% são pretos ou pardos. Vale lembrar que 53,63% da população brasileira têm essa característica. Os brancos, são 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 2014, 75% dos encarcerados têm até o ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda. (CALVI, 2018).

No Estados do Acre, Amapá e Bahia o percentual de negros encarcerados são 95%, 91% e 89% respectivamente. Desse total, 30% estão presos por tráfico. O total de presos no Brasil em junho de 2016 era de 726.712. (LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS, 2016).

Já, segundo o IBGE a taxa de analfabetismo de pretos é de 9,1% e brancos 3,9%. A taxa de homicídios por 100 mil habitantes jovens é de pretos e pardos em 98,5% e brancos 34%. No ensino superior entre os jovens de 18 a 24 anos, os brancos somam 78,8% e os pretos e pardos 55,6%. (DESIGUALDADES SOCIAIS POR COR OU RAÇA NO BRASIL, 2019).

2.1 Casos De Racismo

Alguns casos chocaram o país e claramente são frutos do racismo e do preconceito existente no Brasil. Na sequência seguem alguns casos.

Recentemente, houve divulgação de uma sentença da juíza Lissandra Reis Ceccon, da 5ª Vara Criminal de Campinas. No trecho de sua decisão, a magistrada declara que: "o réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido". (VASSALLO, 2019).

Rodrigo Alexandre da Silva Serrano, 26 anos, morador da favela Chapéu Mangueira, na zona sul desceu a ladeira para esperar a mulher e os filhos com um guarda-chuva preto, um celular, um "canguru". Foi baleado com 3 tiros. Policiais da UPP confundiram seu guarda-chuva com um fuzil e o canguru com um colete

à prova de balas. Não havia nenhuma operação ou troca de tiros. (MOURA, 2018).

Outro caso recente, foi de um menino de 8 anos expulso da calçada de uma loja de luxo, Animale, na Oscar Freire, por uma funcionária. O pai da criança, um americano, Jonathan Duran, por meio de relato no Facebook, fez um desabafo afirmando que "em certos lugares em São Paulo, a pele do seu filho não pode ter a cor errada". (VEIGA; ROMANI, 2015).

Um crime que chocou o Brasil, foi o assassinato do músico carioca Evaldo dos Santos Rosa, pelo exército brasileiro em abril de 2019. Evaldo ia com a família para um chá de bebê na Zona Norte do Rio. De repente, o carro foi cercado por militares. Eles dispararam 80 tiros. Cinco pessoas estavam no veículo. Evaldo morreu na hora, a esposa e o filho de 7 anos e uma amiga não se feriram. O sogro dele, Sérgio, foi baleado. Um pedestre que passava no local, Luciano Macedo, ficou ferido ao tentar ajudar e também veio a falecer. (CALVI, 2019).

Ainda em 2019, em fevereiro, o segurança Davi Amâncio, foi acusado de matar um jovem por sufocamento, no supermercado Extra da Barra da Tijuca, Rio de Janeiro. O jovem Pedro Henrique Gonzaga foi morto dentro do supermercado depois que Davi Amâncio o imobilizou com um mata-leão e ficou sobre a vítima durante algum tempo. (BRUZZI, 2019).

Um grave erro do Judiciário levou à prisão do vendedor Heverton Henrique Siqueira, 20 anos. O engano durou um dia, mas a Justiça manteve o jovem preso por 40 dias. O jovem negro foi detido pela Polícia Militar em 10 de outubro, pelo roubo de um carro em Sapopemba/São Paulo, baseado em um reconhecimento pela vítima do crime. A própria vítima, no dia seguinte percebeu que havia identificado a pessoa errada. Tentou mudar seu depoimento na delegacia, sem sucesso. A vítima, então, escreveu em uma carta reconhecendo a inocência de Heverton, que foi anexada ao processo e ignorada tanto pelo Ministério Público quanto pela Justiça. Três pedidos de soltura do Heverton foram negados. (BORTOLOTTO, 2019).

Após ficar uma semana preso, por crime que não cometeu, o DJ Leonardo Nascimento, acusado pela morte de Matheus Lessa, de 22 anos, numa tentativa de assalto a um mercadinho em Guaratiba, Zona

Oeste do Rio. Leonardo foi reconhecido como o autor do crime pela mãe de Matheus. Sua família buscou incessantemente provar sua inocência, o que fez por meio de imagens de câmeras de segurança. (SALVIANO, 2019).

Vinícius Romão de Souza, 27 anos, ex-ator da Globo, foi preso por engano, acusado de ter roubado a bolsa de uma mulher, no Rio de Janeiro. Inúmeros erros foram encontrados desde sua prisão em flagrante até sua soltura. (ENTENDA A SEQUÊNCIA DE FALHAS QUE LEVOU VINÍCIUS ROMÃO PARA A CADEIA, 2014).

3. RACISMO NO JUDICIÁRIO

Considerando a grande responsabilidade que tem o Poder Legislativo em promover a igualdade de seus cidadãos, fomentando políticas afirmativas e medidas efetivas para o fim do racismo institucional, não podemos deixar de ponderar a responsabilidade que tem o Poder Judiciário no encarceramento dos negros, em especial, jovens negros.

Conforme demonstrado nesse artigo, é fato que a população negra é a mais encarcerada, mais pobre e com menos nível de instrução. Situações essas que levam a violência. Então onde estaria a responsabilidade do Judiciário no aprisionamento do negro?

De acordo com o CNJ temos 84,2% de juízes brancos e apenas 15,6% de juízes negros. (OTONI, 2018).

Tendo em vista que a população negra é mais vulnerável a violência e claro, todos que cometem um crime estão sujeitos a penas de prisão, pode-se considerar que a responsabilidade do judiciário em exercer o racismo estrutural se encontra em leis que aumentam as penas, quer seja na elevação das penas em abstrato, nas formas de cumprimento ou nas hipóteses de prisões cautelares.

Temos como exemplo a lei de crimes hediondos, a lei de drogas e os crimes contra o patrimônio. Essa tríade é uma das grandes responsáveis pelos mais de 726 mil presos no Brasil.

Como principal exemplo, a Lei de Drogas deixa uma extensa margem de interpretação ante as condutas previstas. Cabe ao Judiciário interpretar o que é consumo e o que é tráfico. A diferenciação, prevista

no art. 28, § 2º, estabelece que, para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

As citadas legislações, ao basearem sua aplicação na interpretação do julgador, abrem margem para prática do racismo estrutural. É importante que se estabeleçam critérios fixos e pré-definidos, até porque o julgador é uma pessoa sujeita a erros e condicionada pela própria sociedade a cometer atos de racismo, ainda que inconscientemente.

Conclusão

Considerando que se leva 23 minutos para leitura desse artigo, devo lembrar que desde o início da leitura, até agora, 1 jovem negro perdeu sua vida.

Apenas na última década o empoderamento negro vem tomando força. Antes não existiam princesas, bonecas negras. Atores, atrizes negros. Todos os símbolos sexuais e de beleza exibidos pela mídia sempre foram brancos. Bem como citado no início desse artigo, a frase de Muhammad Ali: "alguma vez você viu um anjo negro? ".

Nos hospitais, faculdades e fóruns, o negro não se enxerga nos juízes, acadêmicos e cientistas. Onde o negro se vê e infelizmente se encontra na sociedade?

O que é necessário para a igualdade entre os homens é empatia, educação e conhecimento da história. Ao defendermos a Justiça, como operadores do direito, não podemos considerar justo que uma pessoa, apenas pela cor da sua pele, para alcançar um lugar de destaque na sociedade precise todos os dias ser duas vezes melhor. Não podemos considerar justo que o jovem negro tema andar com guarda-chuva ou seja orientado quando criança a não correr da polícia. Não é justo a grande maioria da população, estar representada apenas em funções subalternas.

O primeiro passo para o fim do racismo estrutural é seu reconhecimento. Todas as camadas da população, bem como o Legislativo o Executivo e o Judiciário devem reconhecer a existência dessa

divisão e adotarem medidas efetivas para desenvolver a igualdade entre os homens.

O Judiciário como guardião da Constituição Federal, não deve em nenhum momento promover e até mesmo aceitar que chaga do racismo se perpetue em nosso Estado de Direito.

Referências

BARONE, Luca Tancredi. **O geneticista italiano que desmontou o conceito de raça**. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/03/ciencia/1535974124_908508.html> Acesso em: 22 de dezembro de 2019 às 20h.

BORTOLOTTO, Bernardo. **Família tenta tirar jovem da Zona Leste de SP da cadeia após vítima dizer que o reconheceu por engano**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/11/08/familia-tenta-tirar-jovem-da-zona-leste-de-sp-da-cadeia-apos-vitima-dizer-que-o-reconheceu-por-engano.ghtml> Acesso em: 6 de janeiro de 2020 às 19h.

BRESCIANINI, Carlos Penna. **Há 131 anos, senadores aprovavam o fim da escravidão no Brasil.** Agência Senado. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/13/ha-131-anos-senadores-aprovavam-o-fim-da-escravidao-no-brasil> Acesso em: 20 de dezembro de 2019 às 20h.

BRUZZI, Marcelo. **Segurança que deu 'gravata' em jovem em supermercado do Rio e colega são denunciados por homicídio doloso**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/27/seguranca-que-estrangulou-jovem-em-supermercado-do-rio-e-colega-sao-denunciados-por-homicidio-doloso.ghtml> Acesso em: 6 de janeiro de 2020 às 19h.

CALVI, Pedro. **Os oitenta tiros do exército que mataram um pai de família negro; CDHM pede ao governo do Rio de Janeiro os fundamentos jurídicos da ação.** 2019. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/os-oitenta-tiros-do-exercito-que-mataram-um-pai-de-familia-negro-cdhm-pede-ao-governo-do-rio-de-janeiro-os-fundamentos-juridicos-da-acao> Acesso em: 12 de dezembro de 2019 às 11h.

CALVI, Pedro. **Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão**. 2018. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao> Acesso em: 10 de janeiro de 2020 às 8h.

CPI ASSASSINATO DE JOVENS. Agência Senado. 2016. Disponível em: <www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens> Acesso em: 15 de janeiro de 2020 às 7h.

DESIGUALDADES SOCIAIS POR COR OU RAÇA NO BRASIL. Brasília. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf> Acesso em: 10 de janeiro de 2020 às 10h.

ENTENDA A SEQUÊNCIA DE FALHAS QUE LEVOU VINÍCIUS ROMÃO PARA A CADEIA. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/03/entenda-sequencia-de-falhas-que-levou-vinicius-romao-para-cadeia.html> Acesso em: 6 de janeiro de 2020 às 19h.

IPEA. **Políticas sociais: acompanhamento e análise.** Brasília. 2014.

IPEA. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. Brasília. 4ª ed., 2011.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Brasília. 2016. Disponível em: www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 10 de janeiro de 2020 às 8h.

MOURA, Carolina. **PM confunde guarda-chuva com fuzil e mata garçom no Rio, afirmam testemunhas**. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/19/politica/1537367458_048104.html> Acesso em 20 de dezembro de 2019 às 22h.

OTONI, Luciana**. Pesquisa Do CNJ: Quantos Juízes Negros? Quantas Mulheres?** Agência CNJ de Notícias. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres/>Acesso em 17 de janeiro de 2020 às 21h.

ROSSI, Amanda; GRAGNANI, Juliana. 2018. **A luta esquecida dos negros pelo fim da escravidão no Brasil.** 2018. <Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/resources/idt-sh/lutapelaabolicao> Acesso em: 20 de dezembro de 2019 às 20h30.

SALVIANO, Murilo. **DJ preso injustamente por morte no Rio consola mãe da vítima, que o apontou como autor do crime.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/01/28/dj-preso-injustamente-por-morte-no-rio-consola-mae-da-vitima-que-o-apontou-como-autor-do-crime.ghtml: Acesso em: 6 de janeiro de 2020 às 19h.

SANTOS, Ivair Augusto Alves. **Direitos humanos e as práticas de racismo**. Brasília. Biblioteca Digital. Câmara dos Deputados. 2013.

VASSALO, Luiz. **O réu não possui o estereótipo padrão de bandido, diz juíza.** 2019. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-reu-nao-possui-o-estereotipo-padrao-de-bandido-possui-pele-olhos-e-cabelos-claros-diz-juiza/ Acesso em 20 de dezembro de 2019 às 21h.

VEIGA, Edison; ROMANI, Giovana. **Loja da Animale na Oscar Freire, em SP, é acusada de racismo.** 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/loja-da-animale-na-oscar-freire-em-sp-e-acusada-de-racismo/> Acesso em: 21 de dezembro de 2019 às 9h.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL E HUMANÍSTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP DO PACOTE ANTICRIME (ART. 28-A DO CPP, INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.964/2019)

Marli Aparecida da Silva Siqueira
Danielle Karolinne Weiler de Siqueira
Eduarda Paola Weiler de Siqueira

1. FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Instrumentos de solução consensual de conflitos vem sendo utilizados em diversas áreas como meio de diminuir a quantidade de lides em trâmite do judiciário brasileiro, e visando a aplicação do princípio constitucional da efetividade do serviço público.

Há um grande incentivo legal e jurisprudencial relativo à aplicação de formas alternativas de solução de conflitos, em vários ramos do direito, entre eles no âmbito penal, tal como o Acordo de Não Persecução Penal previsto agora no Código de Processo Penal. Torna-se assim necessário a análise deste instituto.

A Constituição Federal estabelece linhas gerais a respeito da composição civil. Verifica-se o objetivo constitucional em proteger a liberdade de locomoção, sem contudo deixar o caráter socioeducativo e ressocializador necessário.

Com o advento da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados especiais cíveis e criminais, há a previsão da composição civil, transação penal e da suspensão condicional do processo. Com esta previsão legal, houve uma nova política criminal para evitar todo o trâmite do processo penal comum, com uma justiça criminal consensual pela utilização de institutos negociais.

A Lei nº 9807/99 instituiu a proteção aos réus colaboradores, podendo o juiz conceder o perdão judicial e extinção da punibilidade ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal (PLANALTO - LEI Nº 9.807/99, 2020):

> DA PROTEÇÃO AOS RÉUS COLABORADORES
>
> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
>
> I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
>
> II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
>
> III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.
>
> Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.
>
> Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.
>
> Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua

> integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.
>
> § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.
>
> § 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.
>
> § 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

A lei nº 12.850/13 previu para o enfrentamento de organizações criminosas e crimes transnacionais o procedimento consensual, sendo que em 2019, com a Lei 13.964 (pacote anticrime), houveram mudanças na previsão do acordo de colaboração premiada, fortalecendo este como um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova.

Temos a previsão também na Lei nº 12.846/13, lei anticorrupção empresarial, a respeito da possibilidade de se formalizar acordos de leniência relacionados à anticorrupção (PLANALTO – LEI Nº 12846/13, 2020):

> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
>
> I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
>
> II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A seguir advieram outras legislações, entre estas a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual buscava inserir a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal, diminuindo consequentemente a quantidade de processos criminais em trâmite no Poder Judiciário.

Com o Acordo de Não Persecução Penal previsto na Resolução nº 181/2017 do CNMP, e depois com as alterações provenientes da Resolução nº 183/2018, o Ministério Público passou a poder propor medidas alternativas no caso dos crimes de menor gravidade, possibilitando dar maior atenção aos crimes de maior gravidade delitiva.

Assim, antes da previsão legal advinda com o Pacote Anticrime, os fundamentos legais de aplicação do acordo de não persecução penal eram os seguintes: art. 129, I CF, art. 3º CPP e art. 28 CPP.

Com a Lei nº 13.964/19, conhecido como Pacote Anticrime, restou previsto legalmente o Acordo de Não Persecução Penal, por meio do art. 28-A do CPP (PLANALTO – CPP, 2020):

> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:
>
> I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
>
> II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
>
> III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

2. ANPP COMO UMA GARANTIA ADVINDA DOS DIREITOS HUMANOS

Como uma forma de recuperação social do delituoso sem um encarceramento ou segregação social, o ANPP torna-se um importante modo de diminuição da quantidade de pessoas submetidas à pena privativa de liberdade e da superlotação de penitenciárias.

O infrator possui o direito à reinserção social (HERKENHOFF, 1997, p. 163):

> Os autores de crimes, se condenados pela Justiça, têm direito à plena reinserção social, não importando o crime que tenham praticado (...)
>
> Há fundados estudos que provam a inviabilidade da recuperação através do encarceramento, da segregação e do tratamento do criminoso como se o criminoso fosse uma fera. Neste campo há pesquisas empíricas e estudos teóricos relevantíssimos, como os de Arruda Campos (A Justiça a Serviço do Crime), Michel Foucauld (Vigiar e Punir), E. Goffman (Manicômios, prisões e conventos), Teresa Miralles & outras (O sistema penal na cidade do Rio de Janeiro), Giles Playfair & Derrick Sington (Prisão não cura, corrompe), Orlando Soares (Extinção das prisões e dos hospitais psiquiátricos), Thomas S. Szasz (A fabricação da loucura) e Augusto Thompson (A questão penitenciária).

Ademais existem várias previsões legais quanto aos direitos humanos garantidos às pessoas submetidas a detenção e a prisão ou mesmo aquelas que são submetidas à uma investigação criminal (HERKENHOFF, 1997):

> Em matéria de direitos das pessoas submetidas a detenção ou prisão, vários documentos internacionais foram aprovados. As "Regras mínimas para o tratamento dos reclusos" foram adotadas pelo "Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente" (Genebra,

1955). As "Regras mínimas" foram aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU, em resoluções tomadas em 31 de julho de 1957 e 13 de maio de 1977.

As "Regras mínimas para o tratamento dos reclusos" estabelecem princípios fundamentais de proteção à pessoa presa (...).

Por mais graves que sejam as discriminações contra as diversas minorias, têm elas um vínculo que as une à sociedade envolvente. Ainda que sofram restrições, a marca originária de humanidade e dignidade lhes é reconhecida.(...)

Os presos são um outro grupo excluído e oprimido. Em alguns países, seus direitos não são definidos. (...) As condições carcerárias, na maioria dos países, são absolutamente anti-humanas.

As "Regras mínimas para o tratamento dos reclusos" estabelecem os seguintes princípios fundamentais:

a) A aplicação geral das "Regras", sem qualquer discriminação de presos ou grupos de presos;

b) A proibição de que alguém seja preso sem uma ordem válida de detenção;

c) A exigência de registros pessoais a respeito do preso e do motivo da prisão;

d) Separação dos presos, considerando sexo, idade, antecedentes, motivos da detenção, tratamento aplicável, circunstância de estar preso preventivamente ou ter sido condenado, bem como de ser a prisão civil ou criminal;

e) Condições mínimas dos locais destinados aos reclusos, de modo a que se salvaguarde a higiene e respeito à dignidade humana;

f) Condições mínimas relacionadas com higiene pessoal, alimentação, exercícios físicos, serviços médicos;

g) Regras de disciplina e sanções submetidas à exigência de que não imponham senão as restrições necessárias à segurança e à boa organização com o mundo exterior;

> h) Reconhecimento do direito de queixa, em favor do recluso, bem como de contato com o mundo exterior;
>
> i) Direito à prática religiosa, com respeito à crença do preso;
>
> j) Especial cuidado com a escolha e formação do pessoal penitenciário;
>
> k) Direito e dever de trabalhar;
>
> l) Ajuda para a volta à vida normal, após o cumprimento da pena.

Assim o ANPP prevê através de um acordo a não continuidade da persecução penal, diminuindo a quantidade de processos criminais em trâmite e possibilitando ao investigado a confissão e extinção de punibilidade por meio do cumprimento de condições estabelecidas em comum acordo.

Esta confissão no entanto deverá também ser feita circunstancialmente, atendando-se para a ausência de coação, conforme previsão do art. 8º, 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

3. ANPP INCLUÍDO NO CPP POR MEIO DO PACOTE ANTICRIME

Conforme Cabral (CABRAL, 2020, p.15):

> A inclusão do art. 28-A, que criou o acordo de não persecução penal, vai exigir daqueles que atuam no Sistema de Justiça Criminal uma fortíssima mudança cultural e isso somente poderá ocorrer se tomarmos consciência de todo o pano de fundo argumentativo que subjaz à possibilidade ampla de celebração de acordos de natureza penal.

Assim, há o confronto entre os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade do processo penal, velando pela adequação do procedimento penal à realidade brasileira, visando controlar o estado sobrecarregado em que se encontra o sistema penitenciário nacional.

Segundo Nucci (NUCCI, 2020, p. 60), a medida despenalizadora advinda do acordo de não persecução penal "atenua, ainda mais, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada".

Estamos diante de uma crise no sistema carcerário nacional, onde existem muitos presos e pouca efetividade em seu objetivo, qual seja a ressocialização.

O art. 28-A do CPP, trouxe a previsão legal do Acordo de Não Persecução Penal, o tal trata-se de uma medida despenalizadora, que permite afastar a incidência da sanção penal, mediante um acordo de cumprimento de determinadas medidas.

Trata-se de mais uma evidência da expansão da justiça consensual no Brasil, a relativização da obrigatoriedade da ação penal e aplicação da intervenção mínima do sistema penal.

Os requisitos previstos para a realização do acordo são os seguintes: não ser caso de arquivamento, ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos, tendo considerado as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

A diferença entre o acordo e a suspensão condicional do processo, reside no fato desta última ser aplicada aos crimes em que a pena mínima seja igual ou inferior a um ano. E entre a transação penal e o acordo, pela previsão de pena máxima de dois anos para a transação e o pressuposto de confissão do acusado para o acordo.

A previsão legal é de ocorrer o acordo com o Ministério Público antes da acusação formal a respeito da prática do crime.

Podendo ser ajustadas as seguintes condições de forma cumulativa e alternativa: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, renunciar voluntariamente a bens e direitos (instrumentos, produto ou proveito do crime), prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas, pagar prestação pecuniária; cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo MP.

Não se aplica se cabível transação penal, investigado for reincidente, beneficiado nos 5 anos anteriores em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, crime relacionado a violência doméstica ou familiar.

Conforme o art. 28-A, §3º CPP, "O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor". Será realizada audiência para homologação do acordo, o magistrado verificará a voluntariedade por meio da oitiva do investigado e a legalidade (art. 28-A, §4º CPP).

A execução do acordo de não persecução penal tramitará perante o juízo de execução penal (art. 28-A, §6º do CPP). Sendo que a vítima será intimada da homologação do acordo e no caso de descumprimento (art. 28-A, §9º do CPP).

Caso seja recusada a homologação, os autos serão devolvidos ao MP para análise das investigações ou oferecimento da denúncia (art. 28-A, §8º do CPP).

Com o cumprimento integral do acordo de não persecução penal, o juízo decretará a extinção de punibilidade (art. 28-A, §13, CPP).

Caso o Ministério Público se recuse em propor o acordo de não persecução penal, o investigado pode requerer a remessa dos autos ao órgão superior (art. 28-A, §14, CPP).

Através da ADI 6298 MC/DF a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público questionou a constitucionalidade do Artigo 28-A, inciso III e IV, e §§§ 5°, 7°, 8º do Código de Processo Penal. Eis um trecho da alegação da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (STF - ADI 6298 MC/DF, 2020):

> Ocorre que, também nesta proposta, o legislador se equivocou em alguns pontos que merecem ser corrigidos por esta Suprema Corte, em razão das suas flagrantes inconstitucionalidades.
>
> A primeira delas diz respeito aos incisos III e IV do art. 28-A, que, ao prever que o local para prestação de serviço e a entidade pública ou de interesse social para o pagamento de prestação pecuniária sejam escolhidos pelo juiz de execução penal, desafia a prerrogativa constitucional do Ministério Público, que decorre da sua titularidade exclusiva da ação penal pública, além da própria concepção do sistema acusatório e da imparcialidade objetiva do juiz.

> Como se percebe do texto, o acordo de não persecução penal é proposta que cabe ao Ministério Público, tendo o magistrado o papel de seu homologador.
>
> Assim, justamente por não se tratar de pena, tanto as condições quanto os detalhamentos do acordo devem ser confiados ao Ministério Público, o que inclui a definição dos locais de prestação de serviço e das entidades públicas e de interesse social para efetuação de pagamento de prestação pecuniária. Não possui, portanto, harmonia com a Constituição a escolha feita pelo legislador de confiar estas funções ao magistrado, especialmente ao juiz de execução penal, pois (a) não se trata de pena e (b) se revela uma atribuição confiada pelo texto constitucional ao Ministério Público.
>
> (...)
>
> Por isto mesmo, a escolha do legislador de conferir ao magistrado esse papel de controlador do acordo de não persecução penal, da forma como foi posta, é medida flagrantemente inconstitucional, por violar o sistema acusatório, a autonomia do membro do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado.

4. CONSTITUCIONALIDADE DO ANPP

Segundo o STF, em uma análise liminar, não há incompatibilidade com os dispositivos e princípios constitucionais, como a autonomia do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado, pois prestigia uma espécie de freios e contrapesos no processo penal (STF – ADI 6298 MC/DF, 2020):

> A possibilidade de o juiz controlar a legalidade do acordo de não persecução penal prestigia o sistema de "freios e contrapesos" no processo penal e não interfere na autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência); (d2) O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas. Ao revés, o juiz poderá (a) não homologar o acordo

> ou (b) devolver os autos para que o parquet – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, se for o caso.

A autonomia do membro do Ministério Público permanece plena, pois ao magistrado cabe, no máximo, não homologar o acordo. Assim, o juiz poderá somente não homologar ou devolver os autos para o MP apresente nova proposta ou analise a necessidade de completar as investigações ou oferecer nova denúncia.

Segundo Lopes Jr., a possível inconstitucionalidade passada do acordo de não persecução penal, que antes era previsto em resolução, foi suprimida, ante ao fato de atualmente estar regulamentado por legislação pátria (LOPES JUNIOR, 2020, p. 314):

> Outrora inconstitucional a nosso juízo – pois previsto em uma resolução do CNMP (!) – o acordo de não persecução penal agora ingressa de forma regular no sistema processual penal, pela via legislativa adequada. Trata-se de mais um instrumento de ampliação do espaço negocial, pela via do acordo entre MP e defesa, que pressupõe a confissão do acusado pela prática de crime sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos (limite adequado à possibilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade), que será reduzida de 1/3 a 2/3 em negociação direta entre acusador e defesa.

Muito embora a previsão legal seja da possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal antes do oferecimento da denúncia, a doutrina traz à baila a possibilidade do acordo ser realizado durante o trâmite processual.

Aplicação do art. 5º, XL da CF "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", assim seria possível a incidência aos processos penais em curso, que foram abarcados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Assim, estão abrindo ao réu a oportunidade da extinção da punibilidade mediante proposta de acordo MP e cumprimento das condições.

Não há vedação legal, existindo prática sedimentada em jurisprudência no caso de institutos similares. Como norma processual com efeitos materiais, seria retroativa enquanto benéfica ao acusado, podendo alcançar processos já em andamento, desde que ainda não possuam sentença transitada em julgado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a previsão legal do Acordo de Não Persecução Penal advindo do Pacote Anticrime Lei nº 13.964/2019 trata-se de uma garantia de aplicação dos direitos humanos ao investigado/preso, obedece os princípios constitucionais, tais como a autonomia do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado, pois prestigia uma espécie de freios e contrapesos no processo penal.

Aplicação do art. 5º, XL da CF "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", possibilita a incidência do acordo de não persecução penal aos processos penais em curso, que foram abarcados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Trata-se de mais uma evidência da expansão da justiça consensual no Brasil, a relativização da obrigatoriedade da ação penal e aplicação da intervenção mínima do sistema penal.

Assim, há o confronto entre os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade do processo penal, velando pela adequação do procedimento penal à realidade brasileira, visando controlar de forma constitucional o estado sobrecarregado em que se encontra o sistema penitenciário nacional.

Em suma, ainda precisarão ser resolvidas várias questões e o acordo de não persecução é uma realidade que já vem sendo aplicada em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL, República Federativa do. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 18 de abril de 2020.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 de abril de 2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei 13.964/19.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 18 de abril de 2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 12.846/13**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 18 de abril de 2020.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 9807/99**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm>. Acesso em 18 de abril de 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal, à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos A Construção Universal de uma Utopia**. Aparecida, SP: Editora Santuário, 1997.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAIS, Hermes Duarte. **Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da Justiça penal consensual?**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>. Acesso em 20 de abril de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei n. 13.964/2019**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6298 MC/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2020.

TIPIFICAÇÃO DA LGBTFOBIA ENQUANTO CRIME DE RACISMO: ANÁLISE SOBRE AS VANTAGENS E OBSTÁCULOS DESTE NOVO TIPO PENAL

Gabriel Morais de Souza Santos
Larissa Lauane Rodrigues Vieira

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A LGBTfobia se caracteriza como uma forma de discriminação relacionada à sexualidade e identidade de gênero, sendo necessário um espaço de discussão no tocante à proteção dessa minoria, e, também, sendo de vital importância que o Estado atue no combate desse tipo de violência. Logo, o presente trabalho possui como cerne a análise sobre a tipificação da homofobia e transfobia (englobados pelo conceito de LGBTfobia), assim como se propõe a contrapor argumentos quanto a essa tipificação e expor dados a respeito da violência contra esse grupo. Isto posto, de uma forma mais específica, o trabalho busca contribuir para com o estudo relacionado à temática já apresentada, seja por meio de aspectos fáticos envolvendo a violência contra a minoria, seja se utilizando dos argumentos que fundamentaram a decisão proferida pelo STF referente à tipificação da homofobia como crime de racismo.

O objetivo principal da presente pesquisa é promover um debate acerca da tipificação da homofobia como crime de racismo, seus desdobramentos, argumentos e tratar sobre a violência contra a comu-

nidade LGBTQIA+. Para tanto, o estudo baseia-se nas perspectivas social, histórica e científica com o intento de ampliar o conhecimento e divulgação da temática.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, conforme a classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo e a técnica escolhida foi a pesquisa teórica. Quanto ao tipo de raciocínio, utilizou-se preponderantemente o dialético. Em frente a amplitude e complexidade do tema, o trabalho se propõe a refletir sobre a tipificação da homofobia como crime e sobre os elevados índices de agressividade associados à prática dele.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DOS PRECONCEITOS RELACIONADOS À RAÇA E QUESTÕES DE SEXUALIDADE E GÊNERO

Hodiernamente, movimentos sociais com vertentes focadas em lutas de minorias políticas historicamente oprimidas vêm ganhando certa notoriedade e força. Dentre eles o movimento negro e a comunidade LGBTQIA+. Contudo, não há de se falar que são lutas iguais, ainda que possuam semelhanças. Ambos os movimentos são vítimas de preconceitos relacionados à características inerentes ao sujeito alvo de ofensas. Enquanto um decorre de questões raciais ou de origem do sujeito, o outro é resultado da manifestação pública de sua sexualidade ou identidade de gênero.

Mesmo depois do rompimento escravocrata tardio, o preconceito racial perdura até os dias atuais, muitas vezes ocorrendo de maneira velada. A mera motivação para recusar algum indivíduo de realizar algum ato civil ou político constitui por si só racismo. Como bem conceitua e ilustra Lia Vainer Schumann em seu texto.

> Estudos nacionais e internacionais recentes apontam o racismo e a discriminação racial como a explicação mais sólida para as desigualdades raciais no Brasil. O contexto multirracial brasileiro propicia, portanto, mediações bastante diferenciadas para a constituição de sujeitos, no que diz respeito a aspectos subje-

> tivos e objetivos entre brancos e negros. A marca dessa diferença e desigualdade perpassa toda a socialização desses indivíduos: a casa, a escola, a rua e todos os espaços públicos são marcados pela preterição do branco em relação ao negro (SCHUCMAN, 2010, p.41-55).

Evidencia-se, portanto, que a prática racista existe de modo estrutural. A subjugação de um indivíduo se evidencia quando estigmatiza aquele sujeito devido determinadas características. Dentro do mercado de trabalho transparece ao selecionar alguém em detrimento de terceiro por acreditar que a sua raça/procedência nacional/origem/religião possa ser objeto que obsta sua capacidade e qualidade enquanto profissional. Não obstante, o colunista do portal "Mundo Negro", Levi Kaique Ferreira conceituou em sua rede social: "[..] racismo não é apenas a atitude hostil direcionada ao indivíduo de outra raça, mas sim um conjunto de doutrinas e pensamentos que estabelecem a superioridade social de uma raça em relação a outra" (FERREIRA, 2020).

Ainda que seja possível observar aproximações entre tais preconceitos, no que tange à subjugação de um grupo de pessoas por características próprias, a LGBTfobia, termo mais abrangente dos preconceitos que envolvem a comunidade LGBTQIA+, advém da manifestação negativa expressa sobre a sexualidade do indivíduo ou do modo como ele se identifica enquanto gênero. Para além dos debates acerca de gênero, observa-se que a LGBTfobia decorre de uma imposição social do papel de homem e de mulher sendo sujeitos da realidade a qual se encontram. Como muito bem destacou Moreira Filho, em seu estudo sobre as origens da homofobia, notou-se algo de suma importância.

> Em um estudo detalhado de antropólogos a cerca da homossexualidade, revelou a prática de rituais homossexuais a mais ou menos 10.000 atrás. Segundo estes estudos relatados na obra de Spencer (1999), que o homossexualismo ritual era exercitado com fim de iniciação, ou seja, os jovens destas tribos, com idade de 12 e 13 anos, eram penetrados por seus tios maternos, sendo que o esperma de seu tio seria essencial para se tornarem

> fortes, e assim passar da infância para a fase adulta [*sic*] (MOREIRA FILHO apud SPENCER, 2008).

Observa-se, portanto, que atos homoafetivos eram comuns há muito tempo, até mesmo ritualísticos. Todavia, com o advento do cristianismo, foi-se imposto que homens e mulheres que se relacionam com indivíduos do mesmo gênero estariam cometendo o que seria chamado de pecado. A demonização de tais condutas externalizou preconceitos quanto aqueles que não se relacionam com sujeitos da forma que seria esperada, configurando a homofobia.

Uma das passagens bíblicas mais conhecidas como negação da homossexualidade e não reconhecimento dela como sexualidade legítima é "o homem que se deitar com outro homem como se fosse uma mulher, ambos cometeram uma abominação, deverão morrer, e seu sangue cairá sobre eles" (LEVÍTICO 20:13). A rejeição de uma sexualidade e a determinação dela como passível de morte gerou preconceito contra aqueles que estariam indo contra a vontade de Deus. Nota-se que no próprio trecho há a expressão "como se fosse uma mulher", demonstrando que o dever do homem, enquanto sujeito de desejos sexuais é se deitar somente com mulheres.

Não obstante, os preconceitos relacionados à identidade de gênero (transfobia) partem da premissa de que um indivíduo não pode se externalizar de modo diferente ao qual sua genitália torna esperado. Em outros termos, a posição social e os papéis a serem empregados deveriam estar de acordo com o que a sociedade determinou enquanto o papel para aquele que possui um pênis ou uma vagina no momento do nascimento. Esta identificação imediata de genitália enquanto determinante do gênero que deve ser externo faz com que pessoas se sintam no direito de subjugar um indivíduo que não segue o seu "papel".

Com isso, observam-se atitudes históricas que determinaram expressões de sexualidade e identidade de gênero diversas ao esperado enquanto patologia. Uma delas foi a adesão da homossexualidade como patologia na ICD-9 ("homossexualismo"), e a manutenção da transexualidade como doença sexual, ainda na ICD-11. A determinação destas características como distúrbios mentais ou sexuais demonstram uma descrença de que sejam naturais do ser hu-

mano, mas que configuram patologias a serem combatidas (VEJA, 2017; OMS, 2020).

Ainda que a retirada do "homossexualismo" da lista de patologias da OMS tenha ocorrido, o preconceito social não cessou. O Brasil é reconhecido como o "país onde mais se mata pessoas LGBT no mundo". O relatório feito pelo Grupo de Gays da Bahia (GGB) em 2018 demonstrou que no Brasil morria uma pessoa LGBTQ+ a cada 20 horas. Isto coloca o Brasil como o país que mais mata pessoas da comunidade no mundo (GGB, 2018, p. 1).

Este fator demonstra a necessidade de atitudes estatais que visem combater esses preconceitos socialmente. Entretanto, quando se declara que são necessárias ações do Estado, é preciso analisar os impactos que determinada conduta pode gerar. Portanto, ainda que se busque atitudes Estado, não se pode permitir que um de seus órgãos realize uma conduta que não seja constitucionalmente adequada, sem que se examine os impactos jurídicos e sociais que isto pode causar.

3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

A criminalização da homofobia e da transfobia está intimamente relacionada com a Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26 e com o Mandado de Injunção 4733. A ADO 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), - atualmente denominado Cidadania - em 2013, com o objetivo de criminalizar quaisquer formas de preconceito relacionadas com a orientação sexual e identidade de gênero, devido aos elevados índices de homicídios e violências física e verbal motivadas por estas. Paralelamente a isso, o MI 4733 foi impetrado pela Associação de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), no ano de 2012, em oposição ao Congresso Nacional, com o intuito de que houvesse a criminalização dos mesmos preconceitos já afirmados acima e contidos na ADO 26.

Com a finalidade de proporcionar um estudo amplo acerca da problemática, é necessária uma abordagem considerando os argumentos negativos e positivos que envolvem a criminalização da transfobia e homofobia e seu enquadramento como crime de racismo. Uma das principais justificativas contrárias a essa tipificação se trata do ativismo

judicial do Supremo Tribunal Federal (STF) e do princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal Brasileira. Assim sendo:

> [...] O Judiciário [...] aparece fortalecido, no que tange a um papel político. Ele muitas vezes determina e amolda políticas públicas, legifera, inclusive em matéria constitucional, pode modular a inconstitucionalidade, no fundo mudando a Constituição. [...] No limite jurídico, a separação dos poderes significa Poderes autônomos com atribuições próprias - definidas na Constituição ou decorrentes desta - que não podem ser usurpadas por um deles, nem disfarçadamente. No limite político, exige não apenas a independência dos Poderes na sua composição e no exercício de suas funções - estas relativa e ponderadamente especializadas - numa equação de forças que enseje um sistema de freios e contrapesos (FERREIRA FILHO, 2015).

Isto é, pode-se entender que, devido ao fato de que a distribuição de poderes parte da não concentração dos mesmos, o STF teria que, apenas, declarar a omissão inconstitucional proposta pela ADO 26, sendo de responsabilidade do Poder Legislativo a criação de uma lei específica que aborde a problemática referente à homofobia e transfobia, nos termos do § 2º do artigo 103 da CF/88. Ademais, se, no prazo estabelecido, o Congresso não tiver criado a lei proposta é que o STF atuaria por meio de uma lei temporária enquanto a matéria não for objeto de legislação pelo Congresso.

O chamado ativismo judicial é considerado um problema para alguns juristas, incluindo a professora Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues da UFRJ, que afirmou em sua rede social:

> Sou apoiadora da causa LGBTT mas questiono a estratégia da criminalização do discurso de ódio no STF. Não cabe ao Judiciário tipificar crime nem dar interpretação ampliada a uma norma penal. Imaginem uma corte bolsonarista o que faria com essa mesma estratégia? [...] O Judiciário é um órgão político e não é neutro, atende aos interesses das classes

> dominantes. Deve atuar como defensor da Constituição e na proteção de minorias, esse é o seu papel, mas o direito penal não protege as minorias, é seletivo e atua no controle social (RODRIGUES, 2019).

A partir desse comentário, pode-se inferir, também, certo risco quanto a concentração de poderes no STF e a abertura de um precedente para futuras decisões que não sejam positivas como a decisão referente a homofobia e transfobia foi, tanto para a comunidade LGBTQIA+, quanto para a valorização dos direitos fundamentais. Outro argumento contrário à criminalização da LGBTfobia é o fato de que o direito penal é entendido como *ultima ratio*, ou seja, a utilização de medidas penais tem que estar de acordo com o princípio da intervenção mínima, sendo estas ações aplicadas em último caso, como explicado por Cezar Roberto Bitencourt:

> O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (BITENCOURT, 1995).

Dessa forma, a atuação do Direito Penal deve ser de maneira subsidiária e a ampliação de conceitos e o expansionismo desse direito, passando a ser aplicado em várias situações, pode descaracterizar o seu objetivo principal de ser utilizado somente em último caso. Sendo o princípio da intervenção mínima um dos principais pilares desse ramo

do direito, antes da criminalização de condutas de maneira descomedida, tem que ser realizada uma análise da melhor forma de enfrentamento contra determinadas problemáticas, buscando, em alguns casos, medidas alternativas que possam contribuir de maneira efetiva nesse combate.

Portanto, existem justificativas, baseadas em argumentos jurídicos, que são incompatíveis com a tipificação do preconceito contra a comunidade LGBTQIA+ como crime de racismo. Entretanto, é essencial que haja uma reflexão comparativa entre as situações previamente abordadas e os efeitos benéficos que esta criminalização gerou para a minoria e para a efetivação dos direitos desta na sociedade, para que haja uma análise mais realista a respeito da temática.

4. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

De maneira oposta ao que foi apresentado previamente, é importante ressaltar os pontos positivos quanto à criminalização da transfobia e da homofobia e sua tipificação como crime de racismo. A ADO 26 ressaltou a importância dessa criminalização utilizando, como justificativa, a necessidade de que discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais sejam punidas, nos termos do art. 5º, XLI, da CF/88 e o princípio da proporcionalidade, previsto no art. 5°, LIV, da CF/88, que, também chamado de princípio da razoabilidade, "impede a proibição insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera a punição abaixo da medida correta" (MASSON, 2011). Isto posto, considerando os frequentes atos de violência contra a comunidade LGBT, faz-se necessária uma criminalização mais específica das ofensas direcionadas a esse grupo.

Assim sendo, na ADO 26, narrando a peça inicial, o Ministro Alexandre de Moraes deixa claro que todas as formas de LGBTfobia devem possuir uma punição com a mesma rigidez dos crimes que já estavam anteriormente previstos na Lei de Racismo, considerando ainda, que a não atuação do STF quanto à criminalização poderia ensejar uma hierarquização de opressões, ou seja, a existência de punições com diferentes níveis de severidade a depender da opressão sofrida (STF,

2019). Portanto, é evidente a necessidade, levando em consideração, também, o contexto histórico e social de diferentes opressões no país, de medidas que repreendem injustiças de maneira proporcional, como afirmado pelo Grupo Dignidade pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros, em sua manifestação como *amicus curiae* na ADO 26:

> Tal questão se mostra ainda mais evidente visto que a postura do Estado em relação às violências causadas por opressões culturais, como o racismo e o machismo, de forma geral, é a criminalização, como se vê na criminalização do racismo e do feminicídio. Um tratamento diferenciado apenas para LGBTI seria evidente afronta à isonomia. Enquadra-se, portanto, o dever de combate à homofobia e transfobia na ordem constitucional de legislar criminalmente, disposta no artigo 5º, inc. LVII da CF/88, bem como na ordem constitucional de punir criminalmente do artigo 5º, inc. LVI da CF/88, caracterizando-se assim a mora do Congresso Nacional na criminalização específica dessas formas de violência (STF, 2019).

Para que houvesse a criminalização já referida, o STF identificou que houve omissão constitucional acerca do tema pelo Poder Legislativo, já que o Brasil possui definições constitucionais que servem de base para que já houvesse uma criminalização específica da LGBTfobia, como pode ser visto no art. 5°, XLI, da CF/88, já mencionado acima. Ademais, em consonância com a legislação nacional já existente, a Organização das Nações Unidas, por meio do documento "Nascidos Livres e Iguais – Orientação sexual e identidade de gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos", aponta a necessidade de proteger os direitos fundamentais da comunidade LGBTQ:

> 1. Proteger as pessoas da violência homofóbica e transfóbica. Incluir a orientação sexual e a identidade de gênero como características protegidas por leis criminais contra o ódio. Estabelecer sistemas efetivos para registrar e relatar atos de violência motivados pelo ódio. Assegurar investigação efetiva, instauração de processo contra os perpetradores e re-

> paração das vítimas de tal violência. Leis e políticas de asilo devem reconhecer que a perseguição de alguém com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero pode ser um motivo válido para um pedido de asilo. 2. Prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante às pessoas LGBT em detenção através da proibição e punição de tais atos, garantindo que as vítimas sejam socorridas. Investigar todos os atos de maus tratos por agentes do Estado e levar os responsáveis à justiça. Prover treinamento apropriado aos funcionários responsáveis pela aplicação da lei e garantir um controle eficaz dos locais de detenção. 3. Revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo todas as leis que proíbem a conduta sexual privada entre adultos do mesmo sexo. Assegurar que não sejam presos ou detidos em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e não sejam submetidos a exames físicos degradantes e desnecessários com a finalidade de determinar sua orientação sexual. 4. Proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar leis abrangentes que incluam a orientação sexual e identidade de gênero como motivos proibidos para discriminação. Em especial, assegurar o acesso não discriminatório a serviços básicos, inclusive nos contextos de emprego e assistência médica. Prover educação e treinamento para prevenir a discriminação e estigmatização de pessoas intersexo e LGBT. 5. Proteger as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica para as pessoas intersexo e LBGT. Qualquer limitação destes direitos deve ser compatível com o direito internacional e não deve ser discriminatória. Proteger indivíduos que exercitam seus direitos de liberdade de expressão, de associação e de reunião dos atos de violência e intimidação por grupos privados (ONU, 2013).

As medidas, abordadas no documento da ONU, são entendidas como obrigações legais que os Estados devem seguir para contribuir com a efetivação dos direitos humanos das pessoas pertencentes ao

grupo LGBT. Dessa forma, estas orientações da ONU foram consideradas, tanto na justificativa de que o Estado estava sendo omisso em relação às pessoas pertencentes ao grupo, quanto para que houvesse a criminalização específica dos crimes que possuem como objetivo atingir essa população, ou seja, crimes relacionados com discriminação baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero.

A necessidade da criminalização das situações já mencionadas pode ser entendida de maneira mais fática por meio de dados estatísticos que demonstram o elevado índice de mortes e demais tipos de violência relacionados com a LGBTfobia. O Grupo Gay da Bahia (GGB) existe há mais de 40 anos e coleta informações que são utilizadas para a publicação do "Relatório Anual de Mortes Violentas de LGBT no Brasil", se tornando um dos principais disseminadores de estudos sobre essa minoria.

O Relatório Anual do GGB referente ao ano de 2019 apresenta que, a cada 26 horas, um LGBT é assassinado ou se suicida devido a LGBTfobia, sendo um índice extremamente alto, ainda mais quando comparado com outros países, caracterizando o Brasil como um dos países que mais mata esse grupo. De acordo com os dados do ano de 2019, 29,4% das pessoas mortas foram assassinadas a facadas, 21,8% com alguma arma de fogo, incluindo também, segundo o estudado, "estrangulamento e espancamento muitas vezes precedidos de tortura e agravados com a carbonização do corpo", deixando claro que grande parte dos assassinatos, além de serem motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero, também possuem um caráter extraordinariamente violento (GGB, 2019).

Em vista disso, a indispensabilidade de uma criminalização específica acerca dos crimes mencionados também é determinada pela falta de informações estatísticas governamentais sobre mortes ligadas à LGBTfobia, já que o GGB não consegue atingir estatísticas tão precisas, podendo possuir uma margem de erro de 5 a 10%. Por conseguinte, espera-se que haja uma coleta de dados por instituições governamentais, depois da decisão do STF, para que, por exemplo, ações sejam viabilizadas em locais do país que possuem índices mais altos relacionados à morte e ofensas contra a comunidade.

5. EFEITOS DA TIPIFICAÇÃO DA HOMOFOBIA COMO CRIME DE RACISMO

Ademais, é necessário examinar os efeitos que a tipificação da homofobia enquanto crime de racismo geram no ordenamento jurídico penal brasileiro. Determinou-se que as infrações penais relacionadas a orientação sexual ou identidade de gênero seriam incluídos no crime de racismo, disposto pela lei 7.716, de 1989 até que o Poder Legislativo crie uma lei própria. A lei de racismo, antes da decisão do STF, só tratava de crimes relacionado ao que o art. 1º define, sendo então crimes resultantes de "raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (BRASIL, 1997).

Com a inserção dos preconceitos como homofobia e transfobia, urge uma dúvida: estes crimes serão imprescritíveis e inafiançáveis como o crime de racismo ou tal garantia não alcançaria a decisão do STF. Para tanto, é necessário observar o dispositivo constitucional que prevê tal possibilidade, sendo o art. 5º, XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (BRASIL, 1988).

Quando a Constituição prevê o "nos termos da lei", portanto, entende-se que tudo aquilo que a lei definir como crime de racismo será, por consequência, inafiançável e imprescritível. Contudo, os crimes motivados por identidade de gênero e sexualidade não estão diretamente previstos na lei, mas foram entendidos como aplicáveis pelo STF. Observa-se, portanto, a possibilidade de dois entendimentos.

O primeiro deles remete ao fato de que estas motivações adicionadas pelo STF não eram a vontade do legislador constituinte originário. A decisão do STF, portanto, não poderia alcançar estas garantias por não terem sido expressas e porque a decisão somente gerou uma nova interpretação para os crimes previstos, mas não tornou lei, não abrangendo estes crimes.

Todavia, com base, também, no voto do Ministro Alexandre de Moraes, é entendido que se aplicaria a tais crimes tudo aquilo que é aplicável aos crimes que são motivados pelas causas originais de racismo. Portanto, tal qual o racismo é imprescritível e inafiançável, a

homofobia e transfobia também seriam. Não somente, se partirmos do suposto de que os crimes contra a comunidade LGBTI+ são partes da lei de racismo, enquanto critério de interpretação, os efeitos que essa lei possui em âmbito constitucional, irão alcançar critérios mesmo que não expressos.

Tal ideia de que os efeitos alcançam a decisão da ADO é complementada com o fato de o STF ser considerado órgão apaziguador das normas e intérprete máximo da Constituição. Como muito bem elucidou Maria Fernanda Repolês, professora de Direito da UFMG

> 3.O papel político do STF é em verdade um papel político institucional. O STF tem de construir uma cultura interna de defesa e preservação do órgão e do Poder Judiciário como terceiro poder do Estado. Levar a sério a tarefa de "guardião da Constituição", resgatando a sua história institucional (REPOLÊS, 2003).

Com isso, o STF se demonstra como órgão institucional para cumprir aquilo que a Constituição preceitua. Nesse sentido, em um julgado de 2017 o STF proferiu a decisão do HC 137.888, na Primeira Turma, da Relatora Min. Rosa Weber, que colabora com tal entendimento.

> 2. Em particulares hipóteses, a fim de compatibilizar normas jurídicas infraconstitucionais de natureza penal aos comandos da Lei Maior, bem como ao próprio sistema em que se inserem, exsurge verdadeira imposição ao julgador no sentido de reconhecer que a lei disse menos do que pretendia (lex minus scripsit, plus voluit), a exigir seja emprestada interpretação ampliativa ao texto legal, respeitada a teleologia do preceito interpretado. Precedente desta Suprema Corte (STF, 2017).

Partindo, portanto, do exposto, o STF enquanto órgão máximo do Poder Judiciário, tem o papel hermenêutico perante a legislação. Não somente, ele pode agir a fim de que suas interpretações protejam aquilo que a CF/88 objetiva originalmente, mas que as leis infracons-

titucionais não tratam de maneira expressa ou, quando abordam, não são suficientes para alcançar os objetivos.

Com base em todo o elucidado, é razoável o entendimento segundo o qual a decisão da ADO-26 gera consequências no plano dos efeitos dos crimes envolvendo LGBTfobia, tornando tais crimes imprescritíveis e inafiançáveis, tal qual os crimes envolvendo o racismo. Ainda que o constituinte originário não tenha expressamente colocado tais crimes de tal modo, a decisão do STF gera impactos na interpretação de tais direitos fundamentais que não são, inclusive, taxativos, mas exemplificativos, podendo haver mais proteções do que as já arroladas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que a decisão da ADO-26 do STF possui duas facetas, sendo a primeira delas a observação em face de um grupo historicamente oprimido. A não proibição expressa de condutas contra pessoas LGBTI+, que vêm ocorrendo desde a ascensão do cristianismo, demonstram uma evidente omissão estatal. A proteção destes grupos é dever originário da função legislativa por parte do Estado que tem a obrigação constitucional de assegurar meios para combater a discriminação.

Quando se analisa sob tal perspectiva, a afirmativa de que a decisão do STF foi necessária torna-se uma conclusão óbvia. Os indivíduos protegidos pela ADO comemoraram amplamente tal impacto, sendo inegável a necessidade da proteção mais rígida quando se coloca em perspectiva os relatórios do Grupo Gay da Bahia quanto à morte de pessoas da comunidade. Além disso, a decisão vai de acordo com a posição da ONU em relação da proteção devida a esta minoria.

Entretanto, enquanto operadores do direito, urge a necessidade de examinar os efeitos que essa decisão possui, não somente no âmbito do direito penal, mas como expansão evidente dos poderes do STF. Esta segunda face da decisão demonstra desrespeito ao trâmite legal que uma ADO deve seguir ao pular a etapa de exigir atitude do Poder Legislativo, configurando um ativismo judicial. Não é possível afirmar que por ser benéfico, o ativismo deveria ser válido, pois vai contra a separação de poderes constitucionais.

A abertura de um precedente pela única razão de que ele vai de acordo com crenças pessoais gera a possibilidade do denominado "tiro pela culatra". Enquanto suas decisões são agradáveis o excesso de poder é ignorado, todavia, quando ocorrer a inversão do grupo político que influencia decisões do STF, esse precedente irá permitir que atitudes contrárias ao que seria "desejável" possam ocorrer.

Consequentemente, o presente trabalho entende que a necessidade da conduta do STF, mas não ignora as repercussões negativas quanto a ela. Enquanto Poder máximo do Judiciário e protetor da hermenêutica jurídica constitucional, não se pode permitir que o STF atue como mero instrumento político, mas como garantidor da ordem constitucional. Com isso, entende-se que ele deveria ter seguido todos os trâmites legais para realizar sua conduta, ou seja, ter exigido que o Poder Legislativo saísse da inércia omissiva e, somente mediante silêncio deste, ter incluído os crimes motivados por orientação sexual e identidade de gênero como partes do crime de racismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÍBLIA SAGRADA. A.T. **Levítico**. 34. ed. São Paulo: Editora Paulinas, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal – Parte Geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 7.716**, de 5 de janeiro 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 137.888/MS.

Relator: Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, 31 de outubro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pa-

ginador.jsp?docTP=TP&docID=14349000>. Acesso em: 03 jun. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, n. 40, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>. Acesso em: 18 maio 2020.

FERREIRA, Levi Kaique. **Texto do Tweet**. Campinas, 6 abr. 2020. Twitter: @LeviKaique. Disponível em: < https://twitter.com/LeviKaique/status/1247282693106262021>. Acesso em: 30 maio 2020.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa; PORTILHO, Grazielle Jordão. O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal na Criminalização da Homofobia e Transfobia (ADO 26/DF). **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, Brasília, v. XI, n. 40, jan./jun. 2020. Disponível em: < http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183/183>. Acesso em: 01 jun. 2020.

GRUPO GAY DA BAHIA. **População LGBT morta no Brasil: Relatório GGB 2018.** Bahia: GGB. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 4 maio 2020.

GRUPO GAY DA BAHIA. **População LGBT morta no Brasil: Relatório GGB 2019.** Bahia: GGB. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2020/04/relatc3b3rio-ggb-mortes-violentas-de-lgbt-2019-1.doc>. Acesso em: 22 maio 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos; MADRID, Daniela Martins. A homossexualidade e sua história. **Revista Eletrônica da Toledo Prudente**, Presidente Prudente, v. 4, n.4, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1646/1569>. Acesso em: 30 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nascidos livres e iguais – Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos**. Nova Iorque: ONU. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pd>. Acesso em: 17 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SÁUDE. **ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics.** Genebra: OMS. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2ficd%2fentity%2f577470983>. Acesso em: 15 maio 2020.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional. **JUSBrasil,** 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4570/o-papel-politico-do-supremo-tribunal-federal--e-a-hermeneutica-constitucional#:~:text=O%20papel%20pol%C3%ADtico%20do%20STF,resgatando%20a%20sua%20hist%C3%B3ria%20institucional>. Acesso em: 03 jun. 2020.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues. **Texto do Tweet**. Rio de Janeiro, 15, fev. 2019. Twitter: @luboiteux. Disponível em: <https://twitter.com/luboiteux>. Acesso em: 23 maio 2020.

RODRIGUÊS, Sérgio. Homossexualismo ou Homossexualidade?. **Veja**, São Paulo, 18 fev. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/homossexualismo-ou-homossexualidade/#ViewPollResults>. Acesso em: 18 out. 2019.

SCHUCMAN, Lia Vainer. **Racismo e Antirracismo: a categoria raça em questão**. Dialnet, Logroño, v. 10, n. 19, p. 41-55, 2010.

Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4000283>. Acesso em: 25 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADO Nº 26, de 23 de dezembro de 2013**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 16 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **MI 708 DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 25/10/2007. Publicado: DJe 31/10/2008.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho.** Madrid: Civitas, 1985.

A LEI 12.654/12 E A IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA PARA A PROVA PERICIAL

Bianca Baú Porto

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a Lei nº 12.654/12, que criou o banco de dados de perfil genético à luz da Constituição Federal, no que tange à coleta de material genético na formação de um juízo condenatório e os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Para tanto, com o advento da Lei 12.654 de 28 de maio de 2012, a qual trata da criação de banco de dados de perfil genético de pessoas condenadas por crimes praticados com grave violência contra a pessoa ou considerados hediondos, muito se discute acerca da criação desses bancos de dados no tocante à sua constitucionalidade e, mais especificamente quanto à afronta aos princípios e garantias fundamentais da pessoa humana.

Esta lei visa beneficiar uma parcela da sociedade na solução de crimes hediondos ou crimes graves contra a pessoa, por outro lado infringe os direitos e garantias desses indivíduos acusados quando pressupõe que o criminoso condenado voltará a delinquir, uma vez que o princípio norteador da pena, não é a sanção e si, mas sim a ressocialização e a reinserção do apenado na sociedade.

Muito se discute, também, sobre a confiabilidade do material genético e as circunstâncias a serem observadas para que o material coletado

se mantenha um material idôneo e possível de ser utilizado. Ou seja, devem ser tomadas uma série de cuidados antes, durante e depois da coleta do perfil genético, a fim de preservar o perfil genético coletado.

Diante disso, propomos a questão: A lei nº 12.654/12, que criou o banco de dados de perfil genético pode ferir os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana?

Apesar de ser o DNA uma ferramenta que repercute de forma positiva no âmbito jurídico, especialmente na resolução de casos penais, e de ser uma ferramenta amplamente usada e regulamentada por muitos países, o seu uso indiscriminado pode implicar na violação de diversos direitos e garantias fundamentais, entre eles o princípio da não autoincriminação.

Portanto, levando-se em consideração as inúmeras discrepâncias quanto à Constitucionalidade ou não da Lei nº 12.654 de 2012, torna-se imprescindível o estudo esmiuçado de todos os aspectos relevantes deste tema. Assim, deve-se na aplicabilidade da Lei, porém não se pode transgredir nenhuma Cláusula Pétrea, para fins de pensar em políticas públicas e sociais que trabalhem no sentido de coibir práticas criminosas e reinserir o indivíduo condenado na sociedade de forma satisfatória, para que se possam reduzir os índices de criminalidade sem ferir as garantias constitucionais de todo cidadão brasileiro.

2. Dos princípios Constitucionais e Penais

2.1. Do princípio Constitucional - O direito de não produzir prova contra si mesmo

Consagrado no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, segundo o qual "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado", a assertiva exposta encontra respaldo na doutrina de Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2007, p. 90), o qual afirma que o princípio do "nemo tenetur se detegere" decorre da conjugação dos princípios constitucionais da presunção da inocência e da ampla defesa, juntamente com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado.

Sendo assim, se o réu é considerado inocente até que sua culpa esteja efetivamente provada e pode utilizar-se de amplos métodos de provas para a sua defesa, é certo que não está obrigado, em nenhuma hipótese a colaborar com a produção de provas contra si mesmo.

Assim, à possibilidade de criação de banco de dados com coleta de material genético obrigatória, esbarra no princípio de não produzir provas contra si. "O direito de não produzir prova contra si mesmo pode ser cogitado como obstáculo contra a colheita compulsória de material biológico do acusado ou do investigado em processos criminais". (MORO, 2006, p. 431).

3. Dos princípios penais

3.1. Princípio da presunção de inocência

Conhecido como princípio do estado de inocência, ou da não culpabilidade. Significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Este princípio tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa, impedindo com isso, que as pessoas sejam obrigadas a se auto acusar, definindo assim, o direito ao silêncio. Para além desse princípio, temos também: O Princípio da ampla defesa; Princípio do contraditório e Das provas no Processo Penal (LOPES JÚNIOR, 2014).

No que tange ao princípio da ampla defesa, esse consiste em garantias constitucionais que estão acima de qualquer lei, estabelecendo direitos e deveres do acusado. Já o princípio do contraditório, tem como fundamentação a alegação fática ou apresentação da prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito a liberdade e a manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5, LV, CF).

Das provas no Processo Penal, essas passam-se a denominação das provas em si, em especial a prova pericial, para fins de verificar a necessidade de existência de um banco de dados de material genético.

4. Dos tipos de provas

No que se refere aos tipos de provas existentes no processo penal brasileiro, para fins de se chegar a verdade real dos fatos, temos o exame de corpo de delito; o exame necroscópico; o exame de lesões corporais e os exames periciais. (NUCCI, 2010, p. 382)

O Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, a materialidade do crime, aquilo que se vê, apalpa, sente, em suma, pode ser examinado através de sentidos. Dispõe o artigo 158 do Código de Processo Penal: "Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". (TOURINHO FILHO, 2010, p. 552)

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, "tratando-se de infração penal que deixa vestígios, permanecendo estas, é obrigatória a realização do exame de corpo de delito, sob pena de nulidade". (MIRABETE, 2007, p. 266.).

Já o exame necroscópio, tem sua base no artigo 162 do Código de Processo Penal que cuida do exame necroscópico ou cadavérico (necropsia), determinando que seja efetuado pelo menos seis horas depois do óbito. Contudo, nem sempre será necessário o exame interno, basta o exame externo do cadáver nos casos de morte violenta em que não houver infração penal para apurar, como acontece em comprovada morte acidental.

O exame de lesões corporais, segundo (Nucci, 2012, p.90), serve para verificar a gravidade da lesão após o tratamento desta, apurando se trata-se de lesão grave, leve ou levíssima, conforme estabelece a legislação. Vale ressaltar que, este meio de prova somente será utilizado quando necessário para comprovar a gravidade da lesão corporal, sendo desnecessário para os demais casos no processo penal.

Os exames periciais são outro elemento de prova no processo penal de suma importância para o deslinde do fato, tendo em vista que, "não possuindo o juiz conhecimentos enciclopédicos e tendo de julgar causas das mais diversas e complexas, surge a necessidade de se recorrer a técnicos e especialistas" ainda, que com suas descrições e afirmações

relativas a fatos que exigem conhecimentos especiais, elucidam e auxiliam no julgamento. (MIRABETE, 2007, p. 261.).

A perícia criminal é definida pela Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais da seguinte forma:

> Os peritos desenvolvem suas atribuições no atendimento das requisições de perícias provenientes de delegados, procuradores e juízes inerentes a inquéritos policiais e a processos penais.
>
> A perícia criminal, ou criminalística, é baseada nas seguintes ciências forenses: química, biologia, geologia, engenharia, física, medicina, toxicologia, odontologia, documentoscopia, entre outras, as quais estão em constante evolução. (APCF, 2018, s/p)

De acordo com o artigo 420, do Código de Processo Civil, "a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação". O exame consiste na observação e análise de pessoas e objetos para delas obter as informações desejadas. A perícia será necessária quando as questões duvidosas sobre determinado fato exigirem conhecimentos técnicos e específicos, que não podem ser esclarecidos por pessoas comuns.

Dispõe o art. 159 do CPP, com a redação de que lhe foi dada pela Lei nº 8.862, de 28 de março de 1994: "Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitas por dois peritos oficiais". (PINTO, 2003, p. 640.).

Abaixo serão analisados os diversos tipos de provas periciais existentes no processo penal.

4.1. Da prova pericial: Exame de DNA

A prova pericial, realizada por técnicos e peritos, ajudam o julgador a elucidar fatos através de estudos por terem conhecimentos específicos sobre a matéria.O exame de DNA realizado no processo penal deverá também estar corroborado com as demais provas obtidas durante a instrução, porém este apresenta confiabilidade uma vez que elaborado conforme rígidas normas técnicas e científicas:

> há dois tipos de ácidos nucléicos o DNA (ácido desoxirribonucléico) e o RNA (ácido ribonucléico), constituídos por três tipos de componentes: glicídios, ácido fosfórico e base nitrogenada. Esses componentes organizam-se em trios moleculares, chamados nucleotídeos. (MENDES, 2011, p. 36.)

A realização de exames de DNA foi uma revolução no processo penal, através da perícia técnica, com a aplicação de novas técnicas de investigação, possibilitando a busca da Verdade Real, porém deve ser visto com ressalvas, uma vez que deve se dar com a concordância do acusado, frente ao direito de não produzir provas contra si.

4.1.1. Identificação criminal

Ao falar-se em identificação criminal, tem-se que analisar primeiramente o conceito de identidade humana, que segundo Ascendino Cavalcanti é "o conjunto de caracteres próprios e exclusivos de uma pessoa: nome, idade, sexo, filiação, profissão, estado civil, etc". (CAVALCANTI, 1999, p. 23-24)

Visando regular o processo de identificação criminal, foi promulgada a Lei nº 12.037, de 1º de outubro 2009**, que em seu artigo** 5º **estabelece as diretrizes para se chegar à identificação do criminoso:**

> Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.
>
> Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético **(**PINTO, 2011, p. 616)

Os processos de identificação podem ser resumidos segundo Cavalcanti (1995), da seguinte forma: "mutilações; marcas e tatuagens; descrição empírica; retrato falado; fotografia; antropometria;

e outros processos, incluindo a papiloscopia". (CAVALCANTI, 1995, p. 23-24).

Com o advento da Lei acima descrita, além das formas de identificação usualmente utilizadas criou-se a identificação através do perfil genético do indivíduo, que após feito o mapeamento do DNA este permanecerá em um banco de dados acessível as autoridades policias e judiciárias para poder identificar autores de crimes que deixaram vestígios genético no local dos fatos. Desta forma, constata-se que a identificação criminal tem como base a identificação civil do sujeito, além de elementos peculiares de cada indivíduo que possam levar a sua identificação como autor do crime.

4.1.2. Ácido Desoxirribonucléico e seu uso no âmbito da ciência criminal

O ADN ou mais conhecido como DNA é o material nuclear dos seres humanos e está presente em todas as células do nosso organismo, determinando a função de cada célula, dando assim a cada indivíduo suas características.Assim, Norma Sueli Bonaccorso apresenta amostras adequadas para que seja efetuada a análise de DNA, quais sejam:

> pelo sangue no qual pode se encontrar em qualquer lugar do delito é o indício biológico mais habitual no local do crime e nos vestígios, o sêmen com espermatozóides é uma boa fonte de DNA e é um vestígio habitual nos crimes sexo-relacionado. Existem várias técnicas para detectar as manchas, entre elas se encontram o emprego de luz ultravioleta e análises químicas. A saliva que nela o DNA se encontra nas células da pele da boca e nos leucócitos, na urina podem ser encontradas células de revestimento da uretra e leucócitos, nas secreções nasais podem ser encontradas em lenços usados, ainda, nos restos humanos os cadáveres dos quais se retiram amostras para análise genética podem ser de vítimas de delitos ou acidentes ou de pessoas não identificadas. Podem ser recolhidas amostras de sangue das cavidades cardíacas, mechas de cabelos retirados desde a raiz, fragmento de músculo ou se o cadáver se apresenta em putre-

> fação generalizada, devem ser retiradas amostras ósseas e dentarias, se existentes. (BONACCORSO, 2005, p. 45-47)

Em síntese, portanto, as informações contidas no material genético de um indivíduo podem dizer respeito a aspectos físicos do mesmo, dependendo de onde essa informação é retirada.

5. A criação de banco de perfil genético

5.1 A Lei nº 12.654/2012 e suas inovações

Em 28 de maio de 2012 foi promulgada a Lei nº 12.654, que veio estabelecer a identificação genética de condenados pela prática de crimes dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa e de crimes hediondos, através da criação de um banco de dados de DNA de caráter sigiloso.

O idealizador deste Projeto de Lei foi o Senador Ciro Nogueira, que fez um estudo aprofundado em relação aos bancos de dados de DNA, no qual se chegou a conclusão de que sua criação no Brasil vai auxiliar o Poder Judiciário e as autoridades policiais a identificarem os autores dos crimes, através dos vestígios genéticos coletados nas cenas de crimes (NOGUEIRA, 2019).

Paulo Roberto Fagundes, diretor da Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal, consolida o entendimento favorável sobre o banco de dados de perfil genético de forma objetiva:

> A utilização do DNA como instrumento de investigação e prova é uma realidade nos laboratórios oficiais do Brasil. Contudo, os exames são realizados apenas quando se têm amostras suspeitas e amostras referências para comparação - os chamados casos fechados. A eficácia na utilização do DNA na investigação criminal pede a implantação de um Banco de Dados de DNA Criminal no país, no qual serão armazenados perfis de DNA coletados em cenas de crimes para as mais diversas comparações possíveis no intuito de esclarecimento de autoria de tais crimes. Para a implantação de um sistema desse tipo

> existem algumas condições a serem cumpridas (...), do ponto de vista estratégico, a aprovação de um projeto de lei que estabeleça condições de armazenagem de perfis de DNA é o primeiro passo para a implantação gradual do banco de dados. (...) As demais condicionantes serão paulatinamente ajustadas desde que essas condições essenciais sejam garantidas. (NOGUEIRA, 2011)

Após várias discussões no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 93/11, foi aprovado e, por conseguinte, transformado na Lei nº 12.654/12, que passou a vigorar na Legislação Brasileira.

Esta Lei promoveu alterações tanto na Lei nº 12.037 de 1º de outubro de 2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado (BRASIL, 2009) , regulamentando o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal: o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em Lei (BRASIL, 1988), quanto "na Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, o que será analisado a seguir". (PINTO, 2003, p. 324).

Além das alterações acima mencionadas, a Lei que criou o banco de dados de perfil genético, também estabelece a forma pela qual serão acessados os dados ali constantes. Ou seja, as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado (BRASIL, 2012).

Ao se tratar da coleta dos dados genéticos, estabelece que o perfil genético determina que:

> os dados colhidos *não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero*, o perfil genético apenas poderá indicar pontos de comparação para efeitos de confronto e identificação, não podendo servir para indicar características físicas ou mesmo traços comportamentais passíveis de verificação por análise genética. Apenas o sexo

> do identificado poderá constar do perfil genético, como meio de classificação no procedimento de identificação (ANSELMO, 2012, p.2).

Diante das alterações que a Lei 12.654/12, trouxe para a Legislação Brasileira, denota-se que houve inovações nas questões relativas à investigação criminal, criando novos mecanismos de auxílio à autoridade policial, em busca dos autores dos crimes. Porém, deverá ser analisado se estas alterações são compatíveis com o Estado Democrático de Direito e com os princípios basilares do Direito Constitucional, mais ainda, com a concepção de prova dentro do processo penal.

5.2. Dos argumentos favoráveis à Constitucionalidade da Lei nº 12.654/12

Muitos elogiam a nova Lei, que prevê a coleta de perfil genético como uma nova modalidade de identificação criminal, bem como institui a criação de um banco nacional de perfis genéticos, e afirmam que essa nova medida "pode ajudar em investigações de crimes cometidos por ex-detentos, ou seja, os reincidentes" (CONJUR, 2012, p.1).

Era esse sistema muito demandado por peritos criminais que veem nele uma moderna forma de identificar os ex-detentos, que voltam a praticar crimes. Especialistas afirmam que se o banco de DNA já existisse, teria sido possível identificar criminosos antes que eles fizessem novas vítimas.

Os que defendem à sua constitucionalidade, afirmam também que não se tratam às implantações das novas medidas de afronta ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, porque o material biológico coletado não será confrontado no caso em que o indivíduo estiver respondendo, já que a Lei prevê a extração obrigatória somente para casos em que haja condenação por determinados crimes, servindo apenas como meio de prova para processos futuros. (FELLER, 2012)

Sobre esse argumento, se manifesta o criminalista Thiago Gomes Anastácio:

> Não se trata do choque entre o direito de punir e do direito de não culpabilidade. Se assim fosse, não haveria discussão. O que se tem em mente é o mapeamento daqueles condenados em definitivo, já no sistema penitenciário, culpados por crime violentos, ou seja, não serviriam para o processo que levou o cidadão à pena de prisão, mas para eventual elucidação em caso de reincidência. Não se poderia falar em produção de provas contra si, antes do futuro fato criminoso acontecer (ANASTÁCIO *apud* SCRIBONI, 2012, p.3).

Assim, não havendo processo de crime futuro, não há que se falar em produção de provas contra o próprio condenado, na mesma senda, os defensores da Lei entendem que a mesma não deve ser considerada inconstitucional, uma vez que traz uma modalidade de identificação criminal, "por qualquer meio não degradante, de indivíduos condenados". (FELLER, 2012, p. 1).

No mesmo sentido, com a previsão expressa na lei de que a retirada será feita por técnica "adequada e indolor", João Campos, um dos relatores do projeto que agora se tornou Lei, afirma que isso exclui formas invasivas como a extração de sangue e que a retirada de DNA poderá ser realizada, por exemplo, pela retirada de fios de cabelo ou saliva, técnicas não invasivas. (FELLER, 2012, p. 1).

E não se deve taxar de inconstitucional Lei que prevê a identificação criminal, por qualquer meio não degradante, de indivíduos condenados. Afinal, o direito de não produzir provas contra si mesmo pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como um coringa para a prática de novos delitos.

5.3. Dos argumentos contrários à Constitucionalidade da Lei nº 12.654/12

Os testes genéticos constituem-se na prova de identificação com maior grau de segurança e de confiabilidade.

Sonia Fidalgo ressalva que mesmo assim não se pode acreditar cegamente nestes testes, posto que se embasam na probabilidade, independentemente da mesma ser elevada ou não: "o grau de probabilidade

dependerá da maior ou menos raridade das características da amostra em causa". (FIDALGO, 2006, p. 119).

O mapeamento do DNA humano é feito com base em probabilidades científicas, não sendo uma verdade universal e tampouco prova da autoria do crime, já que apenas o fato de o DNA de certo indivíduo estar presente no local do crime, não quer dizer que ele tenha praticado o delito. (MORO, 2006, p.431).

Porém pelo simples fato de o material genético daquele indivíduo estar presente na cena do crime, e ele já ter sido condenado por crime grave e ter cedido material para o banco de dados, será automaticamente colocado no rol dos investigados e possíveis autores do crime. Tal assertiva é corroborada pelo caso do britânico Peter Hamkin, quando:

> a polícia italiana o mandou para a prisão por suspeita de assassinato. Depois de uma pesquisa no banco de dados de DNA britânico, eles descobriram que o material genético de Hamkin coincidia com as evidências encontradas na cena do crime. Um fato no mínimo desconcertante, tendo em vista que Hamkin estava em Liverpool no momento do assassinato, e, na realidade, nunca tinha estado na Itália. [...] Depois de 20 dias na prisão, um segundo e mais específico teste de DNA mostrou que o inglês era, de fato, inocente. O problema é que os testes de DNA, ao contrário do que se poderia pensar, não comparam uma cadeia inteira de DNA com o material no banco de dados. Em vez disso, os investigadores procuram apenas por um determinado número de pares de genes, ou "loci" ("locus" é a localização específica de um gene ou sequência de DNA em um cromossomo. "Loci" é o plural. A lista organizada de loci conhecidos para um cromossomo é chamada de mapa genético) (RITOS OCULTOS, 2013, p.2).

A identificação do autor de um crime baseada no material genético, como se vê, ainda está longe de ser um sistema perfeito e sem falhas.

Para Aury Lopes Júnior (2015, p. 01), o exame de DNA pode ser falho, uma vez que passível de equívocos gerados por alterações no material genético ou por manipulações que podem vir a ocorrer.

Afirma ainda que o DNA apenas comprova que o material coletado em determinado lugar é de determinada pessoa, mas não prova a sua culpabilidade. O DNA, segundo o autor, é apenas mais uma forma de prova, que, embora influencie no convencimento do magistrado, não possui qualquer relevância sobre as outras existentes.

Desta forma, a prova produzida pela coleta de DNA do local do crime e comparada com o banco de dados é suscetível de falhas.

6. Conclusão

O presente artigo tratou sobre a Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012, que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, frente às garantias fundamentais da pessoa humana.

Ao questionar as inovações trazidas pela nova Lei, acaba-se por travar um conflito entre os interesses públicos e as garantias individuais. De um lado, a sociedade deseja uma melhor segurança pública, reduções nos índices de criminalidade e uma justiça mais eficiente. Por outro lado, os indivíduos que serão submetidos às novas regras implementadas pela recente Lei, desejam que seus direitos e garantias não sejam violados.

Com a extração de material biológico e a instituição de um banco de dados, mais fácil e ágil, será a identificação de autores de crimes, assim, diminuindo a quantidade de erros judiciários e, consequentemente, dando mais efetividade ao sistema judiciário brasileiro. Ocorre que as garantias constitucionais previstas em nosso ordenamento jurídico não podem ser esquecidas.

Diante disso, não há como defender a tese de que a submissão à coleta de perfil genético, em qualquer das hipóteses previstas na Lei e a instituição de um banco de dados nacional, não fere os princípios fundamentais constitucionalmente previstos, pois os fere.

A Lei nº 12.654 afronta o princípio da presunção de inocência e da ampla defesa, pois, no caso de coleta coercitiva do material genético após trânsito em julgado de sentença condenatória em crimes de natureza grave, o material será coletado para servir como um meio de prova a ser utilizado futuramente, na tentativa de solucionar a autoria

de um crime. Ou seja, tratar-se-ia de prova pré-constituída, gerando a presunção de que o indivíduo que cometeu um crime considerado grave, certamente cometerá outro crime, infringindo a Lei de Execuções Penais, que tem por finalidade a reinserção do condenado na sociedade civil. Assim, presume-se que o condenado irá reincidir no crime.

Afronta ainda expressamente o direito do indivíduo de não produzir provas contra si, ao obrigá-lo a fornecer material genético, mesmo que de forma indolor ou invasiva, pois tal princípio está diretamente ligado ao dever de todos em respeitar a integridade física e moral dos seres humanos.

Ademais, conforme já mencionado anteriormente, a referida Lei trouxe alterações no campo processual penal brasileiro, mas ao mesmo tempo, deixou lacunas que trarão divergências em sua aplicabilidade.

Uma das lacunas verificadas refere-se quanto ao armazenamento do material coletado, uma vez que a Lei não estipula como será feita a coleta, nem por quem e, muito menos, onde será armazenado o material biológico coletado, a única informação é que o material genético será armazenado em um banco de dados sigiloso.

Ainda, insta salientar que apesar do imenso avanço da tecnologia genética na identificação criminal, ela ainda perpassa por um caminho inseguro, posto que se trata de uma técnica laboratorial, a qual está, inevitavelmente, sujeita a falhas. Nesse sentido, foi erroneamente incutida na sociedade a ideia de que a utilização do DNA como meio de prova é uma técnica infalível, passando a deixar de lado outros instrumentos probatórios. Isto porque a prova obtida através de perfis genéticos deve passar por uma cadeia de custódia eficaz, para que o material coletado não seja contaminado e venha a prejudicar a produção de provas.

Apesar da cadeia de custódia não estar prevista no processo penal brasileiro, ela deve ser observada, visto que o material coletado é bastante significativo e, portanto, deve observar vários procedimentos para garantir o uso da prova no processo penal.

Há de se considerar ainda que o material genético coletado no local do crime, a princípio, apenas indica que determinado sujeito esteve ali, e não necessariamente que foi o autor do delito investigado

Portanto, a Lei nº 12.654/12 é inconstitucional, por estar em desacordo com as normas previstas na Constituição Federal, afrontando os princípios e garantias lá previstos, bem como pelo fato de que presume que o condenado voltará a delinquir e fará com que ele produza de forma obrigatória prova pericial contra si, o que incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Referências

APCF (2018). **Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais.** Disponível em: <apcf.org.br>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

ANSELMO, Marcio Adriano. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>. Acesso em: 02 maio 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 315.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes.** São Paulo, 2005. p. 45-47.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de banco de dados criminais de DNA no Brasil.** 2010. Tese (Doutorado em direito penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 226.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, art. 5º.

BRASIL. **Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 12 nov 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.689 de 3 outubro de 1941 - Código de Processo Penal,.** Brasília: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 fevereiro 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.037/2009 - Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal**. Brasília: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 10 de março de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.** Brasília: Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

CAVALCANTI, Ascendino. **Criminalística Básica.** 3.ed. rev. atual. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 199. p. 23-24.

FELLER, Marcelo. Banco de DNA: O Brasil está preparado?. **Revista Consultor Jurídico.** 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/marcelo-feller-banco-dna-condenados-brasil-preparado>. Acesso em: 13 nov 2019.

FIDALGO, Sônia. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** n. 1. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 119.

LOPES JUNIOR, Aury. Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão da ilicitude. **Revista Conjur.** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-14/limite-penal-reu-nao-obrigado-provar-causa-exclusao-ilicitude>. Acesso em: 06 jun 2019.

MENDES, Rodrigo. **Caderno de Revisão.** São Paulo: Editora Moderna LTDA. 2011. p.36.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 24, 258-274.

MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais.** V. 853. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006. p. 431.

NOGUEIRA, Ciro. **Comissão De Constituição, Justiça E Cidadania Projeto De Lei Nº 2458, de 2011.**<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=978441>Acesso em: 23/06/2020.

NOGUEIRA, Ciro. **Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99463> Acesso em: 13 nov 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais,** 2007. p. 90.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 9ª. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2012. p. 90-94, 393, 410.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo. RT. 10ª ed, 2010. p. 382.

PINTO, Antônio Luis Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Código de Processo Penal.** 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 324 e 640.

PINTO, Antônio Luis Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Código de Processo Penal e Constituição Federal*. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 616.

RITOS OCULTOS. **5 casos alucinante de erro de identidade pela polícia**. 2013. Disponível em: <http://www.ritosocultos.

com.br/conspiracoes/2013/5-casos-alucinante-erro-identidade--policia/#arvlbdata>. Acesso em: 03 nov 2019.

SCRIBONI, Marília. *Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão*. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergem-constitucionalidade-banco-dna>. Acesso em: 02 nov 2019.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOLABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA E SUA FISCALIZAÇÃO NO ÂMBITO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Jean Carlos Falcão Manosso
Matheus de Quadros

INTRODUÇÃO

Tema que sempre gerou repercussões no direito pátrio, em razão das medidas restritivas aos direitos fundamentais é a instituição do regime disciplinar diferenciado para presos considerados perigosos no âmbito da lei de Execução Penal. Não bastasse isso, o tema ganhou um novo colorido com as novas mudanças instituídas no regime disciplinar diferenciado com a redação dada pela lei 13.964/2019, eis que houve recrudescimento das medidas restritivas de direitos fundamentais. Dentre as medidas, ganha destaque a necessária fiscalização das correspondências de presos submetidos no regime disciplinar diferenciado.

A despeito da medida, não se pode olvidar que o direito fundamental à inviolabilidade da correspondência está assentado em norma de caráter constitucional (art. 5°, XII, da Constituição Federal) e convencional (art. 11, 3, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos). Nesse caso, não haverá doutrinadores que apontem pela

inconstitucionalidade e inconvencionalidade da medida, até porque, conforme a doutrina, mesmo antes da previsão legal, já havia discussões específicas a respeito (CUNHA, 2020, p. 356).

Ato contínuo, como é cediço em âmbito dogmático, as medidas restritiva aos direitos fundamentais não podem ficar livremente à disposição do legislador, eis que este deve observar algumas limitações no ato de limitar direitos.

No entanto, a fim de analisar se a medida imposta pelo legislador configura uma restrição legítima, deve-se analisar inicialmente o âmbito de proteção do direito fundamental à privacidade, sob a ótica da visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Após, procede-se a análise da possível intervenção no direito fundamental e os limites impostos ao legislador, para, por fim, analisar se a restrição configura-se como legítima e, portanto, constitucional e convencional, ou ilegítima.

Assim, o presente trabalho objetiva analisar a restrição adotada no direito à inviolabilidade da correspondência de preso submetido ao regime disciplinar diferenciado, utilizando-se, para tanto, do método hipotético-dedutivo e da documentação indireta bibliográfica, subsidiada pela pesquisa doutrinária e jurisprudencial, notadamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, sem se olvidar das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos, em um saudável diálogo interdisciplinar, tudo sob o enfoque jurídico técnico.

1 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Em alguns momentos da história, a separação de presos considerados perigosos para a sociedade e para o estabelecimento prisional foi medida de rigor. Foucault, por exemplo, ao descrever o presídio de *Gloucester* afirmava como característica o confinamento total para os criminosos perigosos e, para os outros, o trabalho em comum durante o dia e separação à noite (2013, p. 119).

Da mesma forma, tal sistema influenciou a construção do presídio *Walnut Street*, o qual dividiu os prisioneiros em classes: a primeira classe

seria para os que foram condenados ao confinamento solitário, ou que cometeram faltas graves na prisão; outra classe seria para os condenados habituais ou cuja moral era depravada ou com temperamento perigoso; outra para aqueles delinquentes que fazem pensar que não são delinquentes comuns (FOUCAULT, 2013, p. 122).

No Brasil, a despeito de o Conselho de Política Criminal e Penitenciária ter opinado contrariamente, em razão do sistema penitenciário calamitoso, institui-se o regime disciplinar diferenciado, por meio da edição da lei 10.792/2003 (BITENCOURT, 2015, p. 646).

Tratando-se o regime disciplinar diferenciado como uma forma especial de cumprimento de pena em regime fechado (AVENA, 2018, p. 106), inseriu-se nele uma série de restrições aos condenados ou presos provisórios que, nos dizeres do art. 52, *caput*, da lei de Execução Penal, cometam fato definido como crime doloso, desde que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas ou, conforme o §1°, do mesmo artigo, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou, ainda, sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

Não se pode olvidar que as restrições no regime disciplinar diferenciado não são indenes a críticas, inclusive apregoam sua inconstitucionalidade. Isso porque, na visão de alguns doutrinadores, trata-se de separação desumana da pessoa presa rotulada como ameaça à segurança nacional (CARVALHO; WUNDERLICH, 2004, p. 06). Outrossim, Beccaria já professava que "Quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes, para subtrair-se à pena que mereceu pelo primeiro" (2013, p. 46).

Não bastasse isso, há severas críticas quanto à possível violação do Direito Penal do fato, eis que se pune o autor e não o fato por ele praticado (BITENCOURT, 2015, p. 649). Inclusive, faz-se alusão ao regime disciplinar diferenciado ao Direito Penal imposto por Ernst Mezger, que sugeriu 'a culpabilidade pela condução de vida', punindo-se a pessoa pelo que ela é e não pelo que fez (BITENCOURT, 2015, p.

649). Também, compara-se o regime disciplinar diferenciado ao Direito Penal do inimigo de Gunther Jakobs, conforme sustenta Busato: "A adoção do regime disciplinar diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e inimigos" (2004, p. 140).

Apesar das críticas, insta salientar que o regime disciplinar diferenciado é reconhecido como constitucional pelos tribunais superiores (*vide* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 40.300-RJ). Além disso, a mesma conclusão chegou a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Labita *versus* Itália, conforme ainda será comentado.

Dentre as restrições impostas no regime disciplinar diferenciado, destacam-se que o preso deverá recolher-se em cela individual, com duração de dois anos, podendo ser prorrogado esse prazo por mais um ano, desde que satisfeitas algumas das exigências previstas no §4°, do art. 52, da lei de Execução Penal, que o exercício das visitas, a saída da cela para banho de sol e as entrevistas, estarão sujeitas à restrição, além da fiscalização da correspondência.

A despeito da intervenção no direito fundamental à liberdade de correspondência, deve-se registrar que a Constituição Federal (art. 5°, inciso XII) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 11, 3), asseguram a inviolabilidade da correspondência. Em razão disso será analisado o âmbito de proteção e intervenção no aludido direito fundamental, a fim de se verificar a convencionalidade e a constitucionalidade da intervenção feita pelo legislador.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOLABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA

O direito à inviolabilidade da correspondência, assim como qualquer outro direito fundamental, não prescinde de um estudo dogmático aprofundado a respeito de seu conteúdo. É em razão disso que o segundo capítulo será destinado ao estudo do suporte fático do direito fundamental em exame.

Para a interpretação de seu conteúdo, que terá como alicerce a Constituição Federal, bem como a Convenção Americana sobre Di-

reitos Humanos, será analisada a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com o estudo do direito fundamental, poderá ser estudada a convencionalidade e constitucionalidade da regra que prevê a necessidade de fiscalização das correspondências de presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado e a norma prevista no art. 11, 3, da Convenção Americana e art. 5°, XII, da Constituição Federal que asseguram a inviolabilidade da correspondência.

2.1 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOLABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA

Entende-se por suporte fático do direito fundamental o conjunto de condições previstas por uma norma que, quando verificadas, geram alguma consequência jurídica e que possui como elementos, o âmbito de proteção e o âmbito de intervenção. (NOVELINO, 2016, p. 279). Nesse viés, o âmbito de proteção deve compreender qualquer ação, estado, fato ou posição, ou seja, não se exclui *prima facie* qualquer conduta do âmbito de proteção (NOVELINO, 2016, p. 282).

Assim, deve-se analisar o suporte fático do direito ao sigilo de correspondência, que, segundo a doutrina, é um desdobramento do direito à privacidade (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 634), a começar pelo estudo de seu âmbito de proteção.

Dispõe a Constituição Federal no art. 5° X e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no art. 11, 3, ser inviolável o sigilo da correspondência. Não bastasse a regulamentação, o direito ao sigilo de correspondência assegura o direito à privacidade e, conforme Novelino, a liberdade de comunicação "[...] impede, *prima facie*, qualquer tipo de intervenção" (2016, p. 360). Portanto, o sigilo da correspondência protege o conteúdo da comunicação, contra qualquer intromissão indevida (NOVELINO, 2016, p. 360).

Em relação ao âmbito de proteção do direito à privacidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Escher v. Brasil, ao interpretar o art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entendeu que "[...] o âmbito da privacidade caracteriza-se por estar isento e imune a invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte

de terceiros ou da autoridade pública" (2009, p. 36). Deve-se ressaltar que no caso investigava-se a violação das conversas telefônicas realizadas por autoridades brasileiras e, embora o art. 11, 3, da Convenção, não acomode expressamente em sua abrangência as comunicações telefônicas, a Corte concluiu que se trata de uma forma de comunicação incluída no âmbito do direito à privacidade (2009, p. 36). Em relação à finalidade, o direito fundamental "[...] se concretiza com o direito a que sujeitos distintos dos interlocutores não conheçam ilicitamente o conteúdo das conversas telefônicas ou de outros aspectos, como os já elencados, próprios do processo de comunicação" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2009, p. 36).

Essa mesma conclusão foi adotada no caso Ituango Massacres v. Colômbia: "O Tribunal considera que a esfera da privacidade se caracteriza por ser isenta e imune a invasões ou ataques abusivos e arbitrários por terceiros ou pelas autoridades públicas" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006, p. 86, tradução nossa).[11]

Analisado o âmbito de proteção, torna-se imprescindível à análise da possível intervenção, a fim de se analisar, posteriormente, se houve restrição legítima no direito ao sigilo das correspondências, ao se prever a necessidade de fiscalização das correspondências de presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado.

2.2 O ÂMBITO DE INTERVENÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOLABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA

Dispõe a Constituição Federal "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". A partir da redação, parte da doutrina passou a sustentar que apenas as comunicações telefônicas seriam passíveis de

11 The Court considers that the sphere of privacy is characterized by being exempt from and immune to abusive and arbitrary invasion or attack by third parties or the public authorities.

intervenção no direito fundamental (por todos: GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2009, p. 17).

Não obstante, é assente na dogmática dos direitos fundamentais que não existe direito fundamental com caráter absoluto, podendo ser objeto de limitações, quando em colisão com outros valores de ordem constitucional, inclusive com outros direitos fundamentais (BRANCO; MENDES, 2016, p. 141).

Fazendo-se alusão à proporcionalidade para limitação de direitos, entendeu o juiz García Ramírez da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Escher v. Brasil:

> Tem-se dito, com razão, que os direitos individuais não são absolutos. É possível restringi-los, limitá-los, condicionar seu exercício em função de bens e exigências de alto nível: direitos de terceiros, bem comum, por exemplo. No entanto, essa fronteira dos direitos individuais só cede sob o controle justificante e regulador de certos princípios, exatamente os mesmos que a Corte Interamericana tem explorado, com particular exigência, quando se refere às restrições legítimas do direito à liberdade, por exemplo, através de medidas cautelares: legalidade, necessidade (mais ainda, inevitabilidade: o meio empregado deve ser o único praticável), idoneidade, proporcionalidade, temporalidade (2009, p. 02).

Assim, conforme a doutrina e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível a intervenção em direitos fundamentais, notadamente quando tais direitos entram em rota de colisão com outros direitos fundamentais. É neste contexto que se deve investigar se tais intervenções configuram intervenção constitucionalmente fundamentada, caso em que haverá uma restrição, ou se se trata de uma intervenção não constitucionalmente fundamentada, hipótese em que haverá uma violação (NOVELINO, 2016, p. 280).

Outrossim, somente seria admissível a restrição se a sua permissão decorrer diretamente da Constituição, seja por restrição diretamente constitucional, seja indiretamente constitucional (ALEXY, 2008, p. 286-291). Na restrição indiretamente constitucional, inclui-se a possi-

bilidade de restrição nas hipóteses de reserva legal simples, qualificada e implícita, sendo que, neste último caso, a restrição deve almejar um fim constitucionalmente protegido (ALEXY, 2008, 291-295).

Referindo-se ao direito fundamental de correspondência, Novelino advoga que seria possível sua restrição quando "[...] justificada por princípios constitucionais de peso relativo maior, como no caso da interceptação da correspondência por presidiários como instrumento para práticas ilícitas, legitimada pelo princípio da segurança pública" (2016, p. 361).

Nesse contexto, inseriu-se, por meio do art. 52, VI, da lei de Execução Penal, a fiscalização das correspondências de presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado. Assim, para a análise da convencionalidade e constitucionalidade da referida norma, deve-se proceder ao estudo do limite à intervenção ao direito fundamental, a fim de se verificar se a intervenção é uma restrição ou violação.

2.2.1 Limite à intervenção ao direito fundamental

Não se desconhece a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, pois eles não possuem caráter absoluto, eis que eles podem possuir restrições diretamente constitucionais ou indiretamente constitucionais, notadamente quando se tem por objetivo fomentar outro fim constitucional, conforme visto no tópico *supra*. No entanto, a atividade legislativa de limitação dos direitos fundamentais não pode ser ilimitada, pois, caso isso fosse possível, "[...] os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder seu significado prático" (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 167).

Consagra-se, portanto, a doutrina dos limites dos limites - *Schranken-Schranke*n - dos direitos fundamentais, significando ser proibido proibir o direito fundamental além do necessário (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 167).

Assim, para posterior análise da intervenção no direito fundamental à liberdade de correspondência, deve-se analisar a própria limitação que o legislador está sujeito ao limitar direitos fundamentais. Nesse contexto, são considerados limites à atividade legiferante: o princípio

do núcleo essencial, o postulado da proporcionalidade e a vedação às restrições casuísticas (BRANCO; MENDES, 2016, p. 209-210).

Embora não adotada de maneira expressa, o princípio da proteção ao núcleo essencial pode ser extraído do art. 60, §4°, da Constituição Federal, que impõe como cláusula pétrea qualquer proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais (BRANCO; MENDES, 2016, p. 212-213).

Ato contínuo, entre os doutrinadores, discute-se sobre o conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais, vale dizer, se se adota uma concepção em que há um núcleo intangível, preestabelecido por meio da interpretação e insuscetível à restrição - teoria absoluta - ou se se adota uma concepção em que a proteção do núcleo essencial deve ser adotada em cada caso concreto, a depender do resultado da ponderação, com a justificação no postulado da proporcionalidade (NOVELINO, 2016, p. 284-285). Sem qualquer pretensão de analisar a melhor teoria aplicável, pois fugiria à proposta do presente artigo, adota-se a teoria relativa, pois compatível com a teoria principiológica de Alexy (NOVELINO, 2016, p. 285.

Ato contínuo, pelo princípio da proporcionalidade, impõe-se que a medida adotada pelo legislador seja adequada para alcançar o fim culminado; necessária, ou seja, indispensável e menos onerosa possível ao direito fundamental não satisfeito; e proporcional em sentido restrito, devendo a afetação ao direito fundamental, bem como a medida adotada, ser ponderada com os outros direitos fundamentais (ALEXY, 2009, p. 116-120).

Nesse sentido, a proporcionalidade em sentido estrito se expressa na otimização em relação aos princípios colidentes (ALEXY, 2009, p. 593). Segundo Alexy a lei da ponderação se expressa na seguinte fórmula: "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (2009, p. 594).

Ato contínuo, quanto ao princípio da vedação à restrição casuística, o qual é indissociável do princípio da igualdade, analisa-se se a medida adotada "[...] impõe um tratamento isonômico a todos os membros de uma mesma categoria essencial" (NOVELINO, 2016, p. 291). Assim, toda medida adotada que imponha restrições aos direitos

fundamentais de uma pessoa ou de várias pessoas determinadas ou que imponha restrições a uma pessoa ou a um círculo de pessoas, embora não determinadas, mas passíveis de determinação, deve ser reputada como uma restrição inconstitucional (CANOTILHO, 2003, p. 614).

Analisado o âmbito de proteção, de intervenção, bem como as limitações às restrições aos direitos fundamentais, há base sólida para a análise a respeito da intervenção feita no direito fundamental à correspondência dos presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado.

3 A INTERVENÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À CORRESPONDÊNCIA DO PRESO SUBMETIDO AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Conforme visto alhures, dentre as várias medidas restritivas inseridas no regime disciplinar diferenciado com redação dada pela lei 13.964/2019, inseriu-se a fiscalização das correspondências dos presos no art. 52, inciso VI, da lei de Execução Penal.

Conforme adverte Nucci, deve-se ressaltar que a fiscalização das correspondências de presos já vem ocorrendo há algum tempo nos presídios brasileiros (2020, p. 81). Isso porque, conforme sustenta o doutrinador, "[...] não se pode permitir que quem perdeu a liberdade possa ter ampla liberdade de troca de correspondências; afinal, planos para matar autoridades e outras pessoas foram descobertos ao longo do tempo justamente pela verificação da correspondência". (2020, p. 81).

Outrossim, em razão da restrição feita pelo legislador ao direito fundamental à correspondência, deve-se analisar se a medida restritiva está dentro dos limites de atuação do poder legislativo, a começar pelo exame da proporcionalidade, que tem por condão verificar a possível intervenção no núcleo essencial do direito fundamental. Deve-se analisar, portanto, se a medida é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

De início, a medida é adequada para alcançar outro fim constitucional, pois, conforme adverte a doutrina, haverá o impedimento para a entrada ilegal de objetos proibidos, bem como de evitar a participação do preso em grupo criminoso ou com práticas ilícitas (MASSON, 2020, p. 526).

Ademais, não se vislumbra uma medida menos gravosa a fim de alcançar o fim culminando, até porque não se trata de vedação absoluta ao direito de correspondência, mas, como prevê o art. 52, VI, da lei de Execução Penal, de fiscalização da correspondência, de modo a garantir a ordem pública e as liberdades alheias, conforme a doutrina de Cunha: "[...] a fiscalização se legitima como importante instrumento para a garantia da ordem pública e das liberdades alheias". (2020, p. 356).

Outrossim, a fiscalização da correspondência não é medida permanente, mas temporária enquanto o preso está submetido ao regime disciplinar diferenciado, pelo prazo máximo de dois anos, renovável uma única vez (art. 52, inciso I e §4°, da lei de Execução Penal).

Destarte, não se está retirando o direito do preso de contato com o mundo externo, conforme aconteceu no caso Loayza Tamayo Vs. Perú, mas de medida que possibilita a fiscalização da correspondência, sem prejuízo do conhecimento de seu conteúdo pelo destinatário.

No mesmo contexto do julgado, a regra 03 das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos prevê que a privação do contato do preso com o mundo externo é penosa, devendo o estabelecimento prisional não agravar esta situação, salvo nos casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos necessários para manter a disciplina.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, consultando o acervo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constata-se a decisão pela admissibilidade da violação da correspondência, pois, *in casu*, constatou-se o plano de fuga de presos considerados perigosos, bem como o plano de sequestro de um juiz de direito, sendo violado o sigilo de correspondência em uma determinada penitenciária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70814-SP).

Nesse sentido, comentando o aludido julgado sob a ótica da proporcionalidade, Antônio Scarance Fernandes entende possível a interceptação de correspondência de presos, pois a vida do juiz de direito e a segurança do presídio devem prevalecer no juízo de proporcionalidade em relação ao sigilo de correspondência (2007, p. 95).

Depreende-se que o referido julgado está em consonância com a máxima *alexyana* de que "Quanto maior for o grau de não-satisfação

ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2009, p. 594), pois entendeu-se pela satisfação do direito à vida e a segurança do presídio em detrimento da não-satisfação do direito ao sigilo da correspondência, em virtude da maior importâncias daqueles fins constitucionais.

Não obstante, conforme visto, para a devida intervenção "[...] impõe um tratamento isonômico a todos os membros de uma mesma categoria essencial" (NOVELINO, 2016, p. 291). Portanto, em tese, não seria possível a restrição do direito à inviolabilidade de correspondência apenas de determinados presos, vez que se conferiria tratamento distinto para pessoas na mesma situação fática.

A despeito disso, a inclusão de determinados presos em regime mais rigoroso é necessária, pois em consonância com o comportamento diferenciado do seu destinatário (MASSON, 2020, p. 528).

Ademais, no caso de presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado, não se vislumbra a restrição de determinados direitos a presos específicos dentro deste regime, mas, conforme prevê o art. 52, VI, da lei de Execução Penal, trata-se de previsão genérica, a fim de possibilitar a fiscalização da correspondência de todos os presos submetidos ao regime, tudo isso em virtude da diferenciação de tais presos em relação aos presos comuns. A propósito, à luz do direito internacional dos direitos humanos, tal diferenciação é legítima conforme decisão prolatada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no ano de 2000, no caso Labita c. Itália, onde considerou ser legítima a realização de medidas preventivas, inclusive para presos provisórios, a serem tomadas contra pessoas suspeitas de serem membros da máfia, com a finalidade de impedir crimes.

Além disso, houve a alegação de violação do direito ao sigilo da correspondência, previsto no art. 8, parágrafo 1°, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que apenas impõe a restrição no direito nos casos previstos em lei e considerados necessários em uma sociedade democrática no interesse da segurança nacional, da segurança pública ou do bem-estar econômico do país, para a prevenção de desordem ou crime, para a proteção da saúde ou da moral, ou para a proteção dos direitos e liberdades de terceiros (art. 8°, parágrafo 2°).

No caso, embora a Corte tenha entendido, junto com o Governo e a Comissão Europeia de Direitos Humanos que havia ocorrido violação ao direito de correspondência, deixou assentada a tese de que seria possível a restrição deste direito, desde que em conformidade com algumas das hipóteses previstas no art. 8°, parágrafo 2°, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Além disso, o julgado está em consonância com as Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos, pois, conforme prevê a regra 58, há expressa previsão da necessária supervisão da comunicação de presos com o ambiente externo. Assim, prevê a regra, sem grifos no original: "Os reclusos devem ser autorizados, **sob a necessária supervisão**, a comunicar periodicamente com as suas famílias e com amigos: (a) Por correspondência e utilizando, se possível, meios de telecomunicação, digitais, eletrônicos e outros [...]".

Portanto, nada impede que medidas restritivas, como a fiscalização de correspondência, sejam impostas a um grupo determinado de presos considerados perigosos, a fim de se tutelar outros valores merecedores de tutela, como outros direitos fundamentais.

Contudo, deve-se fazer uma ressalva. Tratando-se de correspondência direcionada ao advogado do preso, não cabe sua fiscalização, pois, conforme adverte Cunha ao se referir ao contato do preso com o mundo externo: "o inciso V prevê o monitoramento de qualquer contato do preso com o mundo externo, exceto a comunicação com seu defensor, resguardando, assim, o direito de defesa e o exercício livre da advocacia" (2020, p. 356). Nesse caso há previsão expressa no art. 7°, III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a respeito da comunicação reservada entre advogado e cliente, mesmo na hipótese de prisão deste. Assim, o próprio legislador assegurou a reserva de conversa entre o preso e o advogado, sem fazer qualquer restrição.

No entanto, mesmo nessa hipótese, Cunha adverte pela possibilidade de monitoração da conversa com o advogado, se houver fundada suspeita de que a comunicação está sendo realizada para a prática de infrações penais, vez que não há liberdades públicas com caráter absoluto (2020, p. 356).

CONCLUSÃO

Conforme observado, o âmbito de proteção do direito à inviolabilidade da correspondência protege o conteúdo da comunicação, contra qualquer intromissão indevida. Porém, como os direitos não possuem caráter absoluto, estão sujeitos à intervenção em seu âmbito de proteção, podendo ser restrição diretamente constitucional, quando expressamente previsto na Constituição, ou indiretamente constitucional, nas hipóteses de reserva legal simples, qualificada ou implícita. Neste último caso, admite-se a restrição quando se almeja alcançar outro fim constitucional.

Não obstante, a restrição não é uma atividade ilimitada a cargo do legislador, pois esse está limitado por alguns parâmetros retirados da ordem jurídica, tais como: a proteção do núcleo essencial, o postulado da proporcionalidade e a vedação à restrições casuísticas.

Embora a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Constituição Federal assegurem à inviolabilidade da correspondência, verificou-se que a fiscalização da correspondência de presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado é legítima.

Isso porque a restrição está de acordo com o postulado da proporcionalidade, não havendo violação ao núcleo essencial e não se tratando de restrição casuística.

Ademais, conforme visto no julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, é possível a instituição de medidas gravosas em relação a determinados presos considerados perigosos, inclusive a fiscalização do sigilo de correspondência, em consonância com as Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos.

A única ressalva que restou observada é a vedação da fiscalização de correspondência de presos quando em contato com seu advogado, pois tal direito já foi previamente ponderado pelo legislador. Porém, mesmo nesta hipótese, admite-se a possibilidade da fiscalização, mediante prévia decisão judicial, quando há fundadas razões da utilização da correspondência com o advogado para práticas de crimes.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7 ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 21 ed. rev. ampl. a atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Decreto 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. 06 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Lei 8.906 de 04 de julho de 1984. Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil**. Diário Oficial da União**. Brasília, DF. 04 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 40.300-RJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 07 jul. 2005. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70814-SP. Min. Rel. Celso de Mello, Brasília, DF, 01 mar. 1994. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706523/habeas-corpus-hc-70814-sp>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 14, n. 4, p. 137-145, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. O suplício de Tântalo: a lei n. 10792/03 e a consolidação da política criminal do terror. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 11, n. 134, jan. 2004.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS: **promulgada pelo decreto n° 678 de 06 novembro de 1992**. Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 04 maio de 2020.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM: 04 nov. 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>, acesso em: 21 jun. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Ituango Massacres v. Colômbia**: Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_ing.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**: Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). 1997. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Acesso em: 22 de jun. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escher e outros vs. Brasil**: Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. ampl. a atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches da. **Pacote Anticrime - Lei 13964/2019: Comentários às Alterações do CP, CPP e LEP**. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Labita v. Italy julgament**. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/402a05eba.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; GOMES FILHO, Antonio Magalhães.; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral (arts. 1° a 120). vol. 1. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**. Regras mínimas das Nações Unidas para tratamento de reclusos**. Disponivel em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

DIREITO PENAL DO INIMIGO VERSUS O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
Villeneuve Lima Rodrigues

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 surgiu como uma resposta ao regime militar vivido pelos brasileiros desde 1964, abarcando em seu bojo a expansão de conceitos como cidadania e democracia plena. Como princípio constitucional, temos no Brasil que nenhum ser humano figurará aquém do título de cidadão. Como devido processo legal, entende-se o conjunto de normas e princípios doutrinários que regem o direito no sentido de subordinar os conflitos, quando necessário, a lei e aos procedimentos uniformemente adequados, no sentido de garantir a devida execução da objetividade da justiça, a manutenção dos costumes, a segurança jurídica e que será apreciado por todos os cidadãos.

Nesse cenário, o conceito de direito penal do inimigo surge como figura infame aos olhos do ordenamento jurídico brasileiro. Tal noção, criada pelo professor alemão Günther Jakobs, sugere que o cidadão que cometer infrações penais repetidamente ou com extrema gravidade em seus atos acaba por perder o título de "cidadão" e, com isso, passa a não ter mais direitos, inclusive o direito ao devido processo legal. A problemática em questão gira em torno do contraste entre os princípios

constitucionais estabelecidos em 1988 e o direito penal do inimigo, considerando que na nossa legislação existem exemplos claros do tal conceito alemão, vide o art. 52 da Lei de Execução Penal, o famigerado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

No ano de 2017, foram registrados no Brasil cerca de 60 mil casos de homicídios. Tal índice, é uma constante que cresce desde 2005 (CAESAR; REIS, 2018), põe em dúvida a eficácia do sistema legal/judicial do país, sobretudo no que se refere às políticas de segurança pública.

Diante de tal cenário, é natural e justo que surja um desejo por mudanças no aparelhamento legislativo, no sentido de resolver o cenário catastrófico que se instalou no Brasil. No entanto, há de se observar a constitucionalidade das propostas levantadas.

O presente artigo irá discorrer sobre o que é chamado pela doutrina mundial de ''Direito Penal do Inimigo'', com ênfase no questionamento sobre a legalidade de tal política no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente se posto em paralelo com o princípio do devido processo legal.

Alguns autores se propõem a discutir sobre o tema do Direito Penal do Inimigo, levantado por Jakobs durante a década de 90, dentre eles o autor Rogério Greco (2009) em seu Livro "Direito Penal do Equilíbrio", onde o principal intuito da obra é defender a real utilização do Direito Penal como *ultima ratio* e, com isso, formular uma crítica sobre qualquer tipo de extremismo através da utilização desse ramo.

Greco (2009) classifica o Direito Penal do Inimigo como uma vertente da família do Direito Penal Máximo, que tem como ideia principal a aplicação de um direito penal mais rígido quanto às penas e abrangendo um maior número de condutas. O Direito Penal do Inimigo tem como ideia principal a separação entre cidadão e inimigo do Estado, com isso um indivíduo considerado "inimigo" do Estado estaria sem a proteção de direitos e garantias fundamentais durante um suposto processo penal, o que o sujeitaria a uma pena mais severa e a um processo muito mais rápido, já que não seria seguido o devido processo legal.

Com essa ideia de alterar o devido processo legal para um "inimigo" do Estado, Greco (2009) classifica que o Direito Penal do Inimigo

estaria em uma terceira velocidade do Direito Penal, uma velocidade com características híbridas, advindas tanto da aplicação do Direito Material Penal (Código Penal, tido como primeira velocidade) quanto do Direito Especial (Contravenções Penais, juizados Especiais, processam mais rápido, segunda velocidade).

Ainda em sua obra há uma crítica ao que seria o Inimigo do Estado, já que o Estado ao adotar tal posicionamento estaria agindo em um Estado de guerra, e Jakobs usa como maior forma de exemplificar seu pensamento os grupos terroristas, mas há o questionamento, o que mais poderia ser considerado inimigo do Estado? Facções Criminosas? Cartéis? Pequenas quadrilhas? É uma questão muito ampla e que com toda essa abertura gera conflitos para classificação.

Em seu artigo ''Regime Disciplinar Diferenciado Como Produto de um Direito Penal do Inimigo'', Paulo César Busato (2004), através de uma comparação feita entre a lei n° 10.792 de 1° de dezembro de 2003 (mais conhecida como Lei do Regime Disciplinar Diferenciado) e os conceitos que representam o Direito Penal do Inimigo, esclarece que tal ideia se baseia na análise subjetiva do criminoso em questão – mais especificamente no que diz respeito à sua classe social – ao invés do aspecto racional do direito, o qual busca a concretização da Justiça, baseando-se apenas nos fatos, normas e costumes. De tal modo, em seu entendimento, representa-se como uma espécie de distorção do Direito Penal provocada pelo modelo Liberal-Burguês.

Busato (2004) também explica que, na visão de Günther Jakobs, o Direito Penal como um todo se trata de uma formalização legal do que seria uma reação a um ataque inimigo, – o que, para ele, tornaria válida a assunção de que o Direito Penal serve como uma forma de retaliação da sociedade ao indivíduo criminoso, ao invés da materialização da Justiça – tornando válida uma subversão no ponto de vista do Estado no que se refere ao Direito Penal e às Políticas Públicas de Segurança, uma vez que, ao lidar com o inimigo, torna-se válida uma preparação para fatos futuros, em detrimento do julgamento de fatos passados.

Nesse sentido, esta pesquisa tem como objetivo geral: a) verificar a constitucionalidade da aplicação de uma forma de direito penal do inimigo. Objetivos específicos: b) comparar a aplicação do direito pe-

nal do inimigo com o rito do devido processo legal que é aplicado no Brasil; c) apresentar formas de aplicação dessa vertente penal no nosso ordenamento jurídico; d) analisar a sua efetividade.

A metodologia, por sua vez, baseou-se na busca de pesquisa bibliográfica, com levantamento de dados. A pesquisa também conta com metodologia qualitativa, baseada em seleção de artigos, pesquisas e livros, específicos ou tangentes ao tema, além de seminários.

2. NUANCES CONCEITUAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria criada pelo professor Günther Jakobs (2007) onde segundo ele existem duas formas do Direito Penal no Ordenamento Jurídico, são elas: do cidadão e do inimigo. A primeira faz referência aos delitos de menor potencial ofensivo, os quais se tem a ideia de que é possível se recuperar o indivíduo através da aplicação de alguma sanção; já a segunda forma faz referência aos crimes de alto potencial ofensivo, onde se tem a ideia de que o indivíduo alcançou um status de inimigo do Estado e para a sociedade perde o seu caráter de cidadão.

Jakobs na obra conjunta com Manuel Cancio Meliá (2007) intitulada "Direito Penal do Inimigo: *Noções e Críticas*" tenta de uma forma simples e direta explicar seu pensamento e seus embasamentos, citando filósofos clássicos como Rousseau, Kant e Hobbes. Através disso ele explica que, na verdade as pessoas as quais ele denomina "inimigos" são na verdade pessoas que se distanciaram do Direito de uma forma que não tem outra solução senão um tratamento mais severo por parte do Estado, e consequentemente uma sanção mais pesada além de um devido processo legal suprimido ou quase inexistente.

Com o atentado de 11 de Setembro, esse tema ganhou notoriedade de fato, uma vez que os terroristas trouxeram uma imagem para a sociedade do que seria esse "inimigo" do Estado o qual Jakobs tanto se refere, por vários motivos, mas principalmente pelo estado similar ao de guerra que conflitos com esses grupos trazem a sociedade, inclusive o próprio autor utiliza como exemplo (na maior parte das vezes) esses

grupos. A questão é: apenas terroristas são considerados inimigos? E se a resposta for não, quem mais se encaixaria?

Nesse toar, interessante se faz a síntese feita por Cleber Masson em sua obra "Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)" acerca do pensamento de Jakobs:

> Inimigo para ele é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um cidadão e, por consequência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas (MASSON, 2020, p.93).

O Direito Penal destinado a tutelar a norma é o que Jakobs chama de Direito Penal do cidadão, que não perde seu status de pessoa em face dos delitos que comete. O "Direito" Penal aqui analisado (do inimigo) não se trata de um Direito propriamente dito, mas de uma coação contra aquele que põe em perigo a paz e a segurança social, persistindo na reiteração dessa quebra de princípios.

Com isso torna-se algo muito complexo, logo é impossível dar uma resposta simples, no Estado brasileiro por exemplo, Rogério Greco (2009) em sua obra "Direito Penal do Equilíbrio" indaga se os grupos de traficantes de Drogas se encaixariam nesse perfil, no entanto o autor parece não ter chegado a alguma conclusão, provavelmente porque como o Brasil não adota a teoria de Jakobs não há nenhuma espécie de rol especificação na lei sobre o assunto, tornando apenas uma questão doutrinária na qual o criador da discussão não se aprofundou.

2. 1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM CARÁTER TRANSNACIONAL

Em se tratando da temática do Direito Penal do Inimigo, é possível vislumbrar, ainda, a sua aplicação em caráter transnacional. Isso ocorre uma vez que o Direito Penal do Inimigo é imposto não só em relação aos nacionais, mas também em relação aos estrangeiros.

Nesse toar, interessante se faz a análise proposta por Anderson Vichinkeski Teixeira em seu artigo "Verso um diritto penale transnazionale del nemico? Um'analisi comparativa del concetto di terrorista nelle leggi antiterrorismo di Italia, Francia e Brasile":

> *Dopo gli attacchi terroristici dell'11 settembre e tramite il Patriot Act, gli Stati Uniti hanno iniziato a imporre un vero e proprio regime di ampia restrizione dei diritti fondamentali dellapropria popolazione e di ogni individuo stranie-ro, diventatopertanto passibile di esseresottopostoall'espressione "collabo-rare con il terrorismo". L'adesione delle potenze europee e di altri alleati de-gli Stati Uniti a simili politiche restrittive nei confronti dei diritti umani degli accusati di terrorismo ha resopossibile parlare della nascita di un diritto pe-nale transnazionale del nemico*[12] (TEIXEIRA, 2018, p.15).

Como é possível visualizar, alguns países, em especial os Estados Unidos da América, por conta dos atentados terroristas que ocorreram no começo do século XXI acabaram por tomar medidas que viriam a caracterizar o Direito Penal do Inimigo em seu caráter transnacional.

2.2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS IMPLICAÇÕES

O avanço moral das sociedades, assim como o avanço tecnológico, encontra em sua história uma progressão temporal, a qual é representada por marcos específico a cada aspecto da conjuntura ética do ser humano. Não é de se estranhar, portanto, que o sistema processual inquisitivo amplamente adotado na Europa durante o século XIII seja duramente criticado nos dias atuais e pareça extremamente inadequado

12 "Após os ataques terroristas de 11 de setembro e por meio da Lei do Patriota, os Estados Unidos começaram a impor um regime real de ampla restrição aos direitos fundamentais de sua população e de todo indivíduo estrangeiro, que, portanto, passou a ser sujeito à expressão "collabo raro com o terrorismo". A adesão das potências européias e de outros aliados dos Estados Unidos a políticas restritivas similares aos direitos humanos dos acusados de terrorismo tornou possível falar do nascimento de um direito penal transnacional do inimigo." (tradução nossa)

à modernidade vigente. Tendo isso em mente, para entender o princípio do Devido Processo Legal, é preciso compreender suas implicações práticas, sob o escopo de uma análise histórica.

O princípio do Devido Processo Legal surgiu na Inglaterra no ano de 1.215, com a promulgação da chamada Magna Carta, pelo rei João, também conhecido como João Sem Terra. Tais documentos, em face do crescente acúmulo de poder por parte da Monarquia da época, visava limitar o poder de atuação do governante sobre a sociedade civil sob diversas óticas do Direito, estabelecendo diretrizes básicas para o funcionamento dos julgamentos nos tribunais ingleses, como, por exemplo, a aplicação do princípio da Proporcionalidade e a observação de certos ditames processuais no curso do julgamento.

Apesar de ainda serem bastante rústicas as diretrizes formuladas na Magna Carta, suas consequências práticas foram a relativa uniformização dos processos e o consequente desenvolvimento de uma segurança jurídica – o inglês não mais temia ser atacado injustamente por membros poderosos da sociedade através do sistema judiciário. Os julgamentos produzidos sob a égide da Magna Carta, considerando o sistema common Law[13] historicamente adotado na Inglaterra – no qual decisões passadas possuem maior peso jurídico que a Lei – gerou uma corrente intelectual defensora dos direitos da sociedade civil, a qual deu origem à Declaração de Direitos de 1689, que estabelecia direitos e vedações aos Parlamentos e consolidava o princípio do Devido Processo Legal.

Explicitado pela Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5°, inciso LIV, o princípio do Devido Processo Legal no Brasil é produto do histórico de restrição de poder político e de consolidação da objetividade da justiça. Tendo inspiração também na Deontologia de Immanuel Kant[14], o princípio do Devido Processo Legal tem como objetivo não só garantir a uniformização dos processos e a garantia da segurança

13 Sistema de Direito cuja aplicação de notas e regras não está escrita e sim baseada nos costumes locais ou pela jurisprudência.

14 Deontologia, na filosofia moral contemporânea, é uma das teorias normativas, segundo a qual as escolhas são moralmente necessárias, proibidas ou permitidas. Teoria do Dever.

jurídica, mas também de reduzir o poder de repressão estatal sob o cidadão brasileiro, através da vinculação da norma processual ao procedimento nos tribunais, respeitando sempre a Constituição e tendo como base para atuação o sistema de pesos e contrapesos estabelecido na atual democracia.

Através do princípio Constitucional do Devido Processo Legal, derivam-se asserções de natureza prática indissolúveis e indispensáveis para a manutenção da justiça no Brasil. É vedado o abuso de autoridade por parte dos sujeitos processuais atrelados ao Estado e garantido o contraditório, no sentido de resguardar a pessoalidade das partes nas vias de processo, atentando-se apenas à aferição de fatos, à constatação de suposta culpabilidade e à eventual execução de sanção.

Elencados no artigo 5°, inciso LV da Constituição Federal, estão os subprincípios norteadores do devido processo legal: o contraditório e a ampla defesa. Tais subprincípios, sendo eles, na verdade, a materialização de um só conceito e que são derivados do devido processo legal, são citados na Constituição para dar forma ao princípio maior, dispondo regras para a prática jurídica.

Fica evidente, portanto, que a ampla defesa e o contraditório não representam, no atual ordenamento jurídico brasileiro, o mero direito de resposta dado à parte acusada: também significa que a sua inocência é presumida, que a cada sentença cabe recurso, e que o processo será estritamente impessoal, se afastando da decisão do juiz qualquer menção que leve ao constrangimento e discriminação quanto à índole e a condição social de qualquer das partes.

2.3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO, SOB A ÓTICA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL

Uma das principais características do Direito Penal do Inimigo é o adiantamento da pena em detrimento do processo nas instâncias jurídicas. Como explica Meliá (2007, p. 19) o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva

(ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.

Tal adiantamento de sanções penais já ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso do instituto da multa – apesar de que não é considerada, nesse caso, uma ofensa direta ao devido processo legal, tendo em vista o caráter meramente educativo da multa, que é utilizada como forma de advertência anterior a uma pena mais rígida geralmente aplicada após a reincidência criminal.

A aplicação de penas sem o curso de um processo em júri, não se tratando de sanção de caráter de advertência, configura, no ordenamento jurídico brasileiro, uma infração ao Devido Processo Legal – na verdade, tal ideia é uma completa antítese ao que o contraditório e a ampla defesa pregam. Não se pode exigir a objetividade da Justiça se esta não for aplicada de forma uniforme e universal, o que geraria um completo estado de anomia jurídica, tendo em vista a ausência de segurança jurídica causada pelo desuso de um processo formal e uniforme de julgamento de causas.

Outro elemento fundamental do Direito Penal do Inimigo é a antecipação da acusação em relação à concretização do fato. Nesse sentido, Masson (2020, p.94) afirma se tratar de um Direito Penal Prospectivo, isto é, com visão para o futuro, adiantando a tutela penal para atingir inclusive atos preparatórios.

Um dos corolários do Devido Processo Legal é que o julgamento deve se pautar em fatos que já ocorreram – daí nasce à necessidade da produção de provas para endossar a decisão do magistrado e o estabelecimento de uma uniformização no ordenamento jurídico penal no tocante à aplicação da norma no tempo e espaço. A ''acusação presumida'', permitida pela lógica de Jakobs, remete ao período da história humana em que o processo penal adotou um caráter inquisitivo – em meados do século XII – no qual prevalecia no processo, sobretudo, o poder de iniciar uma ação penal mediante acusação em detrimento até mesmo da ocorrência de fato abarcado pelo Direito.

A anteposição da acusação frente ao processo em detrimento dos fatos remete também à análise pessoal do acusador sobre o acusado. No Direito Penal do Inimigo, as características pessoais do acusado são consideradas preceito essencial do julgamento. Como descreve Meliá (2007, p.20) o Direito penal do inimigo jurídico-positivo vulnera assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos o princípio do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do fato se estende como aquele princípio genuinamente liberal de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, quer dizer, como rechaço de um Direito penal orientado com base na ''atitude interna'' do autor.

Tal ''atitude interna'' é impossível de ser mensurada pelo ser humano de forma justa, de modo tal que a judicialização deste comportamento provoca, invariavelmente, uma série de injustiças cometidas sob a égide do próprio Estado – principalmente se interpretadas de forma extensiva, de modo a levantar características pessoais do acusado. A Alemanha Nazista foi o maior exemplo encontrado na contemporaneidade da aplicação de tais preceitos. Segundo Greco:

> Com a assunção de Hitler ao poder, o partido nacional-socialista tratou, imediatamente, de começar a reorganizar, de acordo com seus critérios escusos, o Estado alemão, culminando em 1944, com a edição do projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos estranhos à comunidade, que nos foi trazido à luz, recentemente, por meio de um trabalho incansável de pesquisa levado a efeito pelo professor Francisco Muñoz onde, em sua obra intitulada Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo (GRECO, 2009, P.21).
>
> Tal projeto, considerado como um dos mais terríveis da história do Direito Penal propunha, dentre outras coisas: a) a castração dos homossexuais; b) a prisão por tempo indeterminado dos considerados associais, ou seja, pessoas que tivessem um comportamento antissocial, a exemplo dos vadios, prostitutas, alcoólatras, praticantes de pequenas infrações penais, etc., sem

> que houvesse necessidade, inclusive, de que tivessem praticado qualquer delito; c) a esterilização, a fim de evitar a propagação daqueles considerados associais e inúteis para a sociedade (GRECO, 2009, P.21).

O Princípio da Isonomia, que norteia não só o Devido Processo Legal, mas também todas as atividades do Estado, rejeita qualquer menção à condição social ou característica inerente à pessoa do acusado no curso do processo. Previsto no Artigo 5º *caput* da Constituição Federal de 1988, tal princípio determina que todos devem ser tratados como igual perante a Lei. Isso significa que qualquer menção normativa e jurisprudencial no ordenamento legal brasileiro deve ser tida como inconstitucional e, portanto, nula.

3. A LEI ANTITERRORISMO (LEI Nº 13.260/16) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ano de 2016 foi promulgada no Estado brasileiro uma lei que trata especificamente do terrorismo, trata-se da famosa Lei nº 13.260/16, também conhecida popularmente como "Lei Antiterrorismo".

Nesse ponto, interessante mencionar que no que tange aos crimes dessa lei, é possível verificar traços de um Direito Penal Prospectivo, permitindo a incriminação de algumas condutas de natureza meramente preparatória. No entanto não se pode afirmar que tal norma trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do Direito Penal do Inimigo, uma vez que, embora incriminando atos preparatórios, isto é, condutas que não foram ainda exteriorizadas, há a incidência de um devido processo legal com relação aos crimes previstos nessa lei, não se tratando, portanto, do caso de classificar o indivíduo como "inimigo" do Estado.

No que tange ao conceito de terrorista, a Lei Antiterrorismo não delimitou o seu conceito, fato abordado por Anderson Vichinkeski Teixeira em seu artigo "Verso um diritto penale transnazionale del nemico? Um'analisi comparativa del concetto di terrorista nelle leggi antiterrorismo di Italia, Francia e Brasile":

> *L'innovazione più importante e polemica in materia di lotta contro il terrori-smo è statala promulgazione della Legge n. 13.260, del 2016, la c.d. Lei Anti-terrorismo. L'obiettivo di inserire il paese nella prospettiva internazionale di criminalizzazione del terrorismo è molto chiaro dal primo all'ultimo articolo della Legge. Come nelle normative italiana e francese, il legislatore brasiliano non ha dato la definizione di"terrorista", ma all'art. 2 definisceilterrorismo come il risultato di atti commessi da uno o più individui per ragioni di «xeno-fobia, discriminazione o preconcetti di razza, colore, etnia e religione, allo*[15] (TEIXEIRA, 2018, p. 18).

Como é possível verificar, embora se trate de uma norma penal incriminadora com caráter mais severo para com os crimes que estão em seu bojo, a Lei Antiterrorismo não pode ser considerada como incidência do Direito Penal do Inimigo idealizado por Jakobs. Tal confirmação se dá, pois, ao tentar classificar a Lei Antiterrorismo quanto à espécie de Direito Penal, claramente se trata, no máximo, da incidência de um Direito Penal Máximo, o qual ainda está abaixo do nível severidade proposta por Jakobs.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o Direito Penal do Inimigo se mostra completamente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Considerando o histórico recente do neoconstitucionalismo, no qual se faz presente a universalização de preceitos fundamentais para a legitimidade do Estado Democrático de Direito, a manutenção jurisprudencial nos tribunais deve estar em conformidade com o Devido Processo Legal não somente em abstrato, mas levando em conta o processo histó-

15 "A inovação mais importante e controversa na luta contra o terrorismo foi a promulgação da Lei nº. 13.260, de 2016, o chamado Você anti-terrorismo. O objetivo de colocar o país na perspectiva internacional de criminalização do terrorismo é muito claro do primeiro ao último artigo da lei. Como nos regulamentos italiano e francês, o legislador brasileiro não deu a definição de "terrorista", mas no art. 2 define terrorismo como resultado de atos cometidos por um ou mais indivíduos por razões de "xenofobia, discriminação ou preconceitos de raça, cor, etnia e religião, alo" (tradução nossa).

rico responsável pela uniformização das sentenças e pela apreciação da objetividade da Justiça, bem como pelo apreço à segurança jurídica.

Além disso, o Direito Penal do Inimigo vai de encontro a princípios com bastante influência na nossa Constituição, são eles os princípios oriundos dos Direitos Humanos, estes que são a base para as cláusulas pétreas. Essas cláusulas são mais uma afirmação da inaplicabilidade dessa vertente do Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse toar, é válido mencionar, ainda, que embora o Estado brasileiro tenha sancionado em 2016 a Lei antiterrorismo, não é correto afirmar que esta configura uma inserção do Direito Penal do Inimigo dentro do ordenamento jurídico. Isso ocorre pelo fato da Lei 13.260/16, muito embora tenha traços de um Direito Penal Prospectivo, não desrespeitar os limites constitucionais impostos pela Constituição Federal de 1988, conhecida como "Constituição Cidadã".

Por fim, é preciso enfatizar a necessidade de cautela por parte do legislador ao sancionar novos projetos de lei em matéria penal, uma vez que em se tratando desse ramo, além de tratar-se da *ultima ratio* do Ordenamento Jurídico, trata-se também do ramo que põe mais risco aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em 29 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003.** Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm. Acesso em 29 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 13.260 de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm. Acesso em 02 jul. 2020.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, ano, v. 4, p. 137-145, 2004.

CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. **Brasil registra quase 60 mil pessoas assassinadas em 2017.** G1, publicada em 22 de março de 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/brasil-registra-quase-60-mil-pessoas-assassinadas-em-2017.ghtml. Acesso em 06 jul. 2020.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio.** 4. Ed. Niterói: Impetus, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo:** Noções e críticas. 2°. Ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito Penal:** parte geral (arts. 1º a 120). 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. v. 1.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Verso un diritto penale transnazionale del nemico? Un'analisi comparativa del concetto di terrorista nelle leggi antiterrorismo di Italia, Francia e Brasile**. Archivio Penale**, 2018, n.2. Disponível em: http://www.archiviopenale.it/verso-un-diritto-penale-transnazionale-del-nemico-unanalisi-comparativa-del-concetto-di-terrorista-nelle-leggi-antiterrorismo-di-italia-francia-e-brasile-di-a-vichinkeski-teixeira/contenuti/6880. Acesso em 02 de jul de 2020.

JUSTICEIRO E O DIREITO DE PUNIR

Otávio Augusto Gonçalves da Silva

INTRODUÇÃO

Em um primeiro olhar, muitos apenas observam filmes, livros, quadrinhos, entre outras mídias de entretenimento apenas como diversão de um fim de semana para distrair a menta depois de uma semana conturbada no trabalho ou na escola. Porém, filmes, livros, quadrinhos são mais do que isso. Algumas vezes os autores colocam implicitamente ou explicitamente temas atuais da sociedade, e, para uma pessoa que é observadora, pode soar como uma crítica a valores que deixamos de lado ou que precisamos rever.

É aqui que se enquadra melhor do que nunca a frase do filósofo Aristóteles: a arte imita a vida. Frank Castle, um personagem da Marvel Comics – conhecida como a Casa das Ideias – pode ser considerado herói ou não por parte das pessoas devido ao seu estilo de ajudar a população. Podemos dizer que ele não está nem pensando em primeiro momento em ajudar a população e sim pensando em chegar apenas ao seu objetivo: acabar com todos os criminosos. Castle ou Justiceiro, faz a justiça com as suas próprias mãos. É o que chamamos de autotutela, o meio mais primitivo de resolução de conflitos.

O presente trabalho aborda o personagem, sua origem, seu simbolismo e o método da autotutela como meio de resolução de conflitos. O Estado neste ponto é importante, uma vez que ele é o único detentor do direito de punir, não alcançando os particulares resolver seus problemas por eles mesmos. É vedado por lei.

Para o desenvolvimento do artigo, utilizou-se a pesquisa pura, descritiva e bibliográfica. Quanto a sua abordagem do problema, utilizou-se a pesquisa qualitativa.

Para a melhor compreensão do que se pretende com o artigo, ele está dividido nas seguintes seções: Justiceiro, Autotutela como Meio de Solução de Conflitos, Direito de Punir, Meios Alternativos de Solução de Conflitos e Considerações Finais.

Na primeira seção, é destacado a origem do personagem e o que o motivou a agir sozinho em busca de sua vingança pessoal, além de demonstrar como o seu simbolismo é representado na sociedade. Na seção seguinte, temos o desenvolvimento do que é a autotutela, seus efeitos na sociedade. No Direito de Punir, apresentamos o único detentor legítimo do direito de punir que é o Estado. Nos Meios Alternativos de Solução de Conflitos, destaca-se a autocomposição e a heterocomposição como uma forma de resolução de conflitos distintos da autotutela. Por fim, temos as considerações finais no qual é realizado um compilado do artigo.

1. JUSTICEIRO

1.1 Quem é Frank Castle?

Afinal de contas, quem é Frank Castle? Para quem não acompanha o mundo *geek* ao ler quadrinhos, ver séries e filmes, dizer o nome Frank Castle numa roda de conversas provavelmente irá deixar as pessoas confusas. Porém, ao dizer o codinome que ele utiliza em suas aventuras, com absoluta certeza, a maioria das pessoas irão saber de quem se trata: Justiceiro no Brasil ou Punisher nos Estados Unidos, local de nascimento do personagem.

Criado por Gerry Conway em 1974, Frank Castle teve sua primeira aparição da revista do amigo da vizinhança, Amazing Spider-Man #129. Diferentemente dos outros personagens da Marvel, Frank Castle não pode ser considerado um herói, e sim um anti-herói – aquele que ora ajuda as pessoas, ora não ajuda –, principalmente devido ao seu *modus operandi*: acabar com o crime utilizando todos os meios possíveis que ele encontrar, desde a tortura ao assassinato, e isso já o diferencia

completamente do herói cujo nome da revista o personagem apareceu pela primeira vez (JACOBS, 2016).

É a partir desse seu *modus operandi* que podemos extrair a afirmação de que o Justiceiro realiza justiça com suas próprias mãos sem a intervenção Estatal. Ele é o juiz, júri e executor da pena daquele que ele considera um "fora da lei". Algo que os outros heróis, apesar de agir sozinhos sem o consentimento do Estado, não ultrapassam o limite da ética e da moral, uma vez que não matam seus inimigos e os entregam para o Estado decidir qual será a sua punição.

Pois bem, como todo personagem de história de quadrinhos, existe uma origem que explica as motivações por traz de seus objetivos e com Frank Castle isso não é diferente. Cansado de uma vida monótona, observando que aqueles que fazem o mal muitas vezes saiam impunes, Castle se alista no exército e para as guerras. Em algumas histórias, ou ele vai para o Vietnã ou para o Afeganistão nas mais atuais. Ao retorna para casa, Castle que havia conhecido uma mulher e se casado, tendo filhos com ela, vão ao Central Park e são pegos em meio a um tiroteio no qual uma gangue queria matar apenas um alvo, mas para não haver testemunhas, decidem matar todos que ali estavam. Naquele dia Castle perdeu sua esposa, filhos e a humanidade, o que levou a ele se tornar quem ele é hoje, um homem que busca vingança em cima de todos aqueles que fazem o mal, não importando os meios necessários para atingir o seu objetivo (JACOBS, 2016).

Apesar de ter sofrido com a perda, Frank Castle acaba por não recorrer ao Estado e resolver agir da sua maneira, não obedece às leis. Ele busca solucionar os conflitos apenas de uma forma que é utilizando a justiça com as próprias mãos, a autotutela como é denominada na doutrina. É a forma mais primitiva de resolução de problemas. O Justiceiro, por não possuir nenhum poder sobre-humano assim como os outros heróis da Marvel, acaba por utilizar apenas seus conhecimentos técnicos adquiridos no decorrer de sua carreira na guerra para realizar sua vontade. Esse é Frank Castle, esse é o Justiceiro, que utiliza seu símbolo – uma caveira branca estampada sem eu uniforme tático – para intimidar todos aqueles que ele acha que não pode fazer parte da sociedade devido aos seus erros.

1.2 O Simbolismo na Sociedade

Como todos os personagens de quadrinhos, cinema, livros, sempre existe a representação de seu simbolismo na sociedade. Percebemos isso no dia a dia, ao ver pessoas utilizando camisas de seus heróis preferidos, fotos de livros e críticas em redes sociais. Ao perguntar para cada uma dessas pessoas sobre o simbolismo dos personagens que ela ama, elas sabem responder o que eles representam. Mas, quanto a Frank Castle, isso é diferente. Como comentado anteriormente, o personagem desperta amor e ódio entre as pessoas. De um lado temos aqueles que o defendem, do outro, que condena suas atitudes. Mas uma coisa é certa, o seu símbolo se destaca entre tantos outros heróis: uma caveira estampada em seu uniforme.

Eric Francisco (2017, n.p, tradução nossa), faz o seguinte comentário sobre o simbolismo do personagem em seu artigo *"What does the Punisher skull mean? Depends on who you ask"*:

> Poucos emblemas de super-heróis são tão provocantes quanto os do Justiceiro. O diamante "S" do Super-Homem comunica decência e heroísmo, enquanto o bastão da silhueta do Batman causa medo naqueles que atacam os desafortunados. Mas, uma caveira branca com longos dentes pingando? A marca do Justiceiro é tão intimidadora e controversa quanto o próprio Frank Castle.

A marca pode simbolizar muitas coisas e isso tem um caráter subjetivo, ou seja, cada um interpreta da maneira que achar melhor. Alguns podem imaginar que a caveira possa simbolizar a honra, a determinação de não desistir de seus objetivos e o poder que ela dá a seu portador. Outros, podem descrever que a caveira possa apenas disseminar o ódio, a destruição e a intimidação dos fortes perante aos fracos.

Podemos perceber que os heróis e personagens de outras mídias de entretenimento transcenderam os limites entre a ficção e a realidade, quando as empresas começaram usar isso como vantagem de obter lucros em cima de vendas de adereços da marca. Fica claro isso quando os filmes da Marvel Studios são lançados, levando milhares de pessoas ao

cinema utilizando blusas, bonés e fantasias de seus personagens. Com Frank Castle isso não é diferente. Vemos pessoas andando na rua com a blusa do personagem, postando frases de efeito com o seu símbolo, e muitas vezes são pessoas que levam a interpretação do símbolo para uma boa causa como bem explicamos. Porém, o problema começa quando as pessoas utilizam o símbolo para criar confusão ou intimidação na sociedade.

No caso mais recente, a Marvel condenou o uso da marca por policiais nas manifestações antirracistas ocorridas nos EUA com a morte de George Floyd, apontando uma revista em especifico (Punisher #13) no qual o próprio Justiceiro condena a utilização do seu símbolo por policiais que estavam a serviço de sua profissão:

> Eu só vou dizer isso uma vez. Nós não somos iguais. Vocês juraram cumprir a lei. Vocês ajudam as pessoas. Eu desisti de fazer isso há muito tempo. Vocês não fazem o que eu faço. Ninguém faz. Vocês precisam de um bom exemplo? O nome dele é Capitão América, e ele ficaria feliz em ouvir de vocês (ROSENBERG *et al.*, 2019, *apud* UOL, 2020, n.p)

Essa é uma maneira bem antiga de resolução, inadequada no mundo contemporâneo que convivemos hoje em dia. Como a própria Marvel aponta em um de deus quadrinhos, ele não é um bom exemplo a ser tomado como o herói que faz justiça para os menos desfavorecidos. Ele busca apenas satisfazer seus interesses individuais. Este trabalho toma ele como um exemplo para descrever que as pessoas não podem sair resolvendo seus problemas sozinhos, estes devem procurar uma ajuda, e é o Estado que poderá auxilia-los.

2 AUTOTUTELA COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como nota-se a partir do personagem Frank Castle, ele utiliza como forma de fazer própria justiça ele mesmo. Ele é juiz, júri e executor. É aqui a que devemos nos remeter a um questionamento: a autotutela é a melhor forma de resolver os conflitos do estado?

A autotutela é uma das formas mais antigas de se resolver conflitos entre pessoas, não tendo a intervenção de terceiros no meio do conflito. É a vingança privada, a utilização de meios desproporcionais para justificação do ato em relação a outra parte, ou seja, o próprio agente busca a resolução de seus problemas com suas próprias mãos.

Segundo os ensinamentos de Delgado (2002, p. 663 *apud* PERPETUO *et al.*, 2018, p. 8), "a autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca".

Neste período tudo era possível. Se um agente X matar um Y, o irmão ou filho por exemplo, voltava e fazia a mesma coisa com o X ou além. Para então tentar limitar essa prática sem controle, surge a Lei de Talião: "Se alguém furar o olho de um homem livre, nós lhe furaremos um olho; se alguém arrancar um dente de um homem livre, nós lhe arrancaremos um dente" (DUARTE, 2009, p. 75).

2.1 Efeitos na Sociedade

O emprego da autotutela na sociedade traz efeitos devastadores quando ela é aplicada. Ela faz com que o sistema, o Estado, parece fraco diante dos conflitos que ocorrem. É a partir daqui que as coisas ficam preocupantes quando se torna normal fazer justiça com as próprias mãos.

Marcela Ragnini (2015, p. 12) faz uma importante reflexão quanto ao nascimento dos "justiceiros":

> Os justiceiros, assim denominados pela mídia nacional, nascem a partir do momento em que estes recusam, mesmo que por instantes, a percepção moral, ética, jurídica e social para capturar, julgar e punir com as "próprias mãos" (entenda-se: pelo uso de modos próprios e não legais) aquele que o Estado, supostamente, não alcançou por meio do seu poder-dever de regulador da conduta humana, eliminando o devido processo legal e o princípio da proporcionalidade, elevando a violência, alastrando a intolerância e retrocedendo à barbárie.

Na atual conjuntura em que vivemos, aceitar que a autotutela seja utilizada como ferramenta de solução de conflitos é regredir ao passado. Traz um efeito negativo para a sociedade, de forma que fica explicito de que essa seria a melhor maneira de resolver seus problemas. Nosso ordenamento jurídico impede que pessoas se tornem "justiceiros", mas, dizer que impede não é o mesmo que dizer que faz.

Infelizmente vemos casos com o passar dos anos que mais pessoas buscam a resolução de seus conflitos por elas mesmas, não buscando a tutela do Estado para auxilia-los. Podemos exemplificar alguns casos famosos de autotutela em nossa sociedade, como o caso da Isabela Nardoni, no qual já foram condenados pela sociedade sem o devido processo legal, no qual não houve se quer alguma lesão física, mas moralmente sim (MORAIS; LIMA, 2011).

Um exemplo famoso de autotutela que foi debatida entre a população foi o caso do "Eu sou ladrão e vacilão", no qual um adolescente de 17 anos que foi acusado de roubar um objeto, teve sua testa tatuada com essa frase. Aqueles que tatuaram a testa do jovem, disseram que queriam apenas punir o adolescente, no entanto, acabaram por serem presos e acusados de tortura (BOL, 2017).

3 DIREITO DE PUNIR

De quem é o direito de punir? Cabe ao Estado ou aquele que sofreu alguma lesão de um particular? Como vimos anteriormente, aquele que resolver os conflitos com as próprias mãos, utilizando os meios necessários para a sua resolução é aquele que utiliza da chamada autotutela – uma das formas de solução de conflitos, apesar que primitiva e limitada em nosso ordenamento jurídico. Cabe então a um terceiro o direito de intervir entre as partes, e este papel ficou a cargo do Estado.

Como bem detalhamos nos tópicos anteriores, os "justiceiros" assim como Frank Castle buscam realizar a justiça com as próprias mãos e da sua maneira, não observando o que está descrito em lei. O Estado é indiscutivelmente o único capaz de realizar o direito de punir e ainda legislar sobre o tema, uma vez que ele é aquele que tutela os bens jurídicos mais relevantes, como por exemplo a vida (MORAIS; LIMA, 2011).

Existe alguns fundamentos acerca do direito de punir do estado. Morais e Lima (2011), apresenta duas teorias que são significantes para o estudo que legitima o direito de punir do Estado. São elas: a teoria de caráter retributivo e a de caráter preventivo. A primeira, como explicam as autoras, defendia que somente aqueles que fizessem o mal contra alguém teriam em si sanções aplicadas; a segunda, defendia que as sanções deveriam ser aplicadas para uma forma de intimidar a sociedade, como forma de apresentar a eles que se alguém fizesse algum mal também sofreria as consequências. Essas teorias foram defendidas respectivamente por Hegel e Beccaria. Destaca-se neste caso a teoria de caráter preventivo.

Ressalta-se ainda, dois artigos da Constituição Federal de 1988 que prova ainda mais que o direito de punir é do Estado:

> Art. 22. Compete privativamente à União, legislar sobre:
>
> I – Direito civil, comercial, ***penal,*** processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]
>
> 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: [...] (BRASIL, 1988)

No artigo 22, observamos claramente que compete apenas a união legislar sobre matéria penal, não podendo de outra forma alguém que não seja ele criar uma lei incriminadora – este é o chamado princípio da reserva legal. Já no artigo 144, é dever apenas do Estado, assegurar a segurança pública. Apenas com base nestes dois artigos é possível novamente reafirmar, que o direito de punir é do Estado e não de um particular, condicionado a eles que a prática de justiça com as próprias mãos é proibida, e, neste último caso, temos ainda um artigo do Código Penal que devido o crime e a pena para aqueles que resolverem realizar justiça com as próprias mãos:

> Art. 345. Fazer justiça com as próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei permite: Penal –

> detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente a violência.
>
> Parágrafo Único: se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa (BRASIL, 1940)

Morais e Lima (2011, p. 2) em seu artigo "Direito de Punir: Legitimidade do Estado e não dos Particulares", diz:

> O direito de punir pertence única e exclusivamente ao Estado. No entanto, percebe-se que no dia-a-dia ocorrem inúmeros casos de punições dadas por particulares aos acusados, sendo que essas constituem a vingança privada, a qual, vale salientar, contrapõe-se ao que permite o nosso ordenamento jurídico, sendo, inclusive, além de ilegal, inconstitucional, pois não respeita preceitos como: o acusado possui o direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º LV, da Constituição Federal de 1988); ele só será considerado culpado quando houver uma sentença transitada em julgado (art.5º, LVII, da CF).

Caso Frank Castle estivesse, por exemplo, no Brasil, além de se enquadrar no 345 do Código Penal, iria ainda se enquadrar a diversos institutos penais uma vez que além de fazer a justiça com as próprias mãos, utiliza os meios necessários (tortura, homicídio, etc.) para chegar ao fim que deseja.

3.1 Limitadores do Direito de Punir

Para Rogério Sanches Cunha (2015), temos duas categorias do direito penal que atuam em cima do direito de punir do Estado. São elas, o direito penal objetivo e subjetivo. A primeira, também conhecida como *jus poenale*, é o conjunto de normas penais que estão em vigor no país; a segunda, é aquela que se refere como já discutimos acima, o direito de punir do Estado, conhecida como jus puniendi.

O direito de punir não é absoluto, possuindo então limitadores que contenham o Estado em determinadas ações. Cunha (2015, p. 36), analisa três aspectos limitadores:

> (i) Quanto ao modo: o direito de punir deve respeito aos direitos e garantias fundamentais, observando, por exemplo, o princípio da humanização das penas, bem como da dignidade da pessoa humana.
>
> (ii) Quanto ao espaço: em regra, aplica-se a lei penal somente aos fatos praticados apenas no território brasileiro, prova da nossa soberania.
>
> (iii) Quanto ao tempo: o direito de punir não é eterno, sendo em regra, limitado no tempo pelo instituto da prescrição (causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107 do Código Penal).

Porém, existe uma exceção que se dá apenas a um grupo especifico que pode agir conforme seus costumes para aplicações de sanções. Esta exceção está presente no artigo 57 do Estatuto do Índio (Lei nº 6001 de 1973), no qual o Estado conferiu a eles o poder de aplicação de sanções penais que não ultrapassem caráter cruel e infamante, proibindo a eles a execução de pena de morte (CUNHA, 2015).

4 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Não é apenas a autotutela que existe para a solução de conflitos. Para que não fosse mais necessário à sua utilização, criou-se outros métodos mais avançados e melhores para que a sociedade pudesse conviver em harmonia. São elas: a autocomposição e a heterocomposição.

A autocomposição é uma forma contrária da autotutela, que busca a solução dos conflitos de forma pacifica entre as partes. Esta forma consiste na renúncia do interesse por uma das partes (submissão, quando apenas um lado perde), ou ambas (transação, quando em consenso mutuo, ambas podem ganhar ou perder), para a solução da disputa e pode haver a contribuição/participação de um terceiro. Existem três forma de acontecer a autocomposição: mediação, negociação ou conciliação (SENA, 2007).

Na mediação, um terceiro que é neutro, ou seja, não possui poder, intervém entre as partes para trabalhar as relações e com o conflito latente. Segundo Fregapani (1997), o mediador apresenta novas possibilidades para os interessados para que seja possível então a resolução do conflito de forma rápida, sendo que na forma de conciliação, o terceiro é imparcial, trabalha com o conflito de forma objetiva com as partes, mostrando para eles as consequências que pode acontecer se o conflito não for solucionado e levado a justiça.

Por fim temos a heterocomposição, quando um terceiro é colocado no papel de resolver por si só os conflitos das partes. Existem duas formas de se realizar a heterocomposição: a primeira é na forma de jurisdição e a segunda na forma de arbitragem. A jurisdição, como o próprio nome revela, é o Estado que colabora com a resolução (direito de punir). Na arbitragem, o poder decisório é dado a um terceiro particular pelas partes. Ambas são métodos validados em nosso ordenamento jurídico (PERPETUO *et al.*, 2018)

Neste ponto conseguimos perceber que para resolução dos conflitos, não é necessário agir com as próprias mãos. Esses métodos são promovidos pelo Estado para que a resolução seja pacifica para ambos os lados envolvidos, em alguns casos, nem necessitando de que o conflito vá para o judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destacamos incialmente algumas características e simbolismo que um personagem, Frank Castle, conhecido como o Justiceiro no Brasil ou Punisher nos Estados Unidos, e como ele possui uma relação intrínseca a sociedade atual. O seu *modus operandi*, ou seja, a sua forma de agir contra aqueles que ele considera pessoas más acaba por ter um reflexo no mundo: que agir daquela maneira pode ser a mais eficiente do que a justiça normal, a chamada justiça com as próprias mãos ou como conceitua-se juridicamente, autotutela. O seu simbolismo muitas vezes pode acabar tendo duas faces numa mesma moeda, acabando dando forças para aqueles que querem proteger as pessoas ou dar confiança para que possam disseminar o caos.

O presente trabalho apresentou quem possui o direito de punir, e que este é um direito legítimo do Estado, demonstrando teorias e artigos de leis de nosso ordenamento jurídico do qual se estrai a confirmação da possibilidade do Estado de punir, além do dever de cuidar e zelar pela segurança pública. É claro que este não é um poder absoluto e o Estado deve observar os limites impostos a ele com estrita observância aos direitos e garantias fundamentais. Além disso, foi possível demonstrar o que é a autotutela e os casos recentes que ainda ocorre em nossa sociedade e os meios alternativos que podem ser utilizados para a resolução do conflito, a autocomposição e a heterocomposição, métodos que são promovidos pelo Estado para a solução rápida e pacifica do conflito.

A utilização de um personagem ficcional nos ajuda a entender certos problemas que nosso mundo ainda possui. Nos faz ser críticos e observadores, desde quadrinhos a filmes. Segundo Müssnich (2019, p. 39), "filmes são ferramentas poderosas para criar realidades possíveis e expor, através de suas narrativas, aspectos sociais, de gênero e psicológicos, presentes nos códigos éticos e convenções morais com os quais vivemos".

REFÊRENCIAS

BOL. 11 casos de justiça feita com as próprias mãos. 2017. Disponível em: https://www.bol.uol.com.br/listas/11-casos-de-justica-feita-com-as-proprias-maos.htm. Acesso em 15 de jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 19 de jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 19 de jun. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Geral*. 3.ed. Bahia: Juspodivm, 2015. 539 p.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *In:* Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo, p. 663.

DUARTE, Melina. *A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel*. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos, v. 6, n. 10, 2016. Disponível em: http://www.hegel-brasil.org/Reh10/melina.pdf. Acesso em 20 de jun. 2020.

FRANCISCO, Eric. What does the punisher skull mean? Depends on who you ask. 2017. Dispónivel em: https://www.inverse.com/article/39633-marvel-netflix-punisher-skull-meaning-cops-soldiers. Acesso em 17 de jun. 2020.

FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. *Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis. Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/199. Acesso em 22 de jun. 2020.

JACOBS, Guilherme. *Quem é O Justiceiro?*. 2016. Disponível em: https://jovemnerd.com.br/nerdbunker/quem-e-o-justiceiro/. Acesso em 15 de jun. 2020.

MORAIS, Cristiani Pereira de; LIMA, Silvânia Karla de Farias. *Direito de Punir*: legitimidade do estado e não dos particulares. Dat@ venia, v. 3, n. 1, p. 38-46, 2016. Disponível em: http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/download/38-46/1847. Acesso em 20 de jun. 2020.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. *Sol é para todos*. *In:* NEVES, José Roberto de Castro (org.). *Os advogados vão ao cinema*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. p. 41-54.

PERPETUO, Rafael Silva *et al*. *Os Métodos Adequados de Solução de Conflitos*: mediação e conciliação. Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo| v, v. 24, n. 2, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_

inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf. Acesso em 25 de jun. 2020.

RAGNINI, Marcela. A autotutela penal na sociedade contemporânea: reflexões jusfilosóficas. 2015. 61 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, Rondônia, RO, 2015. Disponível em: http://ri.unir.br/jspui/handle/123456789/394. Acesso em 20 de jun. 2020.

ROSENBERG, Matthew *et al. Punisher (2018) #13*. New York: Marvel Comics. 10 de jun. 2019.

SENA, Adriana Goulart. *Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3º Reg., Belo Horizonte, v.46, p.93-114, jul./dez.2007. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/73935. Acesso em 22 de jun. 2020.

UOL. *Marvel condena uso de símbolo do Justiceiro por policiais e aponta para HQs*. Disponível em: https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/06/marvel-condena-uso-de-simbolo-do-justiceiro-por-policiais-e-aponta-para-hqs.htm. Acesso em 15 de jun. 2020

COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER NA PANDEMIA DE COVID-19

Nayara Hanna Santiago Costa
Maria Isabel Boavista Gomes Castelo Branco
Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus, anunciada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2020, tem afetado significativamente a vida de bilhões de pessoas por todo o planeta. O confinamento social foi apresentado como a medida preventiva mais eficaz contra o contágio do vírus, fazendo com que muitas pessoas tivessem suas atividades restritas ao ambiente doméstico.

Em razão disso, mulheres de diversas idades e condições econômicas encontram-se confinadas com parceiros agressivos e, a partir deste cenário, em poucos meses de isolamento social começa a se fazer evidente o alarmante aumento da violência de gênero.

O fato é que o isolamento social tem se tornado propício para um problema que se enfrenta há muito tempo: a violência doméstica contra mulheres. Os dados demonstram que os casos de agressão, violência sexual e feminicídio têm aumentado exponencialmente desde o início das medidas de isolamento social impostas para conter a transmissão

do novo coronavírus e que isto tem ocorrido a nível mundial, uma vez que a violência contra a mulher é um fenômeno global.

Fatores como a combinação de tensões econômicas e sociais provocadas pela pandemia, bem como restrições ao movimento, ocasionadas pelo isolamento social obrigatório, aumentaram drasticamente o número de mulheres que enfrentam abusos mundialmente. No entanto, antes da disseminação global do novo coronavírus, as estatísticas já eram alarmantes e mostram que um terço das mulheres em todo o mundo experimentou alguma forma de violência em suas vidas (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020).

No início de abril de 2020, o secretário-geral da Organização das Nações Unidas (ONU), António Guterres, afirmou que, com a pandemia, houve um "crescimento horrível da violência doméstica em nível global" e pediu que os governos incluam medidas de proteção a mulheres e contra a violência doméstica entre seus planos de combate à covid-19." (DW,2020).

Mesmo antes do cenário de isolamento social, em uma pesquisa divulgada pelo periódico eletrônico "G1" no ano de 2015, o Brasil já ocupava o quinto lugar no ranking mundial de violência contra mulheres, com cerca de uma mulher assassinada a cada duas horas (G1,2015). A violência contra a mulher fere direitos fundamentais garantidos pela Constituição brasileira, em especial, o direito à vida, à igualdade de gênero, à liberdade e à dignidade. Combater a violência doméstica é, acima de tudo, garantir a promoção dos direitos fundamentais à mulher, em especial, em um período demasiadamente conturbado como o que se apresenta diante da pandemia que assola o mundo.

No cenário atual, os Tribunais brasileiros registram aumento nos casos de agressão contra mulheres e feminicídio em meio a confinamento devido a pandemia. Redes de apoio online oferecem aconselhamento às vítimas e acionam autoridades.

A promotora do Ministério Público de São Paulo (MP-SP) Gabriela Manssur explica que "A pressão e a insegurança do isolamento nesta pandemia acentuam a violência doméstica pré-existente, como se fosse um gatilho para os comportamentos mais violentos" (DW,2020).

A nível mundial, assim como tem ocorrido no Brasil, durante a pandemia da COVID-19, ao mesmo tempo em que se observa o aumento dos números de casos de violência contra a mulher, é reduzido o acesso a serviços de apoio às vítimas, especialmente nos setores de assistência social, saúde, segurança pública e justiça.

Os serviços de saúde e policiais são geralmente os primeiros pontos de contato das vítimas de violência doméstica com a rede de apoio. Durante a pandemia, a redução na oferta de serviços é acompanhada pelo decréscimo na procura, pois as vítimas podem não buscar os serviços em função do medo do contágio.

Isto posto, torna-se relevante o estudo da violência doméstica durante o período da pandemia, visto que o seu enfrentamento constitui um instrumento de promoção dos direitos fundamentais das mulheres. Como direitos humanos essenciais, tais garantias não podem e não devem ser aviltadas, ainda que diante das mais atípicas circunstâncias mundiais.

2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR NO BRASIL

Os elevados índices da violência contra a mulher caracterizados basicamente por agressão psicológica, lesão corporal e homicídio, bem como as políticas públicas desenvolvidas no combate a estas condutas consideradas criminosas, despertam o interesse de estudiosos a discutirem o tema, na tentativa de entender o que motiva os indivíduos a praticar tais delitos, com o objetivo de prevenir e impedir que isso continue ocorrendo em sociedade (SANTIAGO E COELHO, 2007).

A violência doméstica familiar ocorre em grande número, sem distinção de classe social. Como ensina Tânia Pinafi:

> (...)a violência contra a mulher é produto de uma construção histórica que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada. (PINAFI, 2007).

Tais crimes acabam por colocar sob situação de risco não apenas as vítimas, mas também as pessoas que convivem no ambiente intrafamiliar, incapacitando-as para o trabalho, estudo e a vida em sociedade, podendo inclusive ter como consequência sua morte. Desse modo, como ensina Mascarenhas, pode se inferir que a violência doméstica não se trata de crime de pobre ou de rico (MASCARENHAS, 1985).

No Brasil, temos um cenário histórico e cultural onde a violência contra mulher é algo corriqueiro e faz parte do dia a dia de muitas famílias. O caso mais emblemático na história do país é o de Maria da Penha Maia, biofarmacêutica cearense, que depois de sofrer agressões do marido e ser vítima de dupla tentativa de feminicídio ficou paraplégica, fatalidade que, aliada à sua luta, a tornou inspiradora do nome da lei símbolo no combate à violência contra a mulher no Brasil e principal referência nesta luta.

Maria da Penha teve que esperar quase 20 anos para ver seu marido julgado, condenado e preso. Recorreu à Justiça nacional, a qual foi ineficaz e, diante da inércia, dirigiu-se ao Direito Internacional através do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) que denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

Gonçalves e Lima ressaltam que a dignidade humana é fundamento da República Federativa do Brasil, presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, ela representa, juntamente com os direitos fundamentais, a própria razão de ser da Constituição da República, uma vez que o Estado aparece apenas como meio para a promoção e defesa do ser humano. Os doutrinadores veem a dignidade humana como mais que um princípio, mas como norma, regra e valor, que não pode ser postergado em qualquer hipótese (GONÇALVES E LIMA, 2006).

O fato é que, apesar do litígio internacional, o qual deixava evidente a grave violação de direitos humanos e deveres protegidos por documentos que o próprio Brasil assinou, dentre os quais podemos citar: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San

José da Costa Rica; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dentre outras (INSTITUTO MARIA DA PENHA, [2018]).

O Estado brasileiro permaneceu omisso e não se pronunciou em nenhum momento durante o processo. Somente em 2001 e, após receber quatro ofícios da CIDH/OEA entre os anos de 1998 a 2001, em razão do silêncio diante das denúncias, o Brasil foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres (INSTITUTO MARIA DA PENHA, [2018]).

Dentre as recomendações pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além de dar uma solução ao processo penal do caso da senhora Maria da Penha, foram sugeridas medidas como: simplificação dos procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares; multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais, dentre outras (INSTITUTO MARIA DA PENHA, [2018]).

Como resultado de todas estas recomendações, em 2002 foi formado um Consórcio de Organizações Não Governamentais Feministas para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste movimento, resultou a promulgação da Lei 11.340/2006, conhecida nacionalmente como Lei Maria da Penha.

3. LEI 11.340/2006

Em 7 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), com o objetivo de aplicar punições mais rigorosas aos que praticam agressões contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

Com o referido dispositivo legal não houve a criação de novos tipos penais, mas foram feitas algumas alterações no Código Penal. No

entanto, o verdadeiro propósito da referida legislação não se resume a encaminhar agressores ao sistema prisional, mas proteger mulheres e filhos das agressões domésticas.

Logo em seu artigo 1º, a lei 11.340/06 dispõe que:

> Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL,2006)

Em uma análise em relação ao dispositivo citado, Tatiana Bastos entende que o mesmo elenca as quatro principais finalidades da Lei Maria da Penha, quais sejam: criar mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; dispor sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; estabelecer medidas de assistência à mulher e estabelecer medidas de proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar (BASTOS,2011).

A perspectiva deste dispositivo normativo é proteger e resguardar a mulher em situação de violência de pessoas com quem a mesma tem convivência em sua intimidade, indo muito além do próprio marido, companheiro ou companheira como agressor.

A lei descreve vários tipos de violência, como resume Francielen Mineo: a violência pode ser física, caracterizada por comportamento que prejudique a integridade ou a saúde corporal da mulher; violência sexual; patrimonial; moral, conduta que configure calúnia, difamação ou injúria; ou violência psicológica, que causa dano emocional à mulher e diminui sua autoestima, prejudicando seu desenvolvimento em todo o sentido de sua vida, controlando suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação,

manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição, insulto, chantagem, ridicularização, exploração, que limita seu direito de ir e vir, bem como qualquer outra que cause prejuízo à sua saúde psicológica e à autodeterminação (MINEO,2015).

É importante destacar que várias ações têm sido conduzidas, a nível mundial, para a promoção dos direitos da mulher, e, no que compete ao Brasil, as medidas protetivas vêm sendo empregadas visando à solução dessa problemática.

Além de apresentar e caracterizar as formas de violência, a Lei Maria da Penha apresenta medidas de assistência e proteção às vítimas, atuando não somente de maneira repressiva, mas, preservando e criando mecanismos para coibir as agressões, sempre procurando resguardar a mulher e buscando equidade do gênero.

Tais mecanismos de proteção são assegurados pela norma através das medidas protetivas, que foram criadas com a finalidade de cessar a situação de violência. Conforme o entendimento de Rogério Sanches "as referidas medidas independem de classe social ou raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, cabendo a todos que se enquadram como vítima de violência doméstica, numa busca por uma vida sem violência com dignidade."(SANCHES,2019).

As medidas protetivas de urgência estão elencadas entre os artigos 22 e 24 da lei 11.340/06 e tem como objetivo imediato cessar a violência no convívio familiar, atendendo aos interesses da vítima, viabilizando a sua necessária assistência ou restringindo alguns direitos do agressor.

4. O ISOLAMENTO SOCIAL E O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

Apesar da Lei Maria da Penha e dos mecanismos de enfrentamento à problemática da violência doméstica, somente no Brasil, os casos de feminicídio cresceram 22,2%, entre março e abril deste ano, em 12 estados do país, comparativamente ao ano passado, conforme pesquisa divulgada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), documento divulgado em 1º de junho de 2020, o qual possui como referên-

cia os dados coletados nos órgãos de segurança dos estados brasileiros (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Segundo a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), entre os dias 1º e 25 de março de 2020, houve um aumento de 18% no número de denúncias registradas pelos serviços Disque 100 e Ligue 180 (MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2020).

De acordo com a pesquisa divulgada pelo FBSP o estado em que se observa o maior agravamento da situação é o Acre, contabilizando aumento expressivo de 300% do número de casos. Também tiveram destaque negativo o Maranhão, com aumento de 166,7% e Mato Grosso com 150%. Os números caíram nos seguintes estados: Espírito Santo, com redução de 50% no número de casos, Rio de Janeiro, com redução de 55,6% e Minas Gerais, com queda de 22,7% (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Fernanda Marques, docente da faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre a Mulher Simone de Beauvoir pondera que

Era de se esperar que no período de confinamento social ocorresse esse aumento da violência doméstica. Em alguns estados como o Rio de Janeiro, ele foi de 50%. No Rio Grande do Norte, as promotorias de justiça já registram mais de 18% de aumento de medidas protetivas de urgência. Neste aspecto, a casa é um espaço muito perigoso para as mulheres. É uma problemática muito séria. O Estado e o poder público necessitam de planos emergenciais para garantir a proteção e sobrevivência das mulheres (ANDES,2020).

Fica evidente a todos que o necessário isolamento social para o enfrentamento à pandemia deixa claro algo que já era notório no período anterior à pandemia: as mulheres brasileiras não estão seguras nem mesmo dentro de suas casas.

Contribui para o problema o fato de as mulheres, muitas vezes, estarem acostumadas com a situação de abuso em que se encontram. Nessa situação, sequer consideram a possibilidade de estarem na condição de vítimas de violência.Por isso, faz-se necessário analisar os fa-

tores que têm contribuído para o aumento dos casos de agressão, bem como os mecanismos de enfrentamento disponíveis.

5. FATORES QUE CONTRIBUEM PARA O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO ISOLAMENTO SOCIAL

O isolamento social imposto pela pandemia de COVID-19 potencializa alguns indicadores preocupantes acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher. Conforme exposto, as organizações voltadas ao enfrentamento da violência doméstica observaram aumento da violência doméstica por causa do isolamento social forçado e dos temores em relação ao novo coronavirus.

O problema da violência doméstica é tão enraizado na cultura e na sociedade que, para obter dados mais próximos da realidade, em pesquisa realizada em abril deste ano, na intenção de analisar os conflitos gerados pela tensão no ambiente confinado, os pesquisadores do Instituto Olhas em parceria com o Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP) e a Universidade Federal de Minas Gerais tiveram que criar uma ferramenta com nove indicadores para balizar a presença de violência em casa.

De acordo com o pesquisador do CRISP "Foi necessário essa ferramenta, porque muitas pessoas já naturalizaram as ameaças e as agressões psicológicas, não as enxergando claramente como formas de violência"(ESTADO DE MINAS GERAIS, 2020).

Através dos indicadores, os entrevistados puderam identificar melhor e entender se houve ou não a ocorrência pela primeira vez, se havia de forma recorrente ou se as agressões se intensificaram.

A partir das respostas, as ocorrências foram separadas de acordo com o tipo, podendo ser: trocas de insultos, pessoas levadas a chorar por medo ou ofensa, ameaças de se atirar objetos ou de os usar para bater, o cumprimento dessa hostilidade, empurrões, bofetadas e chutes, espancamentos, ameaças com armas de fogo ou lâminas e agressões armadas.

O fato é que os pesquisadores constataram que a rotina em isolamento social alterou as dinâmicas de trabalho que passou a ser levado

para dentro de casa, o que acabou ampliando a sua jornada; também aumentaram as cobranças, a necessidade de se empenhar nas tarefas domésticas e nos relacionamentos.

Em sua análise sobre o tema, Pâmela Vieira, Leila Garcia e Ethel Maciel observam que no isolamento as mulheres são vigiadas e impedidas de conversar com familiares e amigos,com maior frequência, o que amplia a possibilidade de manipulação psicológica. Além do que, o controle das finanças domésticas também se torna mais acirrado, com a presença mais próxima do homem dentro do ambiente familiar, que na visão das pesquisadoras, é um ambiente dominado pela mulher (VIEIRA, GARCIA E MACIEL, 2020).

Seguindo esta mesma linha de pensamento temos o posicionamento da delegada Isabella Franca, chefe da Divisão Especializada em Atendimento à Mulher, ao Idoso, à Pessoa com Deficiência e às Vítimas de Intolerância:

> A violência doméstica acontece dentro de casa, no local onde se deveria estar mais protegido. No entanto, é onde o agressor está e grupos mais vulneráveis estão. Percebemos que, com o isolamento, as pessoas se encontram mais ansiosas, mais dificuldades se apresentam na questão econômica. Vemos que essas condições intensificam as diversas formas de violência(ESTADO DE MINAS GERAIS, 2020).

É preciso destacar que durante o isolamento social aumenta o trabalho doméstico, uma vez que,há mais pessoas passando mais tempo em casa e, na grande maioria das vezes, a presença dos homens em casa não significa cooperação ou distribuição das tarefas entre toda a família, mas sim o aumento do trabalho invisível e não remunerado das mulheres (FEDERICI,2019).

Fernanda Marques, docente da faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre a Mulher Simone de Beauvoir pontua que:

> Neste cenário de pandemia, aumenta o cuidado com filhos e filhas, devido ao fechamento das escolas, há uma sobrecarga

> nas tarefas domésticas, porque as mulheres, mesmo trabalhando fora, já assumem quase que exclusivamente as tarefas domésticas. Essa desigual divisão do trabalho doméstico entre homens e mulheres onera muito mais as mulheres (ANDES,2020).

Luciana Terra, diretora do Instituto Justiça de Saia, explica que, além dos problemas econômicos, há frustração dos homens que, em suas palavras, "veem suas masculinidades afetadas pelo fato de não estarem produzindo e terem o seu papel de provedor afetado", o que acaba sendo um gatilho. Além disso, aponta o consumo de álcool como um dos principais fatores para o aumento dos casos de agressões. e destaca:

> "no caso de casais que moram na mesma casa é por causa do celular. A mulher fica na internet vendo notícias ou falando com outras pessoas, e o companheiro fica com mais ciúmes ainda. E as agressões acontecem"(DW,2020).

Os fatores apresentados agravam o comportamento de parceiros já violentos,mas a intensificação da violência doméstica decorre em função do isolamento de mulheres que se veem confinadas com parceiros agressivos, que exercem sobre elas maior controle diante da sensação de maior impunidade provocada pelo isolamento.

6. ENFRENTAMENTO

O aumento no número de casos de agressões por todo o planeta tem sido tão alarmante que, em um pronunciamento no mês de abril, o diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus se manifestou da seguinte maneira, pedindo a todos os países que "considerem os serviços de combate à violência doméstica como um serviço essencial, que deve continuar funcionando durante a resposta à Covid-19"(G1,2020).

Outro ponto que merece destaque é que a subnotificação dos casos é um problema acompanha as estatísticas, sendo o medo um dos maiores empecilhos às notificações, uma vez que, ao delatar as agres-

sões, as mulheres acabam se expondo a riscos ainda maiores, como o de assassinato.

A pesquisa divulgada pelo FBSP expõe registros que confirmam queda na abertura de boletins de ocorrência neste período de pandemia, evidenciando que, ao mesmo tempo em que as mulheres estão mais vulneráveis durante a crise sanitária, têm mais dificuldade para formalizar queixa contra os agressores e se proteger(AGÊNCIA BRASIL, 2020).

A ONU pondera que está mais complicado responder ao aumento da violência em razão de as instituições já estarem sob pressão enorme diante das demandas provocadas pela pandemia. O chefe da ONU, Antonio Guterres, destaca a sobrecarga e falta de pessoal para profissionais de saúde e polícia e afirma "os grupos de apoio locais estão paralisados ou com pouco dinheiro. Alguns abrigos para vítimas de violência doméstica estão fechados; outros estão cheios"(NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020).

A ONU afirma que estão entre os motivos para a escassez de abrigos a sua conversão em unidades de saúde ou medidas para evitar o acolhimento de novas vítimas por medo de disseminar ainda mais a COVID-19. Quanto à polícia, membros das forças de segurança estão, em muitos casos, menos dispostos a prender autores de violência, ou sobrecarregados pela fiscalização das quarentenas(NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020).

Diante do cenário mundial, a orientação do chefe da ONU a todos os governos é que façam da prevenção e da reparação da violência contra as mulheres parte essencial de seus planos nacionais de resposta à COVID-19, e destacou algumas ações que podem ser tomadas para melhorar a situação.

Dentre as recomendações de enfrentamento sugeridas pela ONU podemos citar: aumentar o investimento em serviços online e organizações da sociedade civil; garantir que os sistemas judiciais continuem processando os agressores; estabelecer sistemas de alerta de emergência em farmácias e mercados; criar maneiras seguras para as mulheres procurarem apoio, sem alertar seus agressores; evitar libertar prisioneiros condenados por violência contra mulheres; ampliar campanhas

de conscientização pública, principalmente as voltadas para homens e meninos(NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) afirma que, apesar das medidas de isolamento, o Judiciário e os serviços emergenciais de atendimento a mulheres vítimas de violência seguem funcionando normalmente em todo o país e recomendou que os juízes ofereçam alternativas para que as mulheres possam fazer, por exemplo, pedidos de prorrogação de medida protetiva sem que se exija comparecimento ao respectivo tribunal, como determinado em lei.

Além disso, a Central de Atendimento à Mulher através do telefone 180 está disponível 24 horas. Além de fazer denúncias, é possível pedir orientação jurídica e solicitar encaminhamento para as redes de enfrentamento à violência e de apoio à mulher.

Outra plataforma de apoio disponibilizada para contornar essas dificuldades e acolher as denúncias de violência doméstica e familiar é através plataformas digitais dos canais de atendimento da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH) por meio do aplicativo Direitos Humanos BR e do site "ouvidoria.mdh.gov.br", que também poderão ser acessados nos endereços "dique100.mdh.gov.br" e "ligue180.mnh.gov.br".

Por meio desses canais, vítimas, familiares, vizinhos, e até desconhecidos, podem enviar fotos, vídeos, áudios e outros tipos de documentos que registrem situações de violência doméstica e outras violações de direitos humanos.

Contudo, é preciso que fique claro que o enfrentamento à violência contra a mulher no contexto da pandemia não pode ficar restrito apenas ao recebimento e atendimento das denúncias.

É preciso direcionar atenção para a prevenção e resposta à violência, bem como para a ampla divulgação dos serviços disponíveis, a capacitação dos trabalhadores da saúde para identificar situações de risco; fortalecimento das redes de apoio, incluindo a garantia do funcionamento e ampliação do número de vagas nos abrigos para mulheres em situação de risco.

Seguindo este posicionamento, Fernanda Marques, entende que para garantir a segurança e a vida das mulheres em tempos de qua-

rentena é necessário investir nas políticas públicas já existentes, mantendo em funcionamento os serviços de proteção às mulheres, como delegacias especializadas e juizados, não apenas em sistema de plantão, mas disponibilizar também meios virtuais para ampliar o acesso das mulheres a esses serviços, assim como ampliar a atuação do Ministério Público e defensorias. A docente também ressalta a importância do funcionamento dos centros de referência de atendimento à mulher, espaços destinados acolher e atender de forma humanizada às mulheres em situação de violência, garantindo abrigo e suporte psicológico e jurídico. (ANDES,2020)

7.CONCLUSÃO

A violência doméstica contra a mulher é um problema que atinge a coletividade, independente de categoria social e de status financeiro. Sendo um problema presente em todos os países, o que muda de um lugar para o outro é o grau de intensidade em que ocorre. No entanto, é do Estado, da sociedade e das famílias a responsabilidade de criar as condições necessárias para solucionar a questão.

No Brasil, é preciso superar a ideia de que não pode haver interferência externa em questões de marido e mulher, bem como a naturalização da violência cotidiana, especialmente a invisibilização da violência simbólica sofrida pelas mulheres.

O afastamento gerado pelo isolamento social, necessário para conter a pandemia do coronavirus deveria ter um lado positivo, de redescobrimento do papel da família, e não mostrar que o lar não é um ambiente seguro.

De todo modo, para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher no contexto da pandemia, todas as estratégias citadas são válidas e complementam-se. O isolamento social no momento de crise de saúde em que se está vivendo é imprescindível para conter a escalada da COVID-19 no Brasil e, assim, minimizar a morbidade e a mortalidade associadas à doença. O Estado e a sociedade devem se mobilizar para, juntos, garantir às mulheres brasileiras o direito a viver sem violência.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Tatiana Barreira. Violência doméstica e familiar contra mulher: análise da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006): um diálogo entre teoria e prática/ Tatiana Barreira Bastos. – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011

Brasil é o quinto país do mundo em ranking de violência contra a mulher. G1. 10 de novembro de 2015. Disponível em:http://g1.globo.com/hora1/noticia/2015/11/brasil-e-o-quinto-pais-do-mundo-em-ranking-de-violencia-contra-mulher.html. Acesso em 28/06/2020.

BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 28/06/2020.

Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia. **AGÊNCIA BRASIL**. 01 de junho de 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia. Acesso em: 28/06/2020.

Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus.NAÇÕES UNIDAS BRASIL. 06 de abril de 2020. Disponível em: https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/. Acesso em: 28/06/2020.

Coronavírus: isolamento social amplia violência doméstica. **ESTADO DE MINAS GERAIS**. 11 de maio de 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/05/11/interna_gerais,1146100/coronavirus-isolamento-social-amplia-violencia-domestica.shtml .Acesso em: 28/06/2020.

Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena. **Ministério da Mulher, da**

Família e dos Direitos Humanos (MNDH).Março de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena. Acesso em: 28/06/2020.

FEDERICI S. O Ponto Zero da Revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista. São Paulo: Elefante; 2019.

GONÇALVES, A. P. S.; LIMA, F. R. de. A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: . Acesso em: 28/06/2020.

MASCARENHAS, Eduardo. Emoções no Divã. Rio de Janeiro, Guanabara Dois,1985

https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html. Acesso em 28/06/2020.

MINEO, Francielen. EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA: CAUSAS E SOLUÇÕES. 14 de junho de 2017. Disponível em: https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-1497470658304.pdf. Acesso em: 28/06/2020.

O isolamento social como gatilho para a violência contra mulheres. **DW Brasil**. 22 de abril de 2020. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/o-isolamento-social-como-gatilho-para-a-viol%C3%AAncia-contra-mulheres/a-53208386. Acesso em: 28/06/2020.

PINAFI, TÂNIA. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade.Revista Histórica,-São Paulo,ed. nº 21 de abril/maio de 2007. Disponível em http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/. Acesso em 28/06/2020.

Quem é Maria da Penha? **INSTITUTO MARIA DA PENHA**. Fortaleza,2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html >. Acesso em 28/06/2020.

SANCHES, Rogério. Lei 13.827/19: Altera a Lei Maria da Penha para permitir a concessão de medida protetiva pela autoridade policial. 14 de maio de 2019. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/14/lei-13-82719-altera-lei-maria-da-penha-para-permitir-concessao-de-medida-protetiva-pela-autoridade-policial/. Acesso 28/06/2020.

SANTIAGO, Rosilene Almeida; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2008. Disponível em www.revistas.unifacs.br. Acesso em 28/06/2020.

TOLEDO, Eliza. O aumento da violência contra a mulher na pandemia de Covid-19: um problema histórico.FIOCRUZ. 28 de abril de 2020. Disponível em: http://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1781-o-aumento-da-violencia-contra-a-mulher-na-pandemia-de-covid-19-um-problema-historico.html#.XuqlYGhKjIU. Acesso em: 28/06/2020.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. Rev. bras. epidemiol., Rio de Janeiro , v. 23, e200033, 2020 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2020000100201&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28/06/2020.

Violência doméstica aumenta durante o isolamento social. ANDES. 15 de abril de 2020. Disponível em: https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/violencia-domestica-aumenta-durante-o-isolamento-social1

Violência física e sexual contra mulheres aumenta durante isolamento social provocado pelo coronavírus. **G1**. 19 de abril de 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/19/violencia-fisica-e-sexual-contra-mulheres-aumenta-durante-isolamento-social-provocado-pelo-coronavirus.ghtml. Acesso em: 28/06/2020.

A NECROPOLÍTICA PRESENTE NO USO DE SNIPERS NO RIO DE JANEIRO

Anderson Milhomem Vasconcelos

I. INTRODUÇÃO

É indiscutível que o direito a vida seja considerado um dos mais, ou até mesmo o mais importante de todos, porém, nem sempre o Estado e seus governantes reconhecem esta afirmação como verdadeira. E o que fazer quando nem mesmo o Estado Democrático de Direito reconhece a importância de uma vida? Ou quando a torna cada vez mais relativa em relação à outros direitos conflitantes?

No decorrer deste trabalho buscou-se demonstrar como se deu a relação entre o valor da vida e as políticas públicas do Estado, como também a relação da vida de um indivíduo enquanto este for útil como mão de obra, principal símbolo do capitalismo.

Porém, após o grande apogeu do sistema capitalista, o desenvolvimento de tecnologias decorrente do fenômeno da globalização fez com que o mesmo começasse a decair (MOREIRA, 2019), e como primeira medida de corte para evitar um completo colapso, os trabalhadores perderam o seu valor de outrora. Com isso começaram a surgir políticas de marginalização para aqueles que não eram mais úteis para o sistema, e uma delas é a necropolítica.

Após a feita as devidas contextualizações sobre a necropolítica, passaremos a abordar quais as orientações sobre a utilização do snipers

policiais em situações de risco, como estes especialistas deveriam agir em determinadas situações e quando um tiro letal poderia ser disparado em direção a alguém. Para em seguida, realizar a devida comparação com os depoimentos e ações do Governo do Rio de Janeiro.

Por último, faz-se extremamente necessário discorrer sobre as possíveis violações legais caso um tiro de sniper seja dado sem o devido respeito à vida humana e simplesmente como um slogan político para angariar votos em eleições.

II. EXPLORANDO A NECROPOLÍTICA

O poder, possui a capacidade de elaborar subjetividades compatíveis com os modelos sociais, e sua análise com o capitalismo é justamente o que Michel Foucault investiga em uma de suas obras de maior renome, Vigiar e Punir (FOUCAULT, 2009), que fora publicado em 1975. Neste cenário, o poder é sempre visto por meio de sua microfísica, de forma individual no momento em que incide em cada corpo, ou seja, para Foucault, as relações de poder penetram os corpos.

O objetivo do capitalismo é a produção em larga escala de mercadorias, devendo assim os corpos serem produzidos cada vez mais, para que estes sejam cada vez mais produtivos. Foucault nomeia de disciplina a "técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício" (FOUCAULT, 2009, p. 164).

Porém, o pensamento de Foucault se dá em um momento de ampliação do capitalismo, onde reitera-se, tal modelo necessitaria de um número exponencialmente maior de mão de obra para o aumento da produção das mercadorias. Então, utilizando-se de normas e sanções, tornou-se o corpo uma máquina de produção.

Fazendo assim com que os mecanismos sociais de controle deste modelo sejam formados por várias entidades estatais, como hospitais, prisões, escolas, etc., no intuito de terem a responsabilidade de formar, disciplinar, e deixar os corpos em perfeitas condições para desempenharem corretamente suas funções de produção. Ou seja, Foucault entende que o poder era relacionado à vida dos cor-

pos e não às suas mortes, já que existiam meios de "administrar a vida" dos mesmos.

Contudo, o poder nem sempre é algo estável e contínuo, e Foucault reconhece esta instabilidade no processo de governo. Com o aparecimento das primeiras crises, o filósofo mencionou no início da década de 70, que as disciplinas já não desempenhavam suas funções com a mesma eficácia que outrora, principalmente nos países industrializados. Com essas crises no sistema capitalista, Foucault direcionou suas pesquisas para uma nova área. A prova disto, está em sua afirmação:

> Parece-me, com efeito, que através da crise econômica atual e das grandes oposições e conflitos que se desenham entre nações ricas e pobres, pode-se ver o nascimento de uma crise de governo. Por governo, entendo o conjunto das instituições e práticas através das quais se guiam os homens desde a administração até a educação. É esse conjunto de procedimentos, de técnicas, de métodos que garante a orientação dos homens, uns pelos outros, que me parece em crise hoje, tanto no mundo ocidental como no mundo socialista. (FOUCAULT, 2010, p. 345).

Essas instabilidades do governo decorrente de crises tornaram-se o centro da teoria social de Foucault, passando de um estudo sobre as ferramentas da "administração das vidas" individuais, para a segurança das populações. Nesta nova etapa, o objetivo também é a produção da vida, porém com uma análise não voltada à apenas o corpo individual como era antes, e sim da coletividade, surgindo de tal modo a biopolítica da população.

De acordo com Foucault, este tipo de biopoder é "um elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, pois o mesmo garantiu a inserção controlada dos corpos nos aparelhos de produção, ajustando assim a população aos processos econômicos" (FOUCAULT, 2015, p. 152), ou seja, para Foucault, a vida, a produção de vida em larga escala e sua indispensabilidade seriam elementos essenciais para a manutenção desse sistema, porém o que aconteceria se houvessem políticas que não objetivassem mais estas proteções? Para que isto seja

melhor explorado, primeiro é necessário entender as modificações sociais oriundas da crise do sistema capitalista.

Inicialmente, durante o período de ascensão do capitalismo, o objetivo primordial era agrupar um maior número de corpos dentro das grandes fábricas para uma máxima produção de mercadorias. Porém, com o avanço da tecnologia e o desenvolvimento de novas técnicas de produção, ocorreu uma grande modificação no sistema capitalista, o que fez com que fosse necessário um número menor de trabalhadores, já que grande parte do trabalho estava sendo realizado pelas máquinas modernas. Ou seja, a mão de obra viva como principal método de produção de mercadorias tornou-se dispensável e foi minada pelo desenvolvimento de novas forças produtivas. Como consequência a este avanço tecnológico, o capitalismo entra em uma fase de colapso mundial a partir da segunda metade do século XX (HILÁRIO, 2016, p. 194-210).

Isso teve como consequência uma inversão total dos objetivos firmados anteriormente, pois agora era necessário a retirada dos trabalhadores das fábricas, demitindo-os, deslocando-os para as periferias, para as prisões ou aniquilando-os com o uso das forças policiais, seja de maneira oficial ou extraoficial.

Em termos políticos, ocorre uma transição da biopolítica para uma política mais relacionada à morte do que à vida, a necropolítica. Não existe mais uma política que objetive a produção da vida e sim, uma nova política que busca a morte de determinados indivíduos, os quais não possuem mais uma posição no círculo da sociedade, pois perderam sua utilidade no momento em que não são mais rentáveis.

O termo "necropolítica" nasceu de uma obra de mesmo nome que fora publicada inicialmente no ano de 2003 em uma revista norte-americana chamada *Public Culture*, a qual teve publicações em outros idiomas em anos seguintes. Escrita pelo historiador e cientista político camaronês, Achille Mbembe. O autor, conhecido por suas obras fazerem parte do chamado pensamento pós-colonial, possui o cuidado de produzir um conhecimento oriundo da África com o amparo dos intelectuais europeus.

Apesar de sua análise ser geograficamente delimitada, no continente africano, é possível entendê-la como uma suplementação dos

estudos de Foucault, pois enquanto este realizava suas pesquisas tendo como base o cenário europeu, Mbembe possuía como foco as periferias criadas pelo sistema capitalista, ou seja, os indivíduos que foram dispensados por não possuírem mais sua utilidade como mão de obra, utilizada em momentos anteriores e agora substituída por processos de produção modernos, cenário este que se enquadra perfeitamente na realidade brasileira e em diversos outros países. Parte de seu estudo foi em comparar sua obra com os trabalhos de Foucault, pois em sua argumentação há uma relação entre "a noção de biopoder de Foucault a dois outros conceitos: o estado de exceção e o estado de sítio" (MBEMBE, 2016, p. 128).

Partindo desta análise, Mbembe considera que "qualquer relato histórico do surgimento do terror moderno precisa tratar da escravidão, que pode ser considerada uma das primeiras instâncias da experimentação biopolítica" (MBEMBE, 2016, p. 130), ou seja, o entendimento sobre as origens e consequências da escravidão é essencial para a absorção seu estudo.

Segundo seu ensaio, um indivíduo ao ser considerado escravo, sofreria então como resultado três perdas, a primeira seria a "perda de um lar", significando isto a sua total dominação, pois ele passaria a ser apenas mais um objeto na fazenda de seu senhor, a segunda seria sua "perda dos direitos sobre seu corpo", ou seja, o escravo já nasce sem qualquer tipo de direito, um ser totalmente alienável, e por último, a "perda de seu *status* político", o qual acarreta sua morte perante a sociedade, deixando este de ser até considerado humano.

Para Mbembe, durante o estado de exceção e o estado de sítio, o poder trabalha para construir exceções e inimigos ficcionais, operando com base em uma divisão entre vivos e mortos, onde a "espécie humana seria distribuída em grupos, a subdivisão da população em subgrupos e o estabelecimento de uma censura biológica entre uns e outros. Isso é o que Foucault rotula com o termo (aparentemente familiar) 'racismo'" (MBEMBE, 2016, p. 128).

Em sua obra, a raça é utilizada como um dos critérios justificadores da utilização da força bruta em políticas ocidentais durante a história. O racismo, nos termos de Foucault, seria uma espécie de ferramenta

que possibilitaria a utilização do biopoder. A afirmação, "na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição de morte e tornar possível as funções assassinas do Estado" (MBEMBE, 2016, p. 129), podemos perceber que o autor converge com Foucault no que se refere a utilidade do racismo dentro das políticas sobre a vida e a morte.

Também, é perceptível que uma das premissas facilitadoras para o extermínio de raças foi a serialização de mecanismos técnicos para conduzir as pessoas à morte, quando ele afirma que "mecanizada, a execução em série transformou-se em um procedimento puramente técnico, impessoal, silencioso e rápido" (MBEMBE, 2016, p. 129), ou seja, com o avançar das tecnologias, o Estado tentava transformar os métodos de matar em o mais "civis" o possível, atribuindo-os objetivos racionais.

E acompanhando o avanço das tecnologias, o ensaio também evolui no contexto histórico ao relacionar as guerras da atualidade com suas reais finalidades, onde outrora eram direcionadas à conquista de recursos e territórios, e hodiernamente possuem como objetivos "forçar o inimigo à submissão, independentemente de consequências imediatas, efeitos secundários e 'danos colaterais' das ações militares" (MBEMBE, 2016, p. 139).

Assim com o passar do tempo, o Estado buscava através de seu poder, formas políticas de exterminar a parcela da população a qual não lhe era mais útil, sua permanência no circulo social poderia causar algum prejuízo futuro à sociedade como um todo, assim utilizando-se da razão, tentava criar um espaço onde os erros da sociedade seriam reduzidos e os inimigos seriam eliminados.

Esta parcela da população que não era mais útil para o Estado, está presente no ensaio quando é mencionado a "destruição material dos corpos e populações humanos julgados como descartáveis e supérfluos" (MBEMBE, 2016, p. 135). Ora, se o convívio dentro de um sistema capitalista é por meio da troca de mercadorias, ou seja, pela negociação do trabalho, então significa que estes indivíduos podem ser considerados fora do sistema, empurrados para fora do circuito, uma "vida matável", privada de qualquer valor de troca. A título de exemplificação, Mbembe cita o judeu em um campo de concentração,

onde este é menosprezado e todos os seus bens de uso de valores lhe são tomados (sapatos, joias, roupas, brincos, anéis etc.). Em um trecho da obra Homo Sacer, o autor chega a afirmar que existe um "ponto em que a biopolítica se converte necessariamente em tanatopolítica" (AGAMBEN, 2010, p. 138), trecho este que retrata muito bem o exemplo utilizado por Mbembe.

Mbembe utiliza a expressão "a soberania, reside, em grande parte medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer" (MBEMBE, 2016, p. 123), como primeiro passo em seu estudo, ou seja, deixa claro que na necropolítica, a função da soberania é delimitar e escolher aqueles que irão continuar a fazer parte da sociedade e aqueles que deverão ser eliminados. Como ao utilizar o exemplo do "estado de sítio", afirma que o soberano é militarizado, e este outorga a liberdade acerca de quando e em quem atirar aos comandantes militares locais, onde estes utilizariam apenas os seus próprios critérios.

A análise de necropolítica enriquece a compreensão dos fenômenos da violência presentes nas periferias do capitalismo, onde ocorre uma destruição do bem-estar social, e uma diminuição direitos individuais e políticos. Parte de sua análise pode ser aplicada no atual cenário brasileiro, onde o medo da sociedade perante a crescente onda de criminalidade, faz com que os representantes políticos se utilizem da necropolítica como promessa política. Sendo o seguinte trecho a prova disto:

> Na lógica da sobrevivência, 'cada homem é inimigo de todos os outros'. Mais radicalmente, o horror experimentado sob a visão da morte se transforma em satisfação quando ela ocorre com o outro. É a morte do outro, sua presença física como um cadáver, que faz o sobrevivente se sentir único. E cada inimigo morto faz aumentar o sentimento de segurança do sobrevivente. (MBEMBE, 2016, p. 142).

Da mesma forma que durante a ascensão do capitalismo, a biopolítica operava por meio da "administração das vidas", na medida em que a crise do capitalismo foi se tornando mais grave, cada vez mais foi necessária a expulsão dessas vidas do círculo social principal, enviando-as para as periferias, ou seja, paulatinamente houve a substituição

da biopolítica pela necropolítica, e como consequência deste fato, a "administração das vidas" foi sendo convertida em "administração das mortes", pois os problemas sociais não estavam mais sendo resolvidos dentro das instituições estatais responsáveis na biopolítica.

Mbembe conclui seu ensaio afirmando que "a noção de biopoder é insuficiente para explicar as formas contemporâneas de subjugação da vida ao poder da morte" (MBEMBE, 2016, p. 146). Utilizando-se da necropolítica, o mesmo busca explicar a razão, a qual no mundo contemporâneo, a implementação de armas de fogo têm sido cada vez mais utilizada com interesses para a destruição de determinados tipos de indivíduos, tipos esses, que têm se ramificado de forma exponencial, o que pode-se concluir que, o número de mortes também tende a acompanhar esse crescimento, criando assim vidas com o "status de mortos-vivos" (MBEMBE, 2016, p. 146).

É importante ressaltar, que esta "administração das mortes" está cada dia mais presente em nosso cotidiano, pois "além das prisões e das mortes, o proibicionismo também vem sendo utilizado como dispositivo de necropolítica, uma vez que tem servido para justificar a violência a determinados grupos étnico-raciais como a juventude negra e periférica"(CARDOSO, 2018). Ou seja, os níveis de violência em nossa sociedade tendem a se tornar cada vez mais endêmicos.

III. A UTILIZAÇÃO DO SNIPER POLICIAL NO BRASIL

O presente tópico tem como função explanar sobre os procedimentos e os aspectos jurídicos sobre o tiro do sniper policial em situações de crise no Brasil, a se discorrer também sobre quais tipos de reflexos o atirador poderia sofrer caso realizasse o disparo sem a devida autorização para fazê-lo.

Antes de se adentrar sobre o tiro do sniper, também conhecido como tiro de neutralização imediata (ou tiro de comprometimento), faz-se necessário conhecer quem é a figura do atirador. O Atirador policial é um membro de alguma das policias militares, civis ou federais, o qual se especializa em realizar tiros de alta precisão e passa a

integrar grupos táticos. Sua atuação é estritamente relacionada à casos críticos de alta complexidade, também chamados de crises.

Como geralmente situações complexas assim ocorrem nas zonas urbanas, locais com uma alta densidade populacional, a utilização das forças policiais tradicionais com os procedimentos padrões poderiam causar algum risco a possíveis reféns ou simplesmente à inocentes transeuntes ao local da crise. Por isso, os grupos táticos são colocados em prática com seus atiradores de elite, onde a principal função destes não é tirar vidas, e sim salvá-las.

> O tiro desferido pelo sniper, conhecido doutrinariamente como tiro de comprometimento ou tiro de neutralização/incapacitação imediata/instantânea, é realizado em ponto específico da cabeça (bulbo, cerebelo e ponte), que visa à neutralização imediata, cortando instantaneamente a capacidade motora do perpetrador do incidente crítico, com o desligamento do sistema nervoso central (PEREIRA; CARVALHO, 2018).

Outra funcionalidade na utilização do atirador sniper é durante missões e planejamentos, para realizar a devida "observação, coleta e transmissão de informações em tempo real, cobertura de Equipes Táticas e proteção de autoridades" (PEREIRA; CARVALHO, 2018), pois sua especialidade não é somente desferir um tiro de comprometimento, muito pelo contrário, repete-se novamente o que já fora dito em parágrafos anteriores, acerca do caráter excepcionalíssimo deste tiro, devendo este ser utilizado em raríssimas ocasiões.

Toda situação de risco necessita de um comandante da crise, e uma das equipes em que este comandante deve dispor para agir a qualquer momento é a equipe de atiradores de alta precisão, devendo estes agirem de forma agressiva apenas se for completamente indispensável a neutralização da capacidade motora de algum agente criminoso. Porém, para prosseguir com seu tiro, o atirador deverá receber a ordem de seu comandante de crise, e nunca agir por vontade própria.

O papel do comandante de crise juntamente com o da equipe de atiradores de alta precisão estão devidamente salvaguardados por legislações tanto de âmbito internacional (ONU, 1979, art. 3º) quanto nacional

(BRASIL, 1969, art. 234, § 2º), porém, deve-se ressaltar que desde que sejam obedecidas as devidas preparações preliminares e que se deixe o tiro de comprometimento como última ferramenta para a solução das crises.

Rogério Greco mencionar em uma de suas obras como deveria ser a atuação do atirador de elite:

> [...] se esgotadas as possibilidades de negociação, de gerenciamento da crise, for dado, pelo comandante da operação, o sinal verde para atuação do sniper, ele terá sempre em foco duas alternativas, que conduzirão, certamente, a neutralização do agressor: Seu tiro poderá ser efetuado em direção a uma zona mortal do corpo humano, eliminando-o instantaneamente e, com isso, impedindo sua ação criminosa dirigida à vítima; ou poderá efetuar um disparo com a intenção de, tão somente, ferir o agressor desde que isso possibilite o resgate seguro da vítima. (GRECO, 2011, p. 135).

Ou seja, o tiro de comprometimento deverá ser realizado com toda a segurança possível de que imobilize imediatamente o agente agressor (ocasione sua morte), para que não sejam realizados mais um disparo.

IV. VIOLAÇÕES AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A realização de um dispara do tiro de comprometimento em um momento não cabível para tal ação deverá ser analisado no caso concreto, onde determinados fatores deverão ser considerados, como a densidade populacional ao redor do alvo, número de reféns, número de agentes infratores, etc.

O procedimento padrão para a realização de um disparo pelo atirador de alta precisão é acionado somente após a falha de todos os procedimentos preliminares de negociação e resolução de crise de forma não letal, juntamente com o risco atual ou iminente que a vida da vítima estaria correndo. Como podemos perceber no texto do 4º Princípio básico sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei:

> No cumprimento das suas funções, os responsáveis pela aplicação da lei devem, na medida do possível, aplicar meios não-violentos antes de recorrer ao uso da força e armas de fogo. O recurso às mesmas só é aceitável quando os outros meios se revelarem ineficazes ou incapazes de produzirem o resultado pretendido. (ONU, 1990, 4º princípio).

A utilização de um tiro de comprometimento sem a devida autorização de um comandante de risco feriria todos os normativos que foram citados no tópico anterior que salvaguardam a utilização de atiradores de elite em situações de crise.

Ou seja, podemos perceber que depoimentos como o dado pelo atual Governador se mostram completamente divergentes à tudo aquilo que fora explanado aqui em relação ao procedimento adotado previamente para se autorizar um tiro de comprometimento:

> O sniper é usado de forma absolutamente sigilosa. Eles já estão sendo usados, só não há divulgação. Quem avalia se vai dar o tiro na cabeça ou em qualquer outra parte do corpo é o policial. O protocolo é claro: se alguém está com fuzil, tem que ser neutralizado de forma letal imediatamente (FÁBIO, 2019).

Como destacado anteriormente, a única pessoa que possui autoridade para autorizar que o atirador de elite realize um disparo em uma operação é o comandante da crise, ou seja, o protocolo que fora informado pelo Governador em sua entrevista está completamente em desamparado legalmente, e se o atirador realizar o disparo sobre estas condições, poderá ser indiciado pelo crime de homicídio, pois está ceifando a vida de outrem por vontade própria.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que fora abordado no corpo deste trabalho, pode-se perceber que o a for devido valor à vida fora respeitado nos primórdios do capitalismo, enquanto quando a vida de cada trabalho era tida como principal ferramenta de produção das grandes fábricas, porém,

o processo de industrialização fez com que a mão de obra humana se tornasse obsoleta diante das grande máquinas.

Com isso, houve um processo de demissão em massa, fazendo com que a grande parcela que agora estava desempregada viesse a ocupar as margens da sociedade, e para agilizar este processo, determinadas políticas públicas foram criadas para potencializá-lo em benefício dos grandes empreendedores, e uma destas foi a necropolítica. Um modelo de política no qual o direito a escolha de quem viveria e quem morreria em determinada sociedade estaria nas mãos do soberano daquela região, do Estado.

Com a evolução da história, podemos perceber que a necropolítica se fez presente em muitos momentos, e em todos para justificar as marginalizações e as mortes de indivíduos que já sofriam preconceitos perante os demais. Ao iniciar-se com os escravos, a necropolítica tem sido utilizada para explicar a utilização de armas de fogo para a eliminação de determinados indivíduos da sociedade.

E com isso, podemos perceber que as intenções do Governo do Estado do Rio de Janeiro se adequam perfeitamente à modalidade de política da morte, pois ao desobedecer todas as legislações demonstradas aqui que regulam a utilização de atiradores de elite em situações de crise, estão exercendo o poder típico do Poder Judiciário de sancionar indivíduos, e mesmo que tivessem tal atribuição, ainda não o realizam com violações a princípios constitucionais como o do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, e sem contar que a pena de morte causada pelo tiro de comprometimento seria completamente ilegal e anti-humana.

Conclui-se o presente trabalho ao considerar que se verídicas as informações do representando do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, a população estaria correndo sérios riscos de serem sentenciadas à morte de uma forma totalmente arbitrária e ilegal, tanto o alvo do tiro, quanto o atirador, pois este irá responder um processo criminal por homicídio, tendo em vista que seu ato não estava amparado por nenhuma lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua** I – Trad. de Henrique Burigo. – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

BRASIL, Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de out. de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Brasília, 1969. Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em 09 jul. 2019.

CARDOSO, Francilene. Racismo e Necropolítica: a lógica do genocídio de negros e negras no Brasil Contemporâneo**. Revista de Políticas Públicas. Mesas Temáticas Coordenadas: Mulheres, Raça e Classe. Ano 2018, vol. 22, número especial da VIII JOINPP - 1917-2017: um século de reforma e revolução, p. 949-986. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/issue/view/481/showToc , acessado em 06/06/2019.**

FÁBIO, André Cabette. Governador diz que snipers já atuam no Rio. O que diz a lei**. Nexo Jornal. Abr. 2019. Disponível em: < https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/04/03/Governador-diz-que-snipers-j%C3%A1-atuam-no-Rio.--O-que-diz-a-lei>.**

FOUCAULT, Michel. **Conversa com Michel Foucault**. In: Repensar a política. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade : A vontade de Saber**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento de La Biopolítica**. Tradução para o Espanhol: Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 2007.

GRECO, Rogério. **Atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 3 ed. Niterói: Impetus, 2011.

HILÁRIO, Leomir Cardoso. **Da biopolítica à necropolítica: variações foucaultianas na periferia do capitalismo**. Sapere

aude – Belo Horizonte, v. 7 – n. 12, p. 194-210, Jan./Jun. 2016 – ISSN: 2177-6342.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. . Revista Arte & Ensaios. Pags. 123-151. 2016.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica, una revisión crítica**. In: GREGOR, Helena Chávez Mac (Org.). Estética y violencia: Necropolítica, militarización y vidas lloradas. México: UNAM-MUAC, 2012, p. 135.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. **Caderno Doutrinário 1 – Prática Policial Básica**: Intervenção Policial, Verbalização e Uso de força. Belo Horizonte: Academia de Policia Militar, 2010.

MOREIRA, Wilton. Chegamos ao final do capitalismo?**. Jornal GGN. Abr. 2019. Disponível em: < https://jornalggn.com.br/artigos/fim-de-ciclo-ou-colapso-do-capitalismo-o--que-estamos-vivenciando/>. Acesso em 07 jun. 2019**

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**. Assembleia Geral das Nações Unidas, resolução 341/169, de 17 de Dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33037-41498-1-PB.pdf>. Acesso em 06 jul. 2919

PEREIRA, Jeferson Botelho; CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de et al. Aspectos jurídicos do tiro do sniper policial. **Revista Jus Navigandi**, **ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5423, 7 maio 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/65726. Acesso em: 08 jul. 2019.**

OS DIREITOS HUMANOS E A (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Alessandra Almeida Barros
Nara Priscila Pereira de Castro

1. INTRODUÇÃO

Com a vigência da Lei nº 12.403/2011 houve avanços no nosso ordenamento jurídico quanto às medidas cautelares, como por exemplo, a monitoração eletrônica, o recolhimento domiciliar noturno, o comparecimento periódico em juízo, dentre outras. Tais medidas visam evitar o encarceramento do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, constituindo verdadeiro instrumento de política criminal, o que vai em conformidade às premissas firmadas nos Direitos Humanos, haja vista este ser comumente compreendido como o direito inerente a todos os indivíduos, independentemente de raça, nacionalidade, idioma, etnia, religião ou outra condição e que protege o direito à vida, à liberdade, à dignidade da pessoa humana, entre outros direitos fundamentais, os quais também estão consubstanciados na Constituição Federal.

Os Direitos Humanos visam à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, sem qualquer discriminação, e, por isso, estabelecem obrigações para os governos agirem de acordo com a norma suprema e o bem maior (indivíduo) ou se abster de certos atos que firam os direitos do ser humano. Por isso foi de grande relevância para os defen-

sores dos Direitos Humanos a vigência da Lei que prevê a possibilidade de aplicação de punibilidade diversa da prisão aos acusados, ainda não condenados judicialmente, já que com a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão seria mais viável respeitar os princípios que versam os direitos humanos em prol do ser indivíduo.

Entretanto, apesar da boa intenção legislativa, o Estado não dispõe de aparelhamento suficiente para a efetiva fiscalização da execução das medidas cautelares, que, devido a sua precariedade, terminará por ensejar a concretização da impunidade àqueles que mereciam punição, e, consequentemente, entulhará o sistema carcerário, por ser o único meio de punibilidade "concreto".

Por conseguinte, vislumbra-se que há o confronto dos ditames legais e dos preceitos que regem os Direitos Humanos, posto que visando à aplicação em respeito às normas, o órgão estatal punitivo choca-se com a realidade de ineficácia da aplicabilidade das medidas e falta de punição aos acusados, levando à superlotação do sistema penitenciário, já que atualmente é o único com efeito punitivo, não obstante receba constantemente opiniões reprimendas dos direitos humanos.

O presente artigo tem, o objetivo de mostrar a evolução das medidas cautelares diversas da prisão de uma forma breve, atrelado aos enunciados dos Direitos Humanos ligados a seara do indivíduo, bem como analisar essas medidas no quesito aplicabilidade, fiscalização e (ine)eficácia, como também a sua ineficiência para solucionar o problema das superlotações nos sistemas penitenciários, os quais são alvos de severas críticas pelos Direitos Humanos por ferir diretamente dignidade da pessoa humana e a liberdade. Assim, para que fosse alcançado o resultado proposto, utilizou-se como método de pesquisa a abordagem dedutiva, com estudos doutrinários, através de pesquisa em textos legais e revisão literária.

2. BREVE RELATO HISTÓRICO DAS MEDIDAS CAUTELARES E DOS DIREITOS HUMANOS

As primeiras aparições das medidas cautelares foram no direito romano que funcionavam de forma acautelatória, visando primordialmente o pagamento de dívidas, como por exemplo, o *cautio damini in-*

fecti, ou seja, caução de dano temido, no qual o pretor (pessoa da época que se assemelhava ao juiz) determinava o pagamento de uma caução como garantia do pagamento da dívida e, se por algum motivo esse pagamento não fosse realizado, ocorreria a determinação da detenção dos bens do devedor. No direito alemão, por sua vez, foi onde houve o desenvolvimento das medidas cautelares, as quais passaram de unicamente acautelatória para estruturadas e sistemáticas. No direito italiano foi onde surgiram as principais premissas para a aplicação dessas medidas cautelares nos tempos atuais, são elas: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. No Brasil, através do projeto de Lei nº 4.208/2011, surgiu a Lei nº 12.403/2011, que instituiu no sistema processual penal brasileiro as medidas cautelares, mostrando aos acusados uma alternativa diferente de prisão, seja ela definitiva, provisória ou preventiva.

Já no tocante aos direitos humanos, estes surgiram há séculos. Desde os primórdios havia defensores, no entanto, destaca-se a Revolução Francesa como um dos principais movimentos no encalço da efetivação desse direito, caracterizando esta fase como a primeira dimensão; posteriormente surgiram as demais dimensões (2ª, 3ª, 4ª e 5ª) dos direitos humanos. Sendo assim, há de se ressaltar que após as lutas e reivindicações sociais ganharem força, os Estados passaram a implantar os direitos humanos angariados em suas Constituições, passando esses a serem chamados de Direitos Fundamentais, a fim de que fossem devidamente exercidos e respeitados dentro daquela sociedade. Seguindo, em meados de 1945 surgiram vários documentos internacionais específicos sobre direitos humanos, com caráter legal, consistindo, principalmente, de tratados, declarações universais e costumes.

A criação das Nações Unidas foi imprescindível para o desenvolvimento e a adoção dos instrumentos internacionais de direitos humanos. E, desde então, outros meios foram adotados a nível nacional e estadual, refletindo as preocupações sobre os direitos humanos em proveito individual e particular a cada território.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi expedida em 1948 e é identificada como o marco na história dos direitos humanos, pois estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos

humanos. Referida declaração determina expressamente quais direitos que todo indivíduo no âmbito mundial pode esperar e exigir simplesmente por ser humano. Os direitos humanos são protegidos legalmente por tratados e declarações específicas, garantindo aos indivíduos direitos contra ações que interfiram em sua liberdade fundamental e na dignidade humana.

No entanto, os defensores deste ramo do direito enfrentam uma demasiada dificuldade quanto ao cumprimento de suas premissas preceituadas em tratados e declarações universais e até mesmo na CF, tendo em vista o Estado não possuir meios satisfatórios para obedecer aos enunciados dos Direitos Humanos e efetivar com eficácia as medidas de punibilidade.

Muito embora as medidas cautelares diversas da prisão compatibilizem-se aos preceitos dos direitos humanos, elas precisam de uma melhoria significativa quanto a sua aplicação para ter eficácia e desmistificar o sistema penal carcerário brasileiro, ante o colapso existente em seu sistema e, consequentemente, a ineficiência da punição nesta modalidade, motivo pelo qual surgiu a necessidade de medidas alternativas que agregasse eficácia de punibilidade com amparo nos princípios dos direitos humanos.

3. CONCEITO, BASE LEGAL E APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E AS PREMISSAS DOS DIREITOS HUMANOS

Muitos acusados, inclusive os que cometem crimes mais brandos, não necessitam de uma imposição de pena mais severa, como a privativa de liberdade, sendo assim, as medidas cautelares são uma forma de acompanhar o transcorrer do seguimento penal processual, com a capacidade de se evitar, por exemplo, uma eventual prisão indevida e a violação à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais. Nesse sentido, vejamos:

> As medidas cautelares nada mais são do que instrumentos restritivos de liberdade, os quais possuem caráter estritamente provisório e urgente, diversos da prisão, que atuam como meios

> de controle e acompanhamento durante o transcorrer do seguimento penal. (NUCCI, 2014, apud, SOUZA, 2016, online).
>
> As medidas cautelares são definidas ainda, como as medidas decretadas através de decisão judicial que possuem como finalidade resguardar determinado resultado. (ALVES, 2014, apud, SOUZA, 2016, online).
>
> Aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em maior grau de intensidade (v.g., prisão preventiva, temporária), ora com menor lesividade (v.g., medidas cautelares diversas da prisão do artigo 319 do CPP). (LIMA, 2011, p. 3, apud, COSTA, 2017, online).

Percebe-se, assim, que é permitido a decretação das medidas cautelares desde o início da investigação até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo ser aplicadas em qualquer infração que caiba a pena restritiva de liberdade e que atendam aos requisitos presentes na dicção do artigo 282 do Código de Processo Penal (CPP), que são:

> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> I - Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> §1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

> §2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> §3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> §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). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> §5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> §6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (TJDFT, online).

O disposto no inciso I demonstra que as medidas cautelares têm como condão principal garantir o resultado do processo, evitando a fuga do acusado ou mesmo que ele conturbe ou prejudique a investigação ou a instrução criminal. Possuem, deste modo, um caráter substitutivo da prisão preventiva quando não houver nenhuma possibilidade de utilização das cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, entretanto, nem sempre devem ser utilizadas como uma alternativa de prisão preventiva, podendo ser impostas de forma autônoma, quando por exemplo o acusado for réu primário, que está respondendo por um

furto simples, sujeito a uma pena de no máximo quatro anos. Desta forma, são medidas cautelares diversas da prisão:

> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
>
> I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
>
> II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
>
> III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
>
> IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
>
> V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
>
> VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
>
> VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
>
> VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
>
> IX - monitoração eletrônica.
>
> §4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

> Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (TJDFT, online).

As medidas cautelares são autoexplicativas, podendo ser aplicadas isoladamente ou em conjunto, a depender da necessidade no caso concreto, desde que compatíveis entre si, e, podendo também o magistrado a substituir por outra ou mesmo revogá-la a depender da inutilidade de sua utilização, mesmo com o processo ainda em andamento.

Vislumbra-se que as medidas cautelares enquadram-se como uma ótima alternativa para punir o infrator da Lei, ainda não julgado pela máquina judiciária, frente a privação total de sua liberdade, agregado ainda ao respeito aos princípios e valores contidos na linha dos Direitos Humanos, os quais não são respeitados em sua excelência quando os acusados estão sob a guarda do Estado no sistema prisional, por exemplo.

A criação de medidas alternativas à prisão foi uma saída adequada e eficaz teoricamente para os defensores dos direitos humanos verem suas premissas sendo honradas, todavia a falta de eficácia na prática no tocante à punibilidade e à averiguação de cumprimento exitório das medidas cautelares, acabou confrontando quanto aos ditames defensivos da dignidade da pessoa humana com a punição estatal efetiva, entrando, assim, em conflito a punibilidade do direito penal e a proteção aos direitos humanos fundamentais.

4. A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES

A criação das medidas cautelares diversas da prisão guarda estreita consonância com as premissas dos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo onze, preceitua que:

> **T**odo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias

> à sua defesa. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. (BRASIL. UNICEF, online).

Assim, aplicar medidas alternativas à prisão, é uma forma condizente de cumprimento ao acima transcrito, na proporção do crime cometido e na punibilidade, levando em consideração os demais requisitos para ponderar a pena. Outrossim, os meios alternativos de cumprimento da pena garantem ao acusado possibilidade de ressocialização social, haja vista que ao livrá-lo do cárcere privado, consequentemente, evita-se o aliciamento ao crime.

Em conformidade com as diretrizes sobre os Direitos Humanos, a prisão do indivíduo deve ser a última alternativa, já que nada é mais importante do que sua liberdade, o exercício da sua ampla defesa, o devido processo legal e a aplicação do princípio da inocência. Trata-se, deste modo, da defesa da aplicação de medidas cautelares menos gravosas ao acusado, devendo a penalidade sempre ser razoável à gravidade do delito, circunstância dos fatos e as condições pessoais do acusado, o que na prática pouco ocorre ante a inexistência de fiscalização devida, motivo pelo qual a maioria dos indivíduos acusados acabam com a sanção mais gravosa, de logo privação da liberdade.

As medidas cautelares diversas da prisão possuem o intuito claro de diminuir o atolamento do sistema carcerário e o confronto aos direitos humanos, por outro lado, se não houver o controle efetivo do cumprimento das medidas alternativas, elas se tornam ineficazes e perdem o caráter de punição para os infratores criminais, como já tem ocorrido na prática brasileira.

Para ter efetividade em suas realizações, o magistrado, ao aplicar uma das medidas cautelares diversas da prisão, deveria estabelecer a forma concreta de fiscalização para o seu cumprimento, bem como os devidos mecanismos de aplicação, sem prejuízo da supervisão do Ministério Público em conjunto com os demais órgãos ou instituições públicas. No entanto, na prática brasileira ainda não se instituiu um programa apto a gerir com eficácia o cumprimento dessas medidas;

levando sua punibilidade à ineficiência; não restando, assim, ao Estado outra forma mais "eficiente" de punição do que o cárcere privado.

A Lei nº 12.403/2011 é omissa quanto aos mecanismos hábeis para a sua fiscalização, não assegurando a operacionalidade muito menos a eficácia dessas medidas. Nota-se que muitos magistrados deixam de aplicar as medidas cautelares, pois de que adianta punir o indivíduo se não é possível o controle do seu pleno cumprimento? Falta, portanto, uma estrutura necessária para aplicá-la de forma concreta, dar segurança em sua efetividade e fiscalizar cabalmente a aplicação dessas medidas, além de outras omissões que facilmente se constatam, como o tocante à ineficácia da aplicabilidade, do controle e da punibilidade das medidas cautelares e da reversão da conduta pelo indivíduo de forma correta.

O Estado de Direito deve agir como garantidor de que as medidas cautelares sejam aplicadas da forma como idealizada e esperada pelo processo penal. Todavia, não adianta implantar uma medida alternativa se os órgãos de segurança pública não estão preparados para fiscalizá-la plenamente e, esse é de fato o grande problema, pois os órgãos punitivos não combatem adequadamente à criminalização, tampouco exercem o controle aos que já estão em cumprimento de pena, muito menos fiscalizam de forma efetiva aqueles que cumprem as medidas cautelares diversas da prisão.

É indiscutível o reconhecimento precário do Estado quanto à estrutura básica e sólida capaz de fiscalizar os indivíduos em cumprimento de medidas alternativas, tampouco evitar o início de práticas delituosas e, assim, desafogar o Judiciário e, principalmente, os presídios.

É essencial que o Estado Brasileiro reconheça sua deficiência nessa fiscalização, implantação eficaz e segurança das medidas alternativas diversas da prisão, para que deste modo evite-se a ineficácia desta modalidade punitiva ainda mais, o elevado crescimento da população carcerária e o descumprimento aos preceitos normativos acobertados pelos Direitos Humanos, já que diante da inexistência de práticas eficazes por parte do Estado quanto à aplicabilidade e cumprimento das medidas cautelares, o único meio de punição encontra-se no sistema carcerário, no qual os direitos humanos são altamente alastrados pelo regime penitenciário.

5. SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional vem enfrentando muitas dificuldades ao longo dos tempos, com constantes violações das normas constitucionais, bem como críticas severas dos defensores dos direitos humanos, que fiscalizam e combatem estes descumprimentos legais. Essas dificuldades enfrentadas pelo Estado dão-se em virtude da maioria dos presídios encontrar-se superlotados e não oferecerem condições mínimas de dignidade para a manutenção das pessoas, afrontado profundamente os direitos humanos e a carta magna. Alguns fatores como o abandono e a falta de investimento por parte do Estado, são causas para o agravamento deste quadro. A superlotação impede que o princípio da punição pelo cerceamento da liberdade cumpra sua principal função que é a ressocialização, ou mesmo a socialização. (LEITÃO, online).

Os Direitos Humanos defendem que o indivíduo submetido ao cárcere privado deve ser punido em condições plenas de ser recolocado na sociedade e modificado internamente, de modo a não reincidir no ato delituoso, entretanto, a realidade diverge integralmente do ora conceituado e defendido por eles. Em verdade, verifica-se, cada vez mais, indivíduos punidos tão severamente pelo Estado, em condições tão desumanas, que quando auferem sua liberdade novamente, retomam à criminalidade mais hábeis e *experts,* além da sede de vingança pelos tratamentos desumanos e degradantes a que foram submetidos.

Segundo a dicção do artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, verifica-se que a prática acometida pelos presos no regime prisional fere diretamente seus princípios. A seguir: Art. 5º - "Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante."

No mesmo sentido é o que apregoa o art. 5º, III, da CF: "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante." Não apenas este, mas a Constituição trouxe vários dispositivos a fim de garantir e disciplinar o cumprimento humanizado da pena, adequando-se ao respeito, à condição humana e à dignidade atrelando essa condição por meio dos direitos fundamentais. No inciso XLVII,

do mesmo artigo, a CF veda a pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, cruéis e de banimento; e vai além, no inciso XLVIII do referido artigo, quando instituiu o cumprimento da pena em estabelecimentos diferenciados de acordo com o sexo, idade e natureza do delito. No inciso XLIX, apregoa o respeito à integridade física e moral do preso; no inciso L, estabelece que sejam asseguradas condições para que as mães presidiárias permaneçam com seus filhos durante o período da amamentação.

Ocorre que não obstante estes sejam direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente e consubstanciados como cláusula pétrea, sua inviolabilidade é claramente constatada no regime prisional e, apesar dos estendidos esforços dos defensores dos direitos humanos em rechaçar sua violação, seu descumprimento permanece sendo um ato reincidente diariamente nos presídios.

É de conhecimento e amplitude geral que o regime carcerário apresenta inúmeros problemas, como: lotação extravagante, contínua transmissão de enfermidades contagiosas, elevado índice de reincidência, inexistência de profissionais capacitados para laborar nos presídios, ausência de viabilidade de ressocialização, entre outros. Estas constatações desrespeitam claramente tudo aquilo que a Constituição Federal e as premissas dos Direitos Humanos determinam e defendem cabalmente, já que milhares de detentos sobrevivem no sistema penitenciário em estado deplorável e desprezível, revelando, por conseguinte, o descaso e desleixo dos governantes pelas penitenciárias brasileiras frente ao ser humano digno de cuidados mínimos e respeito, sem qualquer discriminação e independentemente do crime cometido.

A triste e cruel realidade nas penitenciárias demonstra impreterivelmente o desrespeito pelos direitos humanos de todos os indivíduos que cumprem pena neste país, levando em conta que diante da realidade em que vivem atualmente, são considerados pelo Estado e pela própria população, como verdadeiros animais indignos de exercer e ter efetivamente os direitos básicos que lhe são inerentes.

É necessário ressaltar que o cumprimento de uma pena privativa de liberdade retira do acusado, de forma temporária, sua liberdade de ir e vir, mas não tem o amparo para afastar seus direitos fundamentais, fruto de inúmeras reivindicações. O simples fato de o indivíduo se en-

contrar em um presídio não faz deste um excluído social, pelo contrário, o intuito da penalização consiste na sua ressocialização, com o fito de que, após o cumprimento das penalidades para com a justiça, possa retomar sua vida em sociedade.

Todavia, tem sido quase que impossível a reinserção social, já que pelo tempo em que esteve detido o acusado passou por situações de horror, desespero e temor. A aplicação dos direitos humanos dentro das penitenciárias é praticamente inexistente e sua falta de fiscalização acaba por gerar uma onda de dor e sofrimento aqueles que ainda são cidadãos e, logo, dignos de seus direitos, mas que foram esquecidos pelo Estado, que é omisso e despreparado, bem como por uma sociedade que, muitas vezes, clama por uma justiça cruel e desumana.

O caráter punitivo que deveria ser atrelado ao Estado em conjunto com sua obrigação de ressocializar o indivíduo em cumprimento de pena, acaba sendo, na verdade, ocupado pela sensação de frustração, humilhação, tortura e gera um sentimento de vingança, ódio nos acusados, que se sentem jogados ao léu pelo Estado Geral de Direito e tratados como animais desprezíveis; acarretando uma animosidade perversa, sentimento de revolta, quão longe da ressocialização almejada.

A adversidade da superlotação das penitenciárias enseja um cuidado especial redobrado, com a finalidade de se alcançar em algum momento o devido respeito aos direitos humanos dos presos, que são tão ofendidos em sua amplitude geral e básica. Os defensores dos direitos humanos enfrentam uma luta árdua para que isto ocorra, no entanto, não tem sido fácil, ainda mais quando o Estado não colabora, tampouco se solidariza e angaria práticas de fato efetivas e concretas.

Os Direitos Humanos buscam ser mais atuante na busca pela aplicação de mecanismos capazes de proteger a integridade pessoal dos apenados brasileiros, contudo, além de não possuir a colaboração do Estado, até a sociedade tem contribuído negativamente para que eles não alcancem este propósito.

Assim sendo, é lamentável enfatizar que atualmente se denota que a mesma sociedade que lutou e reivindicou bravamente na busca efetiva de seus principais direitos humanos fundamentais, é a primeira a mostrar-se adversa à adequada aplicação destes aos seus semelhantes

que infringiram a lei, e mesmo assim não deixaram de ser em nenhum momento ser humano dignos de proteção e respeito por parte do poder estatal. Nos ensinamentos de Rogério Graco (2015, p.169):

> "Enfim, a primeira metade do século XX foi marcada pelo retrocesso com que foi utilizada a pena de privação de liberdade. Princípios conquistados com sangue, principalmente por conta dos revolucionários franceses, foram sendo esquecidos e abandonados ao longo dos anos."

Isto se dá porque para a sociedade, os apenados independente do crime, não são mais merecedores da dignidade humana e devem ser cruelmente punidos por seus atos. É tão verdade que para a sociedade as medidas adversas à prisão não são forma de punição, e sim um meio do Estado "passar a mão na cabeça" do "criminoso".

A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão não irá resolver o problema da superlotação dos sistemas prisionais brasileiros enquanto a efetividade, segurança e cumprimento destas medidas não forem vistas com prioridade e, principalmente, enquanto o Estado detentor da tutela do Direito não parar de se esquivar de sua obrigação de implantação dos direitos fundamentais, no sentido de visualizar o acusado como ser humano, digno de valor, respeito e tratamento igualitário, sem desprezo ou tratamento desumano e degradante.

No que se refere ao efetivo exercício, aplicação e proteção dos direitos inerentes ao homem na atual realidade carcerária brasileira, é inconteste que seu cumprimento é praticamente inexistente, o que acaba por demonstrar que uma demasiada parcela da sociedade vive tempos de desleixo, desprezo e banimento diante de seus direitos fundamentais e essenciais.

Se faz necessário, portanto, que o Estado crie iniciativas eficazes capazes de implantar um sistema apto a fiscalizar e manter eficaz o cumprimento e aplicabilidade das medidas alternativas diversas da prisão em consonância com os princípios norteadores dos direitos humanos e da norma suprema.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que, as medidas cautelares diversas da prisão são ineficazes para solucionar o problema de superlotação do sistema penitenciário e para a ressocialização do preso, visto que não possuem uma fiscalização e cumprimento adequados devido à falta de órgãos para a realização dessa efetividade em seu sentido amplo.

Os direitos humanos buscam minimizar e fazer cumprir a norma maior e os preceitos legais na proporcionalidade devida a cada indivíduo de acordo com sua conduta e sempre em respeito aos direitos fundamentais alcançados, mas a eficiência dessa conduta é demasiadamente precária devido aos outros problemas que assolam nosso Estado, o sistema prisional brasileiro e a realidade do acusado.

Embora a Lei nº 12.403/2011 tenha surgido e alavancado grandes expectativas de mudanças na efetividade da aplicabilidade das penalidades criminais, no caso concreto, isto não tem ocorrido e, infelizmente, os acusados são liberados nas ruas sem a devida implantação e fiscalização das medidas cautelares, sem seu pleno cumprimento, o que permite que eles continuem a praticar os crimes – reincidência, pondo em risco diretamente à segurança pública para o restante da população e todos os que buscam uma vida digna, prejudicando-o e abarrotando o cenário da criminalidade e levando cada vez mais longe a ideia da ressocialização.

Por conseguinte, o real problema das medidas cautelares diversas da prisão é justamente a sua inaplicabilidade de forma eficaz, bem como a ausência de fiscalização e cumprimento aplicados devidamente, já que ambas são ineficazes e acarretam a falsa ideia de punição, servindo tão somente para majorar a pontualidade dos crimes, pois os acusados já desacreditam na penalidade estatal e cometem novos delitos sem receio de qualquer punição severa. Não se vislumbra mais o Estado Democrático de Direito com o caráter punitivo eficaz.

Os diretos humanos almejam que o Estado tenha o caráter punitivo e respeite os ditames legais, constitucionais e as declarações universais dos direitos humanos fundamentais em defesa dos acusados, todavia não tem sido fácil, tampouco se vislumbra uma melhora significativa a

curto tempo, ainda mais quando não se enxerga a atuação e auxílio do poder punitivo estatal neste sentido.

Portanto, é imprescindível que primeiramente ocorram reformas estruturais, procedimentais e administrativas no Estado, para que seja possível apresentar condições de fiscalização e monitoramento adequados pelos órgãos implantadores das punições, além de ser essencial que haja melhorias também na estrutura do sistema carcerário, com o efetivo caráter punitivo sem ferir a dignidade humana e em consonância com os direitos fundamentais, aliados a seriedade do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 08 julho.2020;

_____. NAÇÕES UNIDAS. **O que são direitos humanos**? Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos>. Acesso em 08 julho.2020;

CARNIETO, Vanessa. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais – alterações dadas pela lei 12.403 de 4 de maio de 2011**. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15771>. Acesso em: 25 mai. 2017;

COSTA, Bruna Martins da; COSTA, Joice Martins da. **A superficialidade das medidas cautelares penais no contexto do estado democrático de direito: a ineficiência estatal para conter a superlotação do sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12224>. Acesso em: 27 mai. 2017;

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional – Colapso atual e soluções alternativas**. 2ª Edição. Niterói, Rio de 9/Janeiro: Editora Impetus, 2015.

LEITÃO, Edmar da Silva. **A eficácia das medidas cautelares diversas da prisão previstas no código processual penal brasileiro**. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/3314/1/A%20efic%C3%A1cia%20das%20medidas%20cautelares_TCC_Leit%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2017;

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Lei das Cautelares mudou aplicação da Maria da Penha.** Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou--aplicacao-maria-penha>. Acesso em: 26 mai. 2017;

LIMA, Paulo Sergio Markowicz de. **Prisão e medidas cautelares**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/prisao-e-medidas-cautelares-ayv62j1d350co7djf3ahxdy6m>. Acesso em: 26 mai. 2017;

MARTINES, Fernando**. Prisões e medidas cautelares diversas segundo a nova lei 12.403/2011.** Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10722>. Acesso em: 27 mai. 2017;

MELO, Andréa Vicky de Moraes**. As medidas cautelares diversas da prisão e a efetividade da justiça penal**. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5312/1/PDF%20-%20Andr%C3%A9a%20Vicky%20de%20Moraes%20Melo.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017;

MOTA, Leandro Pinho Straubel. **A aplicação das novas medidas cautelares diversas da prisão no processo penal militar.** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17160>. Acesso em: 25 de mai.2017;

SOUZA, Ingra Castelo Mendes de**. A aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aplicabilidade-das-medidas-cautelares-diversas-da-pri-

sao-no-ordenamento-juridico-brasileiro,55287.html>. Acesso em: 27 mai. 2017;

TJDFT - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Medidas cautelares diversas da prisão**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/medidas-cautelares-diversas-da-prisao>. Acesso em: 26 mai. 2017;

AS REGRAS DE BANGKOK: UMA ANÁLISE ACERCA DAS DIFICULDADES DE IMPLANTAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Anne Campelo Teixeira
Carla Kunde Soares

INTRODUÇÃO:

Atualmente, o Brasil vive o fenômeno do encarceramento feminino, sendo, segundo o Infopen (2017), o 4º país com a maior população prisional feminina. Ainda, de acordo com os dados levantados pelo Infopen, de 2000 à 2016 houve um aumento de 656% de mulheres privadas de liberdade.

Devido a esse significativo aumento da população carcerária feminina, por consequência, deu-se maior visibilidade à situação enfrentada pelas presas no Brasil, onde o País viu-se obrigado, mesmo que a passos lentos, a se posicionar e tomar atitudes cabíveis a circunstância. Pois, uma vez que a prisão foi arquitetada baseada no contexto e cenário masculino, o que ela oferece, em certos aspectos não alcança ao gênero feminino, havendo assim muitas necessidades tanto na estrutura, quanto regramento no ordenamento jurídico, por ser uma situação recente, que teve considerável e bombástico crescimento.

Este cenário, fez com que o Brasil, trouxesse para o seu ordenamento as Regras de Bangkok - Regras das Nações Unidas para o tra-

tamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras - tais medidas propõem discussão acerca das especificidades das mulheres no cárcere. Essas regras tiveram seu documento aprovado pela Organização das Nações Unidas(ONU), em 2010.

Embora o Brasil tenha participado das negociações para elaboração destas regras e sua aprovação na Assembléia das Nações Unidas, elas ainda não foram de fato adotadas pelo nosso País.

Sendo traduzidas somente em 2016, apesar de a tradução ser um grande avanço, uma vez que possibilita a divulgação e a aplicação das medidas, as Regras de Bangkok ainda não foram adotadas de maneira eficaz, embora alguns diplomas já tenham, de maneira tímida, trazido disposições que se harmonizam com as regras.

Ao se depararem com o cárcere, muitas mulheres se encontram em circunstâncias difíceis, pois em grande parte dos estabelecimentos penais, descobrem cenários deploráveis, onde sequer suas necessidades básicas são atendidas.

As Regras de Bangkok vem de encontro às necessidades específicas do gênero feminino no cárcere, onde são estabelecidas regras de higiene pessoal, atendimento médico específico, revistas, cuidados à saúde, cuidados especiais com gestantes e lactantes, estrangeiras, indígenas e deficientes, entre outras. Enfim, as necessidades específicas das mulheres devem ser atendidas, onde suas acomodações ofereçam instalações e materiais indispensáveis.

Entretanto, no Brasil se encontra um grande abismo entre as expectativas, de acordo com a lei, e a realidade vivenciada. Muitas das questões tratadas no corpo das Regras de Bangkok, estão longe de ser cumpridas, e o que é pior, atualmente, as mulheres encarceradas se encontram em circunstâncias desumanas, inclusive submetendo seus familiares e filhos a esse cenário.

Tal temática é de relevante importância no contexto atual, uma vez que o número de mulheres presas cresce cada vez mais e, o Brasil, ao internalizar tal regramento, deveria, por óbvio, ter tomado as atitudes necessárias para sanar os problemas que se apresentam diante desta situação, ou seja, para combate da violação institucional, e também para internalização/cumprimento destas diretrizes.

Assim, a questão que o tema desperta é que diante da realidade do encarceramento feminino brasileiro, que políticas públicas podem ser implantadas para garantir que a mulher encarcerada tenha vida digna na prisão?

1. AS REGRAS DE BANGKOK E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As políticas criminais, em sua essência, devem, com base em princípios e argumentos jurídicos - ou ideológicos - sustentar as modificações, reformas ou estabilidade da normal penal vigente. Desta forma, diante de uma das maiores problemáticas da política criminal atual, o encarceramento feminino crescente, as Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras), constituem um documento que visa tratar as mulheres aprisionadas de acordo com as particularidades do gênero.

É amplamente discutido que as mulheres encarceradas têm necessidades e demandas específicas e estes, são os princípios basilares das Regras de Bangkok, tendo o Brasil, assumido o compromisso de buscar a justiça social e a equidade de gênero, ao comprometer-se internacionalmente com a questão.

As Regras partem do ingresso, registro e alocação das detentas, percorrem pela higiene pessoal, cuidados à saúde, atendimento médico específico, cuidados com a saúde mental, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, revistas pessoais, instrumentos de contenções, capacitação adequada dos funcionários, priorização do contato com o mundo exterior, individualização da pena, flexibilização do regime prisional, foco nas relações sociais e assistência posterior ao encarceramento e terminam com os cuidados especiais com gestantes e lactantes, estrangeiras, minorias, povos indígenas e deficientes.

Com isso, elas vêm de encontro a tantas outras normativas internacionais que tratam do tema, tais como as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, as Regras de Mandela e as de Tóquio, solidificando, assim, a importância do fomento à políticas públicas carcerárias que atentem para os direitos humanos.

A necessidade de trazer as questões femininas para o ambiente prisional surge com o recente aumento do cárcere para este gênero. No Brasil, em especial, o aprisionamento de mulheres, nas últimas décadas, teve um aumento expressivo, o que trouxe a necessidade de implantação de políticas públicas voltadas para o combate à desigualdade de gênero, seja ela no cárcere ou fora dele.

Em 2010, no ano de celebração das Regras de Bangkok, de acordo com o Infopen, existia, no Brasil uma população carcerária de 28 mil mulheres. Já no ano de 2019, existiam cerca de 37 mil mulheres presas no Brasil, tendo um aumento significativo com o passar dos anos.

As mulheres que se encontram em situação de prisão possuem demandas e exigências muito específicas e muitas precisam lidar com situações que dificultam ainda mais a vida no cárcere, e a maternidade é um exemplo. Desprezar e tornar insignificante ou invisível que esse é um problema real, dificulta muito a criação de políticas públicas voltadas para a população carcerária feminina.

Sabe-se que os índices de aprisionamento masculino superam - e sempre superaram - o feminino e, é por essa diferença histórica, que o ambiente prisional fora projetado para homens e por eles ainda serem a maioria das pessoas que se encontram no cárcere, muitas das necessidades femininas passam despercebidas por grande parte da sociedade. É nesse ponto que as Regras de Bangkok se atentam e trazem o olhar feminino para uma realidade carcerária e historicamente masculina.

Diante desta situação, a legislação brasileira, já possui algumas disposições que cuidam de preservar os direitos destas mulheres, a Constituição Federal de 1988 trouxe algumas disposições de uma forma mais geral, voltando-se mais para o princípio da humanidade, e faz isso quando traz a questão do tratamento desumano ou degradante; a condição da pena ser cumprida em locais distintos conforme o delito, a idade e o sexo; o respeito à integridade física e moral; e uma das questões mais importantes que é a do direito das mães encarceradas permanecerem com os filhos durante a amamentação (Art. 5º, incisos III, XLIII, XLIX e L).

A Lei de Execução Penal também traz questões importantíssimas para essa discussão, tais como: estabelecimento específico para sua

condição pessoal (art.82, §1°); estabelecimento prisionais femininos ter exclusivamente agentes do sexo feminino (art.83, §3°); e estrutura para receber os filhos das detentas (art.83,§2°). O Código Penal, reforça a ideia de cumprimento de pena em estabelecimento próprio (art.37). Já o Código de Processo Penal dispõe acerca da questão das algemas em mulheres grávidas em trabalho de parto ou logo em seguida (§Único, art.292); e a possibilidade de substituição de prisão preventiva por domiciliar no caso de gestante ou mulher com filho de até 12 anos (art. 318, IV e V). Também, temos a Portaria Interministerial 210 que traz diretrizes e objetivos para suprir as necessidades femininas no ambiente prisional (Ministério da Justiça, 2014).

As Regras de Bangkok, além de reforçar os dispositivos existentes em nosso país a este respeito, pretendem que se aplique, em uma escala maior, suas diretrizes, pois ainda há muitas violações a suas orientações, visando assim, alcançar as distintas necessidades femininas no cárcere com o objetivo de se alcançar a igualdade material.

2. O CENÁRIO DO CÁRCERE FEMININO NO BRASIL

Como mencionado, o crescimento da população carcerária feminina é constante. De acordo com o Ministério da Justiça, no contexto prisional, o que prevalece é um ambiente tipicamente masculino, oferecendo mais serviços penais que atendam aos homens, deixando a desejar no quesito de atenção às especificidades femininas. Dentre suas particularidades temos: grávidas, lactantes, mulheres com filhos menores de 6 anos, cuidados com a saúde e higiene, e inclusive o cuidado com situações em que a presa é idosa ou deficiente, entre outras inúmeras especificidades.

O relatório MulhereSemPrisão (2017, p.07) refere que ao se depararem com o cárcere, as presas passam a enfrentar situações em que ideais do campo dos direitos humanos, tais como a dignidade humana, são claramente ignorados.

De acordo com os dados do Infopen, em junho de 2014, no que diz respeito à destinação dos estabelecimentos, os dados levantados mostram que há 1.070 unidades masculinas, o que configura um per-

centual de 75%. Nas outras destinações, há o indicativo de 238 estabelecimentos mistos (17%) e 103 estabelecimentos femininos (7%), significando, assim, que a maior parte das mulheres estão em estruturas mistas.

No Brasil, segundo Angotti (2018, p.17), desde o período colonial, as mulheres foram encarceradas em estabelecimentos onde prevaleciam prisioneiros do sexo masculino, sendo raramente alojadas em locais criados exclusivamente para elas. A questão das mulheres presas começou a ser tratada só a partir do século XIX, no momento em que se tornou evidente a precariedade da situação prisional brasileira e diferentes profissionais passaram a se dedicar a buscar soluções para resolvê-la. Alguns relatos e relatórios esparsos de diferentes períodos mostram a situação das encarceradas nas prisões e casas de correção brasileiras. Em regra, estes relatórios demonstram não apenas as condições precárias em que as detentas se encontravam, mas também o motivo pelo qual se adiavam soluções para tal situação, que se dava pelo fato de ainda ser um número pequeno de condenadas e processadas detidas.

Ainda, de acordo com Angotti, embora o debate sobre os presídios femininos no país ser pauta da discussão carcerária desde as últimas décadas do século XIX, foi apenas na década de 1940 que os estabelecimentos prisionais excepcionalmente para mulheres foram criados em alguns estados brasileiros (2018,p.19). O Instituto Feminino de Readaptação Social em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, de 1937, o Presídio de Mulheres de São Paulo e a Penitenciária de Mulheres de Bangu, no município do Rio de Janeiro, inaugurados em 1942, foram os primeiros estabelecimentos prisionais femininos no País. Apesar das três primeiras unidades femininas datarem das décadas de 1930 e 1940, data da década de 1950 a maioria dos relatos e descrições do funcionamento dessas instituições.

Apenas quando o encarceramento feminino começou a crescer, que se intensificou o tratamento das questões que diariamente as mulheres encarceradas vivenciam, porém o Brasil, ainda está no início desta jornada, já fez modificações na legislação para que certas disposições alcancem a população carcerária feminina.

De acordo com o relatório MulhereSemPrisão (2017, p.10), o principal marco normativo para a causa são as Regras de Bangkok, aprovadas em 2010 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, mas que somente seis anos depois da publicação, foram traduzidas oficialmente aqui no Brasil, mediante pressão da sociedade civil, protagonizada pelo trabalho do ITTC (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania) e da Pastoral Carcerária.

Ao analisar a população carcerária feminina, o Infopen pode fazer um levantamento do perfil comum das mulheres nesta situação. Para isso foram levados em consideração fatores como: idade, raça, escolaridade, estado civil, pessoas com deficiência, estrangeira, com filhos, tipo penal mais comum entre elas e tempo da pena, já relatava serem estas mulheres jovens, negras, pobres e com filhos.

Em relação à faixa etária, os dados apresentados pelo Infopen Muheres, atualmente, a maioria da população feminina no cárcere é "jovem". No que se refere à raça, cor ou etnia, visivelmente, a população carcerária tem um número bem maior de mulheres negras, onde elas são mais da metade, 62%.

Referente à escolaridade, a maioria sequer teve acesso ao ensino médio, algumas apenas concluíram o ensino fundamental, e uma parcela muito grande delas, mais precisamente 45%, tem ensino fundamental incompleto, tendo somente 15% delas que concluíram o ensino médio.

Outro fator apresentado é que a maioria das presas são solteiras, mais da metade delas. E quanto a esta informação, o Infopen obteve informação de 62% do total de mulheres presas.

Com relação às presas deficientes, conforme os dados levantados pelo Infopen, equivale a 1% da população prisional feminina. Ao analisar a questão da acessibilidade, chegaram aos seguintes resultados: 60% das unidades prisionais não são adaptadas, 23% são adaptadas e 17% são parcialmente adaptadas.

No tocante a presença de mulheres estrangeiras no nosso sistema penitenciário, 61% são do continente americano. Levando em consideração que as unidades que dispunham de tal informação, mantém detidas 90% das mulheres privadas de liberdade, e nestas unidades estavam presentes 529 cidadãs estrangeiras.

O Infopen, também analisa a questão quanto ao número de filhos das mulheres encarceradas no país, e apontam haver necessidade de se considerar o impacto que o encarceramento traz as famílias. Os dados apontam que 74% das mulheres no sistema prisional são mães. Para essa análise o Infopen teve base apenas de 7% da população prisional, pois a disponibilidade desta informação permanece baixa em todo país.

No que se refere aos estabelecimentos penais, atualmente, sabe-se que eles não vivem seu melhor momento, onde é visível a situação desumana em que se encontram as pessoas privadas de liberdade. Eles praticamente não abrangem de fato o que a lei exige, o próprio relatório MulhereSemPrisão (2017, p.151), menciona que o cárcere é um espaço violador de direitos humanos.

E no que toca ao gênero feminino, a situação parece mais complicada, pois as mulheres tem suas especificidades que tornam o ambiente prisional ainda mais dramático, ao aprofundar vulnerabilidades já existentes ou criar novas.

De acordo com o livro "Presos que Menstruam", escrito pela jornalista Nana Queiroz, após entrevistar cerca de cem presas, as detentas ainda convivem com falta de produtos básicos de higiene (muitas delas precisam utilizar miolo de pão como absorvente interno); violência de agentes penitenciários, nem mesmo gestantes sendo poupadas; comida estragada no refeitório; dificuldade de conseguir uma visita íntima.

A questão que envolve o exercício da maternidade dentro do ambiente carcerário também é um problema enfrentado pelas detentas que são mães, uma vez que não existem, em todos os estabelecimentos prisionais, celas adequadas para gestantes, a existência de berçário, creche e centro de referência materno infantil.

Ademais, embora exista legislação que garanta aos bebês o direito ao leite materno e à companhia de suas mães durante os primeiros meses de vida, muitos deles são retirados de suas progenitoras um dia após o parto.

O atendimento médico nos estabelecimento prisionais também não é o suficiente, por vezes são encontradas mulheres com doenças que nunca foram tratadas, e o estabelecimento prisional sequer possui os equipamentos adequados para exames e sem medicamentos.

Conclui-se assim, que atualmente, em nosso país, a população carcerária feminina vive em um ambiente caótico, onde sequer possuem suas demandas básicas atendidas, submetendo-se a uma condição de vida claramente contrária aos direitos humanos.

3. A EFETIVAÇÃO DAS REGRAS DE BANGKOK NO BRASIL

De acordo com a legislação brasileira, a pena deve ser cumprida de forma humana, de modo que direitos das pessoas privadas de liberdade sejam preservados (Constituição Federal, art. 5°, inciso III). Além disso, a pena deve recuperar o preso, ressocializá-lo, porém para tal se faz necessária a implantação de políticas públicas voltadas para que as mulheres encarceradas tenham o mínimo de infraestrutura e tratamento adequado enquanto estão no cárcere, bem como, recuperá-las para voltar a sociedade.

Diferentemente do quanto legalmente previsto, o sistema prisional encontra-se em uma situação degradante, onde as pessoas privadas de liberdade vivem em situações desumanas, em especial as mulheres que vivem nestes locais que inicialmente são ambientes voltado para homens. Estes ambientes não costumam oferecer os direitos básicos de qualquer ser humano, pois embora se encontrem no cárcere estas pessoas permanecem com direitos resguardados, no caso aqueles que não são atingidos pela pena.

A Constituição Federal brasileira, assim como as leis infraconstitucionais e os tratados internacionais, entre outros dispositivos que exprimem direitos das pessoas privadas de liberdade. Porém, contrastando com todos os dispositivos que tratam do assunto, temos uma realidade que vem acompanhada de circunstâncias dignas de pena. Onde seres humanos enquanto privados de liberdade se encontram dormindo no chão, com alimentação inadequada, atendimento médico incompatível, ausência de medicamentos, entre diversos outros fatores que tornam a estadia na prisão ainda mais difícil.

Atualmente no Brasil, embora em passos lentos, diante do grande número de mulheres presas e, em consequência disso o advento da aplicação das Regras de Bangkok no país, fizeram com que a legislação

brasileira, começasse, mesmo que timidamente, a se adequar a atual situação, algumas alterações foram feitas e criou-se dispositivos em atenção as especificidades da mulher privada de liberdade.

No ano de 2011, considerando a necessidade de elaboração de políticas públicas integradas para as mulheres encarceradas, o Depen (Departamento Penitenciário Nacional), no âmbito da Diretoria de Políticas Penitenciárias (DIRPP), criou o "Projeto: Efetivação dos Direitos das Mulheres no Sistema Penal". O objetivo era atender às necessidades da população feminina privada de liberdade, considerando as especificidades do gênero e a garantia do direito das mulheres presas e egressas, com a estruturação de uma rede social para trabalhar sobre o tema. Buscava, assim, promover a igualdade de gênero e combater a invisibilização a que se encontram submetidas no sistema prisional.

Em 2012, o Depen, por meio da Portaria nº 154, de 13 de abril, instituiu a Comissão Especial do Projeto Mulheres, visando à elaboração de mecanismos para efetivação dos direitos das mulheres no sistema prisional. Também foi instituído, por meio da Portaria MJ nº 885, de 22 de maio de 2012, um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) que ficou responsável pela elaboração de políticas intersetoriais e integradas, destinadas às mulheres em situação de privação de liberdade, restrição de direitos e às egressas.

Após o desenvolvimento dos trabalhos conjuntos e participativos da Comissão Especial e do Grupo de Trabalho Interministerial, ao longo de 2012, foi elaborada a primeira parte da Política Nacional de Atenção Integral às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Penal. O documento definia os princípios, diretrizes, objetivos e propostas consensuados em corresponsabilidade de gestão entre diversos órgãos, voltados para a melhoria da situação do sistema criminal e penitenciário feminino, com base nos normativos afetos às mulheres presas, egressas e seus(suas) filhos(as), em âmbito nacional e internacional. Denominada PNAMPE, a referida política foi finalizada em 2013 e publicada por meio da Portaria Interministerial (SPM/MJ) nº 210, de 16 de janeiro de 2014.

Também, é importante ressaltar o Decreto de 12 de abril de 2017, que "concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães".

Recentemente, em 2018, foi aprovada a resolução que trata do acompanhamento das mães e gestantes presas. As normas se baseiam nas Regras de Bangkok. As diretrizes buscam assegurar o respeito "aos direitos humanos e à justiça social" e a "equidade, em reconhecimento às diferenças e singularidades das mulheres e de seus filhos como sujeitos de direitos". O poder público deverá buscar preservar o convívio entre mães e filhos, durante a amamentação ou as visitas, por exemplo. Especificidades do atendimento a mães presas, como a necessidade de espaço próprio para a convivência com os bebês, a proibição de uso de algemas em mulheres prestes a dar à luz (e pós-parto) e o impedimento de castigos disciplinares durante o período da amamentação.

Ainda, há a cartilha da mulher presa, disponibilizada pelo CNJ, que visa ressocializar a mulher encarcerada, tal cartilha destina-se a esclarecer os direitos e deveres da mulher presa.

Tais dispositivos, imprimem na sociedade brasileira, o início tímido do cumprimento do quanto previsto nas Regras de Bangkok e demonstram o longo caminho que ainda temos para percorrer em busca de efetivar direitos e garantias dos direitos das mulheres que hoje vivem em situação de cárcere.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

No Brasil, algumas políticas públicas, referentes às mulheres encarceradas, foram efetivadas, porém não são suficientes, diante do grande número de mulheres presas em nosso país.

O foco das políticas públicas deve ser a ressocialização/reintegração à sociedade, devendo-se dar mais atenção a ampliação de possibilidades de substituição de pena privativa de liberdade, o que ia trazer benefícios para o Estado, uma vez que a população carcerária feminina ia diminuir, e em consequência disso o Estado ia ter um gasto a menos. Além dessas medidas, são necessárias medidas para a sociedade em si, visando a diminuição da criminalidade.

Ainda, deve-se pensar em políticas públicas que atendam as necessidade das mulheres encarceradas, onde seja oferecida estrutura mini-

mamente adequada, para que seja possível ter uma vida que respeite o princípio da dignidade humana.

Diante da situação atual da mulher encarcerada, se faz necessária implantação de novas políticas públicas, uma vez que dentro das leis infraconstitucionais e as Regras de Bangkok que não são cumpridas, há de forma intrínseca, violação a princípios e disposições constitucionais.

Tendo em vista que o objeto das políticas públicas é fazer com que se cumpra preceitos constitucionais, são necessárias políticas voltadas a essas falhas do sistema que reafirmam a questão da desigualdade de gênero no âmbito do sistema carcerário, bem como a mulher que ali está e irá enfrentar a dupla penalidade.

BIBLIOGRAFIA:

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência, do estado e de deus : o surgimento dos presídios femininos no Brasil.** San Miguel de Tucumán : Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018; Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/06/bruna-angotti-entre-as-leis-da-cincia-do-estado-e-de-deus.pdf Acesso: em 10/06/2020;

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras.** 1 ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016;

BRASIL, **Constituição Federal de 1998.** Diponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 09/06/2020;

BRASIL, **Lei n° 7210 de 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm Acesso em: 09/06/2020;

BRASIL, **Lei n° 3689 de 1941.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm Acesso em: 09/06/2020;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Série de Tratados internacionais.** Disponível em:http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/tratados-internacionais-de-direitos-humanos Acesso em: 06/06/2020;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **A defesa da mulher pauta três novas resoluções do CNJ.** Disponível em:http://www.cnj.jus.br/a-defesa-da-mulher-pauta-tres-novas-resolucoes-do-cnj/Acesso em: 06/06/2020;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Saúde Prisional.** Disponível em:http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/saude-prisional Acesso em: 11/06/2020;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Cartilha da Mulher Presa.** 2ª ed., 2012. Disponível em:http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/publicacoes/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf Acesso em:11/06/2020;

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. **Apresentação da Coordenação de Políticas para Mulheres e Promoção das Diversidades.** Disponível em:http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgpc/politica-para-mulheres-e-promocao-das-diversidades/ApresentaodaCOPMD.pdf Acesso em: 12/06/2020;

DINIZ, Débora. **Cadeia: Relatos sobre mulheres.** 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016;

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA – ITTC. **MulhereSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres.** Homem de Melo & Troia Design, 2017; Disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf Acesso em: 12/06/2020;

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2018;

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma (Orgs.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2013;

VARELLA, Drauzio . **Prisioneiras.** 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DO ROL DE FALTAS GRAVES INSTITUIÍDA PELO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

José Lucas Bringel Leite
Thaís Farias de Almeida

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos passaram por um longo processo histórico e evolutivo, até chegarem ao conceito básico de que são derivados do direito natural, porquanto nascem com as pessoas, sendo assim essenciais a todos os seres humanos. Esses direitos, aludidos como universais, existem em razão da qualidade de ser humano do indivíduo, tendo a sociedade e o Estado o dever de protegê-los e assegurá-los a todos, não permitindo que sejam violados.

Diante dessa perspectiva, o princípio da não autoincriminação se insere no âmbito dos direitos humanos, tendo em vista que constitui uma das mais importantes garantias processuais penais no Estado Democrático de Direito, previsto em diversas Constituições, legislações infraconstitucionais e tratados internacionais.

O presente artigo visa analisar, sob a luz do princípio da não autoincriminação, a (in)constitucionalidade da falta grave devido a re-

cusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético, a qual foi instituída pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19). Ressalta-se que o tema em apreço é de extrema relevância para o âmbito jurídico, tendo em vista ser uma novidade legislativa, intrinsicamente relacionada a um direito fundamental.

Com o fim de alcançar o objetivo proposto, o trabalho abarcará sobre as consequências ocasionadas ao condenado se este negar em sujeitar-se ao referido procedimento, bem como acerca do princípio da não autoincriminação. Ao final, se discutirá a respeito da possível inconstitucionalidade da alteração legislativa, levando-se em consideração o princípio mencionado e os direitos humanos.

Sendo assim, a metodologia utilizada neste trabalho é classificada como estudo bibliográfico, tendo como métodos de abordagem o dedutivo e o explicativo, a partir de um estudo de legislações, doutrinas e jurisprudências.

2. O PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO E SUA RECUSA PELO CONDENADO: A NOVA FALTA GRAVE INSTITUÍDA PELO PACOTE ANTICRIME (LEI Nº 13.964/19)

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 5º, inciso LXV, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, sendo assim indispensável "o conhecimento efetivo e seguro de sua correta identidade" para o Estado exercer o necessário *jus puniendi*. Nesse sentido, a partir da identificação criminal, são registrados dados identificadores do investigado pela prática de infração penal, com o fim de processar e condenar o real autor do crime (LIMA, 2020, p. 493).

Impende lembrar que antes do advento da Constituição Federal de 1988 a identificação criminal era realizada mesmo nas ocasiões em que o indivíduo se identificasse civilmente, isto é, apresentasse dados como nome completo, naturalidade, filiação, nacionalidade, estado civil, domicílio, entre outros. Inclusive, através da Súmula 568, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a identificação criminal não constituía constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tivesse sido identificado civilmente (LIMA, 2020, p. 493-494).

Com efeito, ocorria a publicidade abusiva das identificações criminais, além de práticas policiais abusivas e autoritárias, a exemplo da "prisão para averiguações", em que a pessoa era conduzida coercitivamente à Delegacia de Polícia, sem mandado judicial, para serem apurados sua identidade e antecedentes criminais (LIMA, 2020, p. 494).

Posteriormente, o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, pôs fim aos referidos procedimentos, ao determinar que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei" (BRASIL, 1988). Em consequência, a Lei nº 12.037/09 regulamentou o dispositivo legal mencionado, dispondo sobre a identificação criminal do civilmente identificado (BRASIL, 2009).

Preconiza o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09, incluído pela Lei nº 12.654/12, que se a identificação genética for essencial às investigações policiais, a autoridade judiciária competente poderá determinar a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético do indivíduo (BRASIL, 2012).

A norma de 2012 ainda alterou a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), ao incluir o art. 9º-A, estabelecendo a obrigatoriedade da identificação do perfil genético mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, daqueles condenados por crimes dolosos praticados mediante violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes elencados no art. 1º da Lei nº 8.072/90, a qual prevê acerca dos crimes hediondos (BRASIL, 2012).

Pela interpretação do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, infere-se que a coleta do material genético ocorrerá quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ademais, a identificação será armazenada em um banco de dados para ser utilizada "eventualmente em persecuções criminais indeterminadas, de crimes que já foram ou que vierem a ser cometidos" (LIMA, 2020, p. 496).

> Destarte, como consequência decorrente do trânsito em julgado de sentença condenatória, o condenado deverá fornecer amostra biológica de maneira compulsória, a qual vai dar origem a um perfil genético que vai alimentar um banco de dados sigiloso. Uma vez confrontado com outros perfis já armazena-

> dos nesse mesmo banco de dados, oriundos de cenas de crimes não elucidados, ou até mesmo extraído do corpo de vítimas de crimes violentos ou sexuais, eventual coincidência ("*match*") poderá torná-lo suspeito de tal crime, cuja elucidação talvez jamais fosse possível sem a existência de um banco de dados de perfis genéticos (LIMA, 2020, p. 496).

Ressalta-se que a constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal tem sido discutida no Supremo Tribunal Federal, à luz do princípio constitucional da não autoincriminação e do art. 5º, inciso II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), da Constituição Federal, por meio de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (STF. RE nº 973.837/MG, Rel.: Min. Gilmar Mendes, 2016).

Apesar disso, o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) modificou a Lei de Execução Penal, especificamente no art. 9º-A, estabelecendo expressamente no § 8º do dispositivo em apreço que a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético constitui falta grave, inclusive inserindo tal negativa no rol das faltas graves, previsto no art. 50 da referida lei (BRASIL, 2019).

Nesse viés, merece destaque a falta grave supramencionada, em razão das consequências que ela ocasiona ao apenado. Em primeiro lugar, diante do cometimento de falta grave, deve ser instaurado um Procedimento Disciplinar, conforme preconiza o art. 59 da Lei de Execução Penal. Por meio dele, será apurada a ocorrência da falta grave, assegurando direito de defesa ao condenado, a ser realizada por advogado constituído ou defensor público nomeado, nos termos do enunciado da Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça (SILVA, 2020).

Comprovando-se a falta grave praticada, será iniciada a partir da data de seu cometimento uma nova contagem da fração de pena exigida como requisito objetivo da progressão de regime prisional (MARCÃO, 2012, p. 130). O Supremo Tribunal Federal já segue esse entendimento, assim como o Superior Tribunal de Justiça, pois afirma a Súmula 534 do STJ que "a prática de falta grave interrompe a contagem

do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração" (SILVA, 2020).

Assim, mesmo apresentando os requisitos subjetivos para progredir de regime, o apenado não fará jus ao benefício se vier a praticar falta grave, como, por exemplo, recusar-se a realizar procedimento para fins de elaboração de seu perfil genético. Destarte, o prazo para progressão de regime de cumprimento de pena será zerado, sendo mais demorado o processo de transição de um regime prisional mais gravoso para um menos gravoso.

Além dessa principal decorrência, o sentenciado pode vir a sofrer outras, como a determinada pelo art. 127 da Lei de Execução Penal, que autoriza o juiz a revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido pelo preso, observado o disposto no art. 57 (a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão), recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar (BRASIL, 1984).

O condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos ainda não terá direito ao benefício do livramento condicional, visto que o Pacote Anticrime estabeleceu o não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses como um dos requisitos para o juiz vir a concedê-lo, conforme dispõe o art. 83, inciso III, "b", do Código Penal (BRASIL, 2019).

Importante destacar que o livramento condicional é um importante benefício previsto na legislação penal brasileira, que permite o apenado cumprir a punição em liberdade, caso preencha as condições determinadas nos artigos 83 a 90 do Código Penal e nos artigos 131 a 146 da Lei de Execução Penal.

Diante disso, verifica-se que a recusa à realização do procedimento de identificação do perfil genético traz diversas consequências maléficas ao apenado. Outrossim, o art. 9º-A da Lei de Execução Penal já possuía constitucionalidade duvidosa antes do Pacote Anticrime, porém não foi sequer modificado para adequá-lo aos ditames constitucionais.

Malgrado a necessidade de modernização e aprimoramento nas investigações criminais, "a compulsoriedade na extração de material

genético com o fito de estabelecer um banco de dados formado exclusivamente pelo DNA de condenados criminais mostra-se bastante questionável à luz da garantia de não autoincriminação", bem como de direitos individuais indispensáveis para conter o abuso do poder punitivo estatal e a seletividade criminal (MACHADO, 2019).

Por conseguinte, tendo em vista que a coleta compulsória de material genético do condenado ofenderia o princípio da não autoincriminação (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88), no seguinte tópico será discorrido acerca do referido princípio, possibilitando uma maior compreensão do tema.

3. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, os quais são subdivididos em cinco capítulos, sendo estes: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos (MORAES, 2014, p. 58-59).

Vale ressaltar que os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um meio de defesa da prática de atividades ilícitas, tampouco servir de argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (MORAES, 2014, p. 60).

Infere-se que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição Federal, sem, contudo, desconhecer a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito (MORAES, 2014, p. 61). Nesse sentido dispõe o art. 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, o qual expressa que:

> 1. Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. 2. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações esta-

> belecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas (UNIC, 2020).

Estabelecido no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, o direito à não autoincriminação, também nomeado de princípio do *nemo tenetur se detegere*, tem por objetivo garantir ao cidadão que este não seja compelido à realização ou produção de quaisquer provas que lhes possam ser prejudiciais, especialmente no que diz respeito ao Processo Criminal:

> 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:
>
> [...]
>
> LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (BRASIL, 1988)

Conquanto o texto constitucional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), englobado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 678/92, também assegura o direito à não autoincriminação, em seu art. 8º, seção 2, alínea "g":

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

> g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (BRASIL, 1992).

Embora a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXIII, se limite a mencionar que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado", o direito ao silêncio constitui apenas uma das possíveis manifestações do princípio da não autoincriminação. Diante desse contexto, pode-se afirmar que o direito à não autoincriminação:

> Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88) e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo (NUCCI, 2011, p. 86).

O princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, não se resumindo ao direito ao silêncio. Nesse diapasão, tal princípio promove a proteção da pessoa contra excessos e abusos cometidos pelo Estado na persecução penal (QUEIJO, 2012).

O princípio da não autoincriminação mostra-se de imensurável validade no âmbito do processo penal brasileiro, evitando-se que a pessoa indiciada ou acusada de ter praticado ilícito penal seja obrigada à compilação de prova contra si mesma. Nesse sentido, "cuida-se de prerrogativa inserida constitucionalmente nos princípios da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII) e do direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII)" (TRF-4. HC 2005.04.01.023325-6/PR, Rel.: Des. Federal Tadaaqui Hirose).

Aquém do direito constitucional, insta trazer à pauta os direitos humanos. Levando em consideração que o direito ao silêncio, presente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), é decorrente da garantia da não autoincriminação, a violação desta também pode ser considerada como uma ofensa aos direitos humanos.

Estes consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade, essenciais e indispensáveis à vida digna. Importante frisar que não existe um rol predeterminado de um conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna, uma vez que as necessidades humanas variam e, conforme o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos (RAMOS, 2019, p. 35).

Assim, eles representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições, legislações infraconstitucionais e tratados internacionais. O fundamento dos direitos humanos pode ser formal ou material, sendo a primeira através da inscrição de tais direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, enquanto a segunda consiste em considerar parte integrante dos direitos humanos aquele que, mesmo não expresso, é indispensável para a promoção da dignidade humana (RAMOS, 2019, p. 36).

Por último, acerca do princípio da não autoincriminação, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal já possui decisões protegendo-o, ressaltando ainda a "inadmissibilidade de o Poder Público constranger o indiciado ou acusado a cooperar na investigação penal dos fatos e a produzir provas contra si próprio":

> A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, "g"), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito universal, como o Pac-

> to Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 2), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras prerrogativas eminentes, o direito de não produzir provas contra si próprio e o de não ser considerado culpado pelo Estado antes do trânsito em julgado da condenação penal (STF. HC 96.219/SP, Rel.: Min. Celso de Mello, 09 out. 2008).

Dessa forma, pode-se afirmar que o direito à não autoincriminação merece ser aplicado respeitando a vontade do acusado de permitir ou não a produção de prova que possa ser utilizada em seu desfavor, assegurando-lhe suas garantias constitucionais e penais, com uma investigação alicerçada pela legalidade.

4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXV, estabeleceu que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, sendo indispensável o "conhecimento efetivo e seguro de sua correta identidade" para o Estado, então, exercer o necessário *jus puniendi*. Assim, a partir da identificação criminal, são registrados dados identificadores do investigado pela prática de infração penal, com o escopo de processar e condenar, sem dúvidas, o verdadeiro autor do delito (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 5º da Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/09), alterado no ano de 2012 pela Lei nº 12.654, veio afirmar que se a identificação genética for essencial às investigações policiais, a autoridade judiciária competente poderá determinar a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético do indivíduo (BRASIL, 2012).

A Lei nº 12.654/12 ainda causou alterações na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), fazendo incluir o art. 9º-A, o qual estabeleceu a obrigatoriedade do perfil genético através da extração de DNA, por meio de técnica adequada e indolor, daqueles condenados por crimes praticados, dolosamente, mediante violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes elencados no art. 1º da Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos (BRASIL, 2012).

Ocorreu que, no ano de 2019, o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) veio a modificar novamente a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), mais especificadamente o art. 9º-A, estabelecendo no § 8º do dispositivo legal que a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético constitui falta grave.

Dito isso, o presente trabalho buscou analisar o artigo supracitado, por entender que a referida modificação legislativa vai de encontro com princípios previstos na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no tocante ao direito à não autoincriminação, além de violar garantias definidas pelos direitos humanos.

Pois bem, conforme explanado, o direito à não autoincriminação é consagrado constitucionalmente, o qual tem por objetivo garantir ao cidadão que este não seja compelido à realização ou produção de quaisquer provas que lhes possam ser prejudiciais, especialmente no que diz respeito ao Processo Criminal.

A nova falta grave advinda pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) mostra ser uma violação do disposto na Carta Magna relativamente as garantias processuais penais, pois de certa forma pune o apenado que se recusa a submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Com efeito, o direito humano e constitucional de não produzir provas contra si mesmo é mitigado, tendo em vista as consequências maléficas que o cometimento de falta grave gera para o condenado durante seu cumprimento de pena. Como exemplos de malefícios, pode-se citar a recontagem do prazo para o apenado fazer jus a progressão de regime prisional, bem como a revogação do tempo de pena remido e a não obtenção do benefício do livramento condicional.

Diante da imposição da falta grave e suas decorrências, o indivíduo se sente obrigado a aceitar a realização do procedimento em si mesmo, ainda sabendo que aquela prova produzida pode ser utilizada contra ele próprio posteriormente, ou inclusive em outros processos criminais nos quais esteja sendo investigado.

Por fim, se faz necessário frisar que o dispositivo legal analisado no presente artigo também pode ser uma ofensa aos direitos humanos, uma vez que a garantia da não autoincriminação deriva-se do direi-

to ao silêncio, o qual vem mencionado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como sendo o direito de o indivíduo não participar, de qualquer maneira, na acusação do Estado contra si mesmo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210/84, 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: 03 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.654/12, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L1265-4.htm#art1. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.037/09, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art4. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. TRF-4 (7ª Turma). ***Habeas Corpus* 23325 PR 2005.04.01.023325-6**. Rel.: Des. Federal Tadaaqui Hirose, 11 out. 2005. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1195289/habeas-corpus-hc-23325. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* 96.219 São Paulo**. Rel.: Min. Celso de Mello, 09 out. 2008. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisp-rudencia/19137655/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-96219-sp-stf. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837 Minas Gerais. Rel.: Min. Gilmar Mendes, 23 jun. 2016.** Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210. Acesso em: 03 jun. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 8. ed. Juspodivm, 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Projeto "anticrime" e Banco Nacional de Perfil Genético**: nem tudo que reluz é ouro. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policia-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro. Acesso em: 03 jun. 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 30. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UNIC. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Kassiandra Carmem da. **As consequências da falta grave para o preso**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/79480/as-consequencias-da-falta-grave-para-o-preso. Acesso em: 03 jun. de 2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEI ANTIMANICOMIAL NO BRASIL E A APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA

Lara Eduarda Fernandes Ferreira

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca desmiuçar a Medida de Segurança, tendo como foco principal a modalidade internação, contrapondo-a perante a Lei Antimanicomial. Através de pesquisa exploratória com revisão bibliográfica de livros e artigos foi feito o presente trabalhando, cujo desígnio é apresentar todos os pontos sobre a Medida da Segurança na modalidade Internação, e seus conflitos ante a Lei Antimanicomial.

Abordando, ainda, a luta pelo direito e garantia de pessoas portadoras de doenças mentais, demonstrará o processo percorrido até a conquista da promulgação da Lei Antimanicomial, lei esta que veda totalmente a internação compulsória, ou seja, vai contra a Medida de Segurança de internação.

Dessa forma, correlacionará o que prega Lei Antimanicomial, com o modo que se aplica a Medida de Segurança no Brasil.

2. MEDIDA DE SEGURANÇA

2.1. Conceito e Pressupostos

Medida de segurança é a sanção penal aplicada aos indivíduos considerados inimputáveis, e em alguns casos semi-imputáveis.

Sendo contempladas como sanções e mecanismos de proteção social e individual, de natureza preventiva, surgiu no Brasil com a implementação do Código Penal de 1940, antes de sua implementação, os loucos infratores conforme determinação deveria ser entregue as suas famílias, ou hospitais de alienados.

> "Art. 12. Os loucos que tiverem cometido crimes, serão recolhidos ás casas para eles destinadas, ou entregues ás suas famílias, como ao Juiz parecer mais conveniente (Código Criminal do Império do Brasil de 1830)."
>
> "Art. 29. Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do público (Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890)."

Com a implantação do novo código (1940), osindivíduos portadores de doenças mentais, considerados inimputáveis, que antes eram isentos de pena, passaram a ser submetidos a aplicação de medida desegurança.

O código de 1940, antes da reforma trazida pela lei de1984 que alterou a sua parte geral, adotava o sistema punitivo *duplo binário (dualista),* que permitia acumulação de penas,ou seja, a medida de segurança era aplicada aos inimputáveis e aos imputáveis como forma de complementação da pena privativa deliberdade.

O conceito de inimputabilidade, antes da reforma se encontrava tipificado no art. 22 do Código Penal, e os requisitos para aplicação de medida de segurança a partir do art.75.

Atualmente, a inimputabilidade se encontra prevista no art. 26 do CP, e os requisitos para aplicabilidade da medida de segurança, a partir do art. 96.

Com a reforma de 1984, houve mudanças significativas, o código passou a adotar o sistema *vicariante*, não permitindo mais o acumulo de penas, excluindo assim, o sistema *duplo binário.*

A reforma trouxe os tipos de medidas de segurança, detentiva (internação) e restritiva (tratamento ambulatorial). Assim, "As medidas

de segurança detentiva e ambulatorial passam a ser concebidas (formal, concomitante e contraditoriamente) como sanções penais e como instrumentos de proteção social e terapia individual, com natureza preventiva assistencia [...] (Branco, 2019, p. 128)"

Ademais, também passou a fundamentar a medida de segurança na periculosidade dos agentes inimputáveis e semi-imputáveis de fatos tidos como crime, visando coibir ocorrências futuras.

Assim, para se aplicar a medida de segurança é necessária que se encontrem simultaneamente dois pressupostos: fato definido como crime e periculosidade do agente (verificado através de exame de insanidade mental).

2.2. Espécies de Medida de Segurança

Existem dois tipos de medidas de segurança, a que chamamos de medida de segurança detentiva, que são as internações em hospitais de custódia e tratamentos psiquiátricos (HCTP), os famosos manicômios judiciários, e as medidas de segurança restritiva, que se referem ao tratamentoambulatorial.

> "**Art. 96.** As medidas de segurança são:
>
> I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado:
>
> II - sujeição a tratamento ambulatorial;
>
> III -Quanto da aplicação, a medida detentiva é aplicada aos agentes inimputáveis que cometem fato definido como crime, e que a pena estabelecida no código penal seja de reclusão ou detenção, como já mencionado, essa modalidade é cumprida em HCTP.

Em contrapartida, a medida restritiva é aplicada aos agentes que cometem crimes puníveis com detenção, sendo em HCTP ou em estabelecimento com dependência medica adequada, conforme preconiza o art. 101 da LEP.

O artigo 97 do código penal, traz em sua redação a aplicabilidade da medida de segurança na forma de tratamento ambulatorial: "Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juizsubmetê-lo a tratamento ambulatorial."

Não obstante, o mesmo artigo preconiza em seu § 4º, a possibilidade do juiz converter o tratamento ambulatorial em internação, caso entenda ser necessário para finscurativos.

O nosso código, ainda permite a decretação de medida de segurança de forma cautelar, onde se autoriza a decretação de internação provisória, embasando-se em dois dispositivos:

> - Cometimento de crimes com violência ou grave ameaça, e que o agente demonstre maior/grande periculosidade.
>
> - A possibilidade de reiteração em crimes com violência ou graveameaça.
>
> "**Art. 319**. São medidas cautelares diversas da prisão:
>
> **VII -** internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi- imputável(art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; "

Concede-se também, a conversão da PPL em medida de segurança, a qualquer tempo, seja durante a durante a execução penal.

> **Art. 98** - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituídapelainternação, ou tratamentoambulatorial, peloprazomínimode1(um) a3(três)anos,nostermosdoartigoanteriorerespectivos§§1ºa 4º(-CódigoPenal)"
>
> "**Art. 183**. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, po-

> derá determinar a substituição da pena por medida de segurança (Lei de Execução Penal)"

Instafrisar, que não é admitido medida de segurança para contravenções penais (Decreto Lei 3914/41, art. 1°).

2.3. Prazo de Cumprimento da Medida de Segurança e sua Perpetuidade

Existe grande discussão, acerca desse assunto, a medida de segurança fere a Constituição Federal Brasileira, aplicando a prisão perpétua?

Primeiramente, destaque-se que o nosso Código Penal não traz em sua redação o tempo máximo que uma MS pode perdurar, estabelece tempo indeterminado, trazendo somente o tempo mínimo.

> "**Art. 97.** [.]
>
> **§ 1º –** A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. "

É obvio que o fato de não estabelecer um prazo máximo para a perduração da medida de segurança, fere visivelmente nossa CF/88, que tem como uma de suas cláusulas pétreas a proibição da prisãoperpétua.

Dessa forma, representando a violação da dignidade humana e violação do principio da proporcionalidade (CIRINO, 2012, p.618).

Quanto ao entendimento sobre o tempo de duração, esse é diverso, há várias correntes com posicionamento diverso.

Existemaquelasqueentendemqueamedidadesegurançadeveternomáximo30(trinta) anos, estando assim, preconizada no art. 75 do CP.

Este inclusive é posicionamento do nosso Supremo Tribunal Federal:

> " [..] Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o

> **previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos**. Precedente (HC 98360, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, PrimeiraTurma,julgadoem04/08/2009,DJe-200DIVULG-22-10-2009PUBLIC23- 10-2009)(grifo)"

Em contra partida, temos outra corrente, que entende que o prazo máximo da medidade segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, inclusive esse é entendimento do STJ, súmula527.

Por fim, tem-se a corrente adotada neste trabalho, que preceitua a aplicação da pena aos agentes inimputáveis, como se imputáveis fossem. Devendo a sua duração máxima ser a pena aplicada ao caso concreto. (Apelação Crime Nº 70018989988, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 18/04/2007, DISPONIVEL NE 0214 DJ 3596 14/05/07, PUBLIC CONSIDERADA EM 15/05/07-11).

A Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, além de prever a individualização da pena, esse também previsto na lei de execução penal.

Dessa forma, é indiscutível que a medida de segurança se trata de prisão perpétua, ferindo gravemente nossa constituição e seus princípios estabelecidos.

Possui prazo indeterminado para a sua extinção, não estabelece progressão de regime, sendo o agente isolado e afastado até do convívio familiar, não prever possiblidade de remição por trabalho ou estudo (atividade de caráter ressocializador).

Tratar de forma desigual aqueles que cometem ato tido como crime sem plena consciência de suas ações, os punidos com uma excrecência bem maior, quando se comparada à repressão dos agentes que praticam as ações conscientes da irregularidade de seus atos.

> "[..]Para aquele considerado sem qualquer perturbação de natureza mental, imputável portanto, o limite de uma pena de liberdade predeterminada, fixa, suscetível de abrandamento na execução, comutação, indulto, liberdade condicional, progressão de regime, apenas para ficarmos no mínimo. Esperança de

> um alvará de soltura ao cabo do tempo fixado em uma sentença penal. Para o inimputável por sofrimento mental, nada. Nada além do regime fechado para sempre, transvertido de internação psiquiátrica. (MATTOS, 2006, p. 103)."

2.4. Ineficácia do Exame de cessação de Periculosidade

Como já mencionado a periculosidade do agente imputável ou semi-imputável é pressuposto fundamental para a decretação de internação, assim para o seu cessamento é necessário que seja constatada a (des)necessidade de sua aplicação, através do exame de cessação de periculosidade, conforme prever aLEP.

> **Art. 175**. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se oseguinte:
>
> I. a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência damedida;
>
> II. o relatório será instruído com o laudopsiquiátrico;

No fim do prazo mínimo de cumprimento da internação, realiza-se o exame de cessão de periculosidade.

Gerando-se um laudo com analises psicossociais e psiquiátricas, que é encaminhando ao juízo da execução, para que este analise a possibilidade de desinternação,

Frisar-se, que o juiz não é obrigado a acatar o que se encontra no laudo, por exemplo, o laudo pode trazer a recomendação de conversão da desinternação em tratamento ambulatorial, e o juízo da execução entender que não é caso, pois a periculosidade não foi cessada.

Esse é o primeiro ponto que torna o laudo ineficaz, não se tem padronizado de avaliação e/ou aceitação, tendo o juiz a faculdade anuir ou não, e anuindo podendo conveniar com aplicação de prisão perpétua.

Por fim, é impossível que alguém tenha técnicas que consigam prever o futuro, por mais que os métodos utilizados pelos psicólogos e psiquiátras sejam específicos para tal analise, a certeza de que uma não voltara a cometer ato ilícito, jamais será possível.

Como brilhantemente disserta Juarez Cirino, a crise da medida de segurança se dá com essa inconsistência de fundamentos, uma vez, que nenhum método cientifico prever o comportamento futuro de alguém (CIRINO, 2006, p.638).

3. LEI ANTIMANICOMIAL NO BRASIL

3.1. Reforma Psiquiátrica e o Movimento Antimanicomial

Durante muitos anos, pessoas portadoras de doenças mentais, juntamente com aqueles considerados a escoria da sociedade (pessoas que se encontravam fora do que era considerado um padrão aceito: mendigos, homossexuais, libertinos, etc..), foram trancafiados em asilos, manicômios, pavilhões, sendo torturados e sacrificados sem qualquer garantia dedireito.

Os aludidos "loucos" eram isolados, banidos, sem qualquer tipo de assistência e/ou apoio. Viviam em lugares inabitáveis, sem qualquer tipo de higiene, comida, submetidos a tratamentos inaceitáveis, como por exemplo, os eletro choques, morriam de doenças, frio, fome, entre outros fatores. Dignidade da Pessoa Humana era algo desconhecido e inaplicável a essas pessoas, estas deixavam de ser gente, perdiam seu caráter humano.

Tamanha barbárie para muitos pode até parecer difícil de imaginar, mas não estamos isentos de tal chacina.

O Holocausto Brasileiro é considerado o maior genocídio do nosso país, 60 mil pessoas morreu no maior hospício do Brasil, em Barbacena Minas Gerais[16].

Utilizando-se da desculpa de proteger a sociedade dos loucos, assassinatos em massa eram aceitos e praticados pelo mundo inteiro.

16 Sobre o tema: ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro.** Geração, São Paulo, 2013.

Somente a partir da metade do século XX, começou-se uma grande crítica a esse cenário, dando início a uma grande transformação, impulsionado principalmente por Franco Basaglia, psiquiatra italiano.

Assim, inicia-se o movimento antimanicomial no mundo, um movimento que lutava pelo direito e a inclusão social das pessoas com transtornos mentais defendem que estas fazem parte do coletivo, da sociedade.

Na mesma época, aliando-se ao movimento antimanicomial, nasce o movimento da reforma psiquiátrica.

No Brasil esse movimento surgiu na década de 70, tendo como base mobilização de familiares das pessoas com transtornos mentais e profissionais da aérea da saúde, que buscavam uma total redemocratização do sistema aplicado.

Em 1978, na Itália foi promulgada a Lei 180, também conhecida como Lei Basaglia, que aboliu os manicômios do país. No mesmo ano, o Brasil realizou o I Simpósio Brasileiro de Psicanalise, contando com a ilustre presença de Franco Basaglia, o pioneiro na luta pelo fim dos manicômios.

Em 1979, Basaglia conheceu a Colônia, afirmou que esteve em varias partes do mundo e nunca havia presenciado uma tragédia como a de Barbacena. (Arbex, 2013, p. 15).

Bauru/SP, foi o local por providenciar em 1987 o II Congresso Nacional de Trabalhadores de Atenção Psicossocial, que teve como lema **uma sociedade sem manicômios,** estabelecendo ainda o dia nacional da luta antimanicomial (18/05). [1]

Já em 1989 tivemos um importante acontecimento, o projeto de lei N°3657, apresentado pelo deputado Paulo Delgado, que requeria a revisão legislativa dos direitos das pessoas com transtornomental.

Em 1990 o Brasil se torna signatário da Declaração de Caracas, que apresentava a Reestruturação da Atenção Psiquiatrica.

Finalmente, em 06 de abril de 2001 tivemos a advento e promulgação da Lei 10.216 (Lei Antimanicomial).

3.2. Mudanças trazidas pela Lei Antimanicomial

Após muita luta e discussões finalmente tiveram o advento de uma lei que rege pelo direito e garantias das pessoas portadoras de transtor-

no mental, lei 10.216/2001, que "Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental".

A Lei Antimanicomial, mudou a forma de tratamento dessas pessoas, estabelecendo regras na forma de execução, e principalmente estabeleceu a inclusão social dessas pessoas, garantindo-lhes o reconhecimento como seres humanos, devolvendo sua dignidade.

Estabeleceu ainda, a garantia de um tratamento digno e adequado as suas necessidades, visando sua recuperação pela inserção familiar, no trabalho e na comunidade.

E o principal, aboliu os manicômios, vedando o tratamento de forma asilar, a internação deverá ser aplicada somente como última *ratio*, quando os tratamentos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, declarando sua natureza permanente de reinserção asociedade.

4. O CONFLITO ENTRE A LEI ANTIMANICOMIAL E A MEDIDA DE SEGURANÇA.

Como já mencionado a medida de segurança é uma sanção penal, que se disfarça através de uma justificativa de proteção a sociedade e o oferecimento de tratamento ao "louco" infrator.

Essas pessoas são isoladas e submetidas a condições degradantes e desumanas em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que nada mais é do que um estabelecimento penal.

> "Destaca-se que juridicamente os Hctps são estabelecimentos penais e não estabelecimentos de saúde. São espaços cuja regulamentação se dá por remissão ao art. 88 da Lei de Execução Penal, ou seja, onde "o condenado será alojado em cela individual, que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório". Um estabelecimento penal é um lugar para onde se vai primordialmente cumprir pena e, somente em um plano secundário, obter terapia. (JACOBINA, 2008, p. 134)"

A lei antimanicomial veda os manicômios e o tratamento asilar que restrinja o portador de transtorno mental do convívio familiar e da sociedade

"**Art. 4º**A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1ºO tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2ºO tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3ºÉ vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º."

"**Art. 2º**Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e nacomunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso eexploração;
IV - ter garantia de sigilo nas informaçõesprestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalizaçãoinvoluntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicaçãodisponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

> VIII -"ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúdemental."

A medida de segurança claramente não oferece nem o mínimo do exigido pela lei, o "tratamento" oferecido nos HCTPs é ineficaz, mesmo que se forneçam médicos e medicamentos, esse instituto não oferece reinserção ao seio familiar e a sociedade, ao contrário aplica-se uma segregação imensa, que ao invés de obter uma cura, cronifica ainda mais a doença dos egregados.

A internação em HCTPs, vai totalmente contra o art. 4° da lei, que prever claramente que a internação só devera ser aplicada quando as medias alternativas não forem suficientes. Além de aplicar o disposto do art. 5°, que prever a desinternação progressiva do agente cronificado.

Não existem relatórios específicos que comprovem se quer um nível mínimo de satisfação da medida de segurança em obter alguma recuperação, ao contrário, é notório sua ineficácia, sua inconstitucionalidade perante a CF/88 e a Lei 10.216/2001.

Na verdade, existe-se uma enorme carência de relatórios e dados completos sobre a aplicação de medida segurança no Brasil e sua execução.

Os poucos dados obtidos demonstram o caráter desumano e torturante desse instituto, não somente em uma área ou Estado, mas em todo o país:

> "[...] O que presenciamos aqui foi a presença de um significativo número de pacientes cronificados com períodos muito longos de internação. Na maioria desses casosdecronificação,percebe-seaexistênciadeumquadrosocialanteriordemiséria e abandono. O hospital lida, então, com pacientes asilares que foram sendo "depositados" ali ao longo de décadas. Flagramos três casos de contenção mecânica de pacientes nos leitos. Dois deles absolutamente fora dos procedimentos técnicos [...]. (CARAVANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000,p.7)"

> "[...] Superlotado, o HCTP é uma casa de abandono e violência. Os pacientes não são tratados. Aliás, não são se quer con-

> cebido como pacientes. Estão trancafiados em celas imundas e fétidas. Alguns deles, isolados e completamente nús. Segundo a médica plantonista, ficam nús por prescrição médica (!) pois são pacientes com risco desuicídio. Nestecaso, comonãoháoutrorecursotécnico,nempessoalparagarantir que esses pacientes sejam observados, providencia-se no seu isolamento e se lhes retiram as roupas [...]. (CARAVANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000,p.9)"
>
> "[...] Além do alto número de pessoas em longa internação, pois 25% das medidas de segurança estão nesta situação, temos 10 casos de internação com mais de trinta anos, ou seja, além do período considerado máximo pelo STF para permanência de uma pessoa em HCTP. Esta situação demonstra como a execução das medidas de segurança em HCTPs pode resultar em situações de inconstitucionalidade [...]. (Projeto Pensando Direito, Versão Publicação N° 35, 2011, p.23)"

Os relatórios realizados pela I caravana Nacional de Direitos Humanos e Pelo Projeto Pensando o Direito da Secretaria de Assuntos Legislativos, demonstram claramente a afronta ao princípio da dignidade da Pessoa Humana, a constituição federal e a Leiantimanicomial.

Um instituto que se diz buscar a "cura", mas não se preocupam como futuro do agente, uma vez que mesmo quando a suposta "cura" é alcançada o portador é submetido a novo asilo e controle, pois se encontrou alienado durante suas egregação que ao sair é como senão fizesse mais parte da sociedade, aliás a internação nunca deixou que fizesse. Os asilam da sociedade por serem"perigosos", agentes infratores da lei, mas também os asilam do sistema penitenciário comum, por serem"tratados".

É devidamente comprovado a incongruência desse sistema, os hospitais de internação não oferecem o mínimo básico de estrutura para vivencia, não se aplica as regras exigidas pela lei,se diz uma espécie de tratamento mais éregido pelo ramo penal (pelaLEP) e não pelo SUS. Por fim, é a área mais escassa da execução, poucas são as normas a lei que a regulamentam e principalmente garantam dignidade ao "tratado".

Assim, é mais que claro a inconstitucionalidade da medida de segurança das internações em hospitais de custódia, esse instituto fere o princípio basilar da nossa constituição, **Dignidade da Pessoa Humana**, como já demonstrado ao longo desse trabalho os infratores portadores de doença mental são submetidos a tratamentos desumanos, sem qualquer dignidade, para não dizer que de certa forma são submetidos a tortura (novamente ferindo aconstituição).

Além de se aplicar a prisão perpétua.

5. MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA SUBSTITUIR A MEDIDA DE SEGURANÇA MODALIDADE INTERNAÇÃO.

Como já dissertado a Lei Antimanicomial, trouxe novas diretrizes para os tratamentos de pessoas com transtornos mentais, garantido direito e dignidade a essas pessoas.

Estabeleceu as medidas extras-hospitalares como o principal meio de tratamento, sendo a internação“ autorizada”somente em último caso, sendo o principal objetivo da lei a reinserção social doassistido.

Dessa forma, surgiram no Brasil alguns modelos/medidas alternativas a internação compulsoria, PAI-PJ (Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário), PAILI (Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator) e Programa de Volta para Casa.

Esses programas têm como objetivo fornecer assistência a pessoa com sofrimento psiquiátrico submetida justiça criminal, buscando atender e aplicar a Lei 10.216/2001, oferecendo assim, ao assistido um tratamento integral que respeite o princípio da dignidade daPessoa Humana.

O nosso pioneiro como meio alternativo foi o programa PAI-PJ, implatando no ano de 2000 na cidade de Belo Horizonte pelo poder judiciario de Minas Gerais. Para suaconcretização foi necessario que houvesse parceria entre o poder judiciário, executivo e a comunidade geral.

O programa tem como base os principios da Lei Antimanicomial, tendo como função principal acompanhar o assistido de forma singular e individual em todas as fases, seja na processual ou na execução, bem como buscar sua reincerção familar e social.

Contando com uma equipe formada por psicologos, assistentes sociais e juridicos, o PAI-PJ se tornou um programa bem visto, apresentando exito em cumprir sua função, alcançar suas propostas, assim, foi expandido para outras cidades do interior do Estado, além de servir como base e inspiração para a implementação do programa similar no Estado de Goiás, o PAILI.

O PAILI foi instalado em Goiâna em outubro de 2006, como mencionado teve como inspiração o programa desenvolvido pelo Tribunal de Minas Gerais. Mesmo tendo outro programa como base não deixou de ter suas peculiaridades, ao contrário do PAI-PJ que é ligado ao poder judiciário, o PAILI esta ligado à Secretaria de Saúde.

O programa é o orgão executivo responsavel pela aplicação da medida de segurança, seja ambulatorial ou internação, assim faz a mediação entre o juiz e o assistido, além de acompanhar e viscalizar o atendimento e tratamento oferecido pelos CAPS (Centro de Atenção Psicossocial), leitos psiquiátricos e clínicas psiquiátricas coveniada ao SUS.

Por serem responsáveis pela aplicação e execução da medida de segurança, os medicos, psiquiátricas, e todos profissionais do PAILI, acompanham de perto caso a caso, estabelecendo e aplicando a melhor medida terapêutica para cada caso concreto.

Por fim, temos o programa de volta para casa, que é ligado ao Ministério da Saúde e tem como objetivo a inserção social das pessoas portadoras de transtornos mentais, buscando oferecer uma rede ampla de atendimento e cuidado.

Entre suas caracterisitcas, podemos destacar o auxílio-reabilitação psicossocial, uma bolsa auxílio, valor em dinheiro (R$ 240) que tem como objetivo ajudar na assistência, acompanhamento, reintegração das pessoas acometidas de transtornos mentais, fora da unidade hospitalar.

O axuílio-reabilitação se encontra previsto no artigo 2° da LEI 10.708/03, já os requisitos necessários para aquisição do beneficios se encontram elencados no artigo 3° da mesma lei.

De forma geral, todos os programas apresentados buscam pelo mesmo objetivo, trazer medidas alternativas a internação compulsória, priorizando e buscando oferecer um tratamento adequado e a reincer-

são social dessas pessoas através de tratamento extra-hospitalar, ou seja, fora dos hospitais pisiquiátricos. Cumprindo, assim, a ideia central e as medias estabelecidas pela Lei Antimanicomial.

6. CONCLUSÃO

Como demonstrado no decorrer deste artigo, durante anos buscou-se uma forma de garantir o mínimo de dignidade às pessoas portadoras de doenças mentais, foram inúmeras batalhas que resultaram em conquistas e avanços extremante importantes.

Pode-se dizer que a principal conquista foi a Lei Antimanicomial, que trouxe requisitos e uma forma mais digna de oferecer tratamentos a essas pessoas.

Porém na contramão dessa conquista, ainda temos o instituto da medida de segurança, que se diz ser uma forma de tratamento para aqueles que possuem doenças mentais e cometem atos definidos como crime.

Como muito bem retratado nesse artigo, a medida de segurança hoje no Brasil é um instituto falido, que trata aqueles que não têm consciência de seus de seus atos de uma forma mais severa do que aqueles cometem atos tidos como crime com plena consciência.

A medida de segurança é um instituo totalmente inconstitucional, não somente perante a Lei Antimanicomial que veda a internação compulsória, determinado a aplicação de tratamento ambulatorial, mas também diante da nossa lei maior, por não ter tempo máximo é uma pena de caráter perpétuo, o que é totalmente vedado pela nossa constituição.

Restando-se devidamente comprovado que mesmo com a determinação do STF de que a pena não se ultrapassa 30 anos, existem inúmeros casos no Brasil de pessoas que se encontram internadas há 40 anos, uma vida inteira.

Pessoas são afastadas, isoladas da sociedade, tratadas como animais ou pior,a medida de segurança fere totalmente a dignidade humana das pessoas que são submetidas a ela.

Concluímos assim, que é um instituto que precisa urgentemente ser revisado, e mais estudado em nosso País, uma vez que poucos são os trabalhos que realmente estudam e se aprofundam nesse instituto.

Mecanismos alternativos, como demonstrados, já foram criados: os programas PAIPJ e PAILI e De Volta Para Casa.

Infelizmente, ainda não é possível extinguir totalmente a medida de segurança modalidade internação compulsória, pois mesmo com os meios alternativos sendo um grande caminho e uma forma de mudança, precisam ser aperfeiçoados.

Acredita-se que estamos no caminho certo, que precisamos cada vez mais discutir esse instituto, e procurar meios e mecanismos que cumpram realmente o caráter tratamental que se busca, fornecendo assim um tratamento digno e adequado aqueles que precisam, e não um pena extremamente severa, que não trata , não cura e não apresenta efeito e eficácia nenhuma.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Domingos Sávio. N. Reforma Psiquiátrica. Memória Da Loucura. Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/memoria%20da%20loucura/mostra/reforma.html>. Acesso em 2 Set.2019

ARBEX, Daniela. Holocausto Brasileiro. São Paulo: Geração, 2013.

BRANCO, Thayara Castelo. Des(legitimação) das medidas de segurança no Brasil. 2 ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

BRASIL, *Código Penal,* Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha 8º.Ed. São Paulo.

BRASIL, *Decreto-Lei nº 3.914, de9 de dezembro de 1941.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 04 Set.2019.

BRASIL, ***Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001*.Lei Antimanicomial. Disponível em: <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 06 Set.2019

BRASIL, *Lei nº7.210, de 11 de julho de 1984,* Lei de Execuções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 04 Set.2019

BRASIL, **lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001.Lei Antimanicomial. Disponível em: <**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 06 Set.2019

Caravana Nacional de Direitos Humanos- Uma Amostra da Realidade de Manicomial Brasileira- Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações Brasília – 2000.

CARDOSO, Danilo Almeida; PINHEIROS, Jorge de Medeiros. Medidas de Segurança. Ressocialização e Dignidade da Pessoa Humana. 1. ed. Curitiba: Jurua, 2012.

CiaM. Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro- A desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo: Unesp, 2011.

CORRÊA, Natália Vilas Bôas. (In) Eficácia do Sistema de Aplicação e Execução das Medidas de Segurança, Monografia a título de Conclusão de Curso- Centro Universitário Toledo–2015.

MAGNO, Patrícia- Curso Execução da Medida de Segurança Teoria e Prática – RPJ Cursos. Disponível em: <https://rpjcursos.com.br/course/aulao-execucao-da-medida-de-seguranca-online/> Acesso em: 05 set.2019

MATTOS, Virgílio de. Crime e Psiquiatria-Preliminares para a Desconstrução das Medidas de Segurança. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Ministério Público Federal e Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Edição Revista e Corrigida. Brasília-2011.

PROJETO PENSANDO DIREITO, Medidas de segurança, Loucura e Direito Penal: uma análise crítica das Medidas de segurança. Convocação n. 001/2010. Versão publicada nº35/2011.

Anis- Instituto de Bioética, Direitos Humanos e gênero. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Brasília-DF Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/35Pensando_Direito1.pdf>. Acesso em: 10 Set.2019

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral. 5.ed, revista, atualizada e ampliada. Conceito Editorial, 2012.

WEIGERT, Assis Brasil. Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PUNITIVISMO: UM PROBLEMA CULTURAL

Rafael Tadeu de Salles Cezar

1- Cultura da criminalização

Todos nós temos o direito a ter direitos. Essa é a célebre frase de Hannah Arendt. Até mesmo na seara penal temos o direito a ter normas criadas pelo Legislador de forma coerente e necessária, evitando-se o escárnio criminal.

Infelizmente, é comum a propositura de projetos legislativos que tem por objeto a alteração das inúmeras leis penais já existentes. Fato pior são as proposições parlamentares que buscam dar vida nova ao arcabouço-normativo criminal, posto que ensejam a criação de outras leis penais a par das já tantas existentes.

Oportuno exemplificar, a propósito, que só no ano de 2019 mais de cinco projetos de lei foram aprovadas e sancionadas no campo criminal. Rememore-se a famigerada Lei 13.869/2019 - Lei de abuso de autoridade -, a qual veio a estabelecer tipos que já eram regrados pela Lei 4.898/1965.

Consigne-se não estarmos aqui a menosprezar o trabalho encampado pelo Congresso Nacional no combate ao crime, longe disso. Cremos sim na necessidade de remodelagem de tipos penais desgastados, inócuos e despiciendos. Entretanto, sustentamos, de igual maneira, haver a necessidade de uma ponderação no incremento das normas penais, sob pena de criarmos um vácuo consubstanciado na síndrome da ineficiência normativa.

É cediço que, o Estado antes de limitar os direitos das pessoas deve garantir que estes sejam respeitados. Temos o direito a ter o mínimo direito de respeito. O agir estatal deve pautar-se pela respeitabilidade intrínseca a todo ser humano. Tal fato desponta da conclusão enfática dada pelo período liberal, no qual a primeira geração dos direitos humanos impunha um dever de abstenção ao soberano - Estado.

Essa conquista é salutar para a comunidade humana. Garantir a mínima interferência na esfera de liberdade é fundamental para se viver com dignidade. O direito penal é deveras campo drástico, porquanto dá ao Estado o direito de violar essa esfera individual dos indivíduos. Aquele que infringe as normas criadas pela autoridade estatal, deve sofrer as consequências da sanção penal. A mesma autoridade criadora das normas penais, ao mesmo tempo que detém o poder de punir os violadores, é também responsável pela observância das regras do jogo e, em consequência, tem o dever de respeitar os direitos do violador, sob pena de malferimento à máxima de que "todos temos o direito a ter direitos", célebre frase da doutrinadora Hannah Arendt, quando comenta o julgamento de Otto Adolf Eichmann, passado em Jerusalém - *Um relato sobre a banalidade do mal* (ARENDT, 1963, p. 185.).

Na contemporaneidade, citando a saudosa filósofa Hannah Arendt, Celso Lafer, em sua obra "*A reconstrução dos direitos humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt"*, o autor traz a contextualização da conceituação de Arendt sobre o "direito a ter direitos". Assim dispõe o mestre:

> É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade". (LAFER, 1988, p. 154).

Como se depreende das lições do jurista, parafraseando Arendt, sob o auspício de um Estado totalitário é mais díficil se buscar o míni-

mo almejado a uma concepção minimamente digna do ser humano. O indivíduo tem como fator intrínseco a sua natureza o direito humano a ter direitos. Ora, se em pleno estado democrático de direito inúmeros são os abusos cometidos pelo Parlamento com a feitura de proposições legislativas penais desnecessárias, imagine-se em tempos de totalitarismo em termos de regime estatal, inimaginável!

E foi exatamente isso o que oconteceu com o Código Penal, o Código de Processo Penal. Para não deixarmos escapar, frise-se ter sido promulgado neste espaço de tempo a Lei das Contravenções Penais - Decreto-Lei nº 3.688/1941, instrumento, por demais, sem expressão normativa eficiente, hodiernamente.

Cabe ressaltar, inobstante isso que, tal diploma normativo passou por acirrado controle de recepção pela Carta Republicana, tendo o Sodalício Maior declarado vários dispositivos como não consentâneos com a Constituição Republicana, a exemplo da contravenção da vadiagem, tipo previsto no artigo 59 do referido instrumento legal. Veja-se:

> " Art. 59. Entregar-se alguem habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:
>
> Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.
>
> Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena".

Não bastasse isso, enfrentando o tema acerca da recepção da Lei das Contravenções Penais, a Suprema Corte, agora analisando o conteúdo artigo 25, assentou ser o referido dispositivo incompatível com o Texto Magno.

Informações retiradas da página oficial do Supremo Tribunal Federal retratam o quadro, nos seguintes termos:

> No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 583523, realizado na sessão desta quinta-feira (3), o Plenário do Supremo

Tribunal Federal (STF), por unanimidade, declarou não recepcionado pela Constituição Federal (CF) de 1988 o artigo 25 da Lei de Contravenções Penais (LCP), que considera como contravenção o porte injustificado de objetos como gazuas, pés-de-cabra e chaves michas por pessoas com condenações por furto ou roubo ou classificadas como vadios ou mendigos. Segundo o ministro Gilmar Mendes, relator do processo, o dispositivo da LCP é anacrônico e não foi recepcionado pela CF por ser discriminatório e contrariar o princípio fundamental da isonomia. A matéria teve repercussão geral reconhecida.

O ministro Gilmar Mendes lembrou que a Lei de Contravenções Penais foi instituída por meio de decreto-lei, em 1941, durante o período ditatorial conhecido como Estado Novo. "Não há como deixar de reconhecer o anacronismo do tipo penal que estamos a analisar. Não se pode admitir a punição do sujeito apenas pelo fato do que ele é, mas pelo que faz", afirmou. "Acolher o aspecto subjetivo como determinante para caracterização da contravenção penal equivale a criminalizar, em verdade, a condição pessoal e econômica do agente, e não fatos objetivos que causem relevante lesão a bens jurídicos importantes ao meio social".

O RE 583523 teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo por tratar da admissibilidade constitucional da punição criminal de alguém pelo fato de já ter sido anteriormente condenado e, ainda, por discutir os limites constitucionais da noção de crime de perigo abstrato, o que demonstrou a necessidade de análise da constitucionalidade da norma da LCP. Na ocasião em que foi reconhecida a repercussão geral, o STF considerou que o tema tem profundo reflexo no "ius libertatis", bem jurídico fundamental, e, por este motivo, ultrapassa os limites subjetivos da causa.

O recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho (TJ-RS) que manteve a condenação do recorrente, por posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto,

> com base no artigo 25 da LCP, pois anteriormente havia sido condenado por furto. Em sustentação oral na sessão plenária, o defensor público Rafael Rafaelli considerou que o dispositivo da LCP inverte o ônus da prova ao determinar a presunção de culpa de pessoas por sua condição de miserabilidade ou por ter antecedentes criminais.
>
> O procurador-geral da República, Rodrigo Janot, retificou o parecer anterior do Ministério Público Federal (MPF) para considerar que o dispositivo legal não está recepcionado pela Constituição Federal. Em seu entender, a norma dá tratamento jurídico desigual a cidadãos já socialmente desigualados. Segundo ele, ao invés de restabelecer o equilíbrio entre situações díspares acentua a desigualdade. "A norma acaba por inverter o princípio constitucional da presunção de inocência", disse".

Com efeito, não raras vezes o que temos é a atuação judicial funcionando como verdadeiro paliativo para as ações desavisadas do Poder Legislativo.

Com o advento da Ditadura Militar no Brasil, a situação não restou diferente. Criado sob a égide da ditadura militar - forma de governo totalitária - conhecida como Anos de Chumbo, o Código Eleitoral, Lei 4.737 de 15 de julho de 1965, não se pautou pela máxima consignada por Arendt sobre o "direito a ter direitos". Como é de amplo conhecimento, nesse diploma legal estão inseridas normas de cunho penal referentes ao direito de voto, eleições e sistema eleitoral. O que se buscou com a criminalização foi um sem-número de condutas que sequer deveriam ser reguladas pelo direito criminal, mas tão somente por normas de conteúdo administrativo, as quais, certamente, bem resolveriam as problemáticas afetas ao problema eleitoral.

Em palavras outras, o problema continuou. O baldrame axiológico para a superação dessa cultura é a dignidade humana. Estudos modernos da criminologia enfatizam que o problema criminógeno tem que se apoiar não apenas do crescimento da criminalidade, mas também na pessoa da vítima, na forma como a sociedade encara o problema - controle social - e procurar entender a pessoa do próprio criminoso.

A moderna doutrina criminal advoga a tese da não recepção de vários dispositivos insertos na Lei 4.737/1965, sob o argumento de que o legislador utilizara-se da intervenção máxima, quando na verdade deveria deixar ao campo das demais matérias o trato de temas pontuais. Saliente-se existir variados tipos penais-eleitorais com a sanção de multa, o que é comum em ilícitos administrativos.

Vergastado pela doutrina penal funcionalista, o direito de intervenção máxima vai de encontro ao que se espera de um modelo republicano criminal humanitário. A bem da verdade o direito penal deve ser a *ultima ratio,* e não o primeiro escalão no enfrentamento ao criminoso e suas condutas ilícitas. Vigora entre os estudiosos atuais a ideia do direito penal de intervenção mínima. Nesse cenário, tem campo fértil o princípio da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, os quais pregam o sentido de servir o drástico ramo criminal como soldado de reserva, funcionando em segundo plano, como a última ferramenta do ordenamento jurídico à disposição do legislador. Destarte, quando as demais áreas de atuação do mundo jurídico não funcionarem, cabe ao direito penal a missão de resolver os percalços da sociedade.

2- Recrudescimento punitivo e o princípio da proteção eficiente

A conformação do sistema de justiça penal, hoje, sofre influência direta com o enfrentamento da criminalidade organizada. Pontuar a necessária atualização do direito penal com essas questões de criminalidade, não é tarefa fácil. Nesse sentir, utilizar como instrumento de estudo a análise da Política Criminal como forma alternativa à solução de problemas desta espécie é fundamental.

Com isso, entendemos existirem outros mecanismos de solução para os percalços atuais, inclusive, os oriundos da atividade tecnológica e da era da informação.

A vasta produção legislativa em matéria penal no Brasil surge como um intrincado quadro cultural, o qual tem a falsa necessidade de que para o enfrentamento de crimes do mundo moderno o mais adequado é o aumento de leis. Ao contrário do que se pensa e se vê no cotidiano nacional, o incremento de tipos penais serve tão somente de

arrimo para o recrudescimento da impunidade criminal. Funciona, a bem da verdade, como paliativo para um câncer maligno e incurável. Em outros dizeres, coloca-se o direito punitivo como um método de exclusividade para o amálgama criminoso, porquanto não ter nosso Legislativo outra opção, a não ser a criação milhar de tipos penais.

Há que se rememorar não ter sido este o fundamento quisto pelo constituinte originário. Ao revés, cabe ao direito penal apenas cuidar das condutas que engendrem uma violação injusta e intolerável aos bens jurídicos mais importantes para o convívio social, ou que os coloquem, deveras, em perigo de lesão imediata.

Conforme leciona Magalhães Noronha, em sua primorosa Obra *Direito Penal*, a cuja atualização atribuisse ao ilustre professor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, o Direito Penal possui alguns *caracteres,* dos quais decorrem algumas considerações. Vejamos:

> "Pertence o direito penal ao direito público. Violada a norma penal, efetiva-se o *jus puniendi* do Estado, pois este, responsável pela harmonia e estabilidade sociais, é o coordenador das atividades dos indivíduos que compõe a sociedade. Os bens tutelados pelo direito penal não interessam exclusivamente ao indivíduo, mas a toda a coletividade. (...).
>
> O delito é, pois, ofensa à sociedade, e a pena, consequentemente, atua em função dos interesses desta. Logo é o Estado o titutular do *jus puniendi,* que tem, dessarte, caráter público. É o direito penal ciência cultural normativa, valorativa e finalista". (NORONHA, 2004. p. 5).

Infere-se do texto doutrinário que o direito penal deve assentar-se em características pontuais, sem as quais se desnaturaria de seu escopo principal, a intervenção estritamente necessária. Chegamos a um liame intrincado, qual seja, os elementos que ancoram a legítima atuação da ferramenta penal. A partir das lições de Magalhães Noronha, temos as características marcantes de seu conteúdo. A primeira delas é a cultural, porquanto decorrer das ciências do *dever ser.* A segunda é o seu papel de ciência normativa, posto ter por objeto o conjunto de normas penais em

vigor em determinado Estado. Já a terceira característica, funda-se no aspecto valorativo, o qual tem o condão de escolher quais bens e condutas tem significação elevada para o seu campo de atuação; especificamente, para o direito penal, apenas detém importância os bens jurídicos mais preciosos para a vida em sociedade. Por fim, no que tange à última característica, o direito penal é finalista, o que significa dizer servir de instrumento protetor do interesse público e pacificação social.

A questão penal hipertrófica não desnatura um sistema dogmático. Em consequência, a boa hermenêutica dos princípios impõe um sistema de justiça coeso e acobertado pela logicidade da dignidade humana. Noutro giro, a inovação legislativa requer um estudo de campos entrelaçados. É de bom tom ter pitadas de filosofia, política criminal, sociologia, psicologia e humanidade. O legislador atento age sem sofismas. Não há espaço para enganos ou ações desavisadas.

Orquestrar um panorama no qual a busca pela eficiência normativa é objetivo primeiro do parlamento, requer estratégia. Construir um feixe normativo seguro e que reprima de modo eficaz a criminalidade moderna, reclama ações inteligentes e dentro da legitimidade constitucionalmente determinada. O Estado é investido de poder, o qual lhe foi dado pela vontade popular. A Constituição traça os limites de cada função estatal: Executiva, Legislativa e a Judicial.

Especificamente em relação ao Poder Legislativo, está ele estritamente conformado pelos limites insertos no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Existe uma corrente doutrinária proveniente do Direito Alemão que descreve um dever de atuação estatal pautado pela proibição de excesso – *Übermassverbot* – e a obrigação de promover a vedação da proteção deficiente – *Untermassverbot*.

Ambas refletem o que chamamos de proporcionalidade strictu sensu, que se destrincha em um tripé: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No quadro brasileiro, quando o assunto é legislação, sempre há a conspurcação desta determinação constitucional durante o processo de feitura das normas. Talvez, aí resida o problema da ineficácia das normas penais no país.

A título de exemplo cite-se a Lei 13.834/2019, que inseriu o artigo 326-A no rol dos crimes eleitorais, com o *nomem iuris* Denunciação

Caluniosa Eleitoral. Ora, se já havia a previsão do crime de denunciação caluniosa no próprio Código Penal, no artigo 339, qual seria a *ratio juris* do incremento da legislação eleitoral? Pensamos que nenhuma, data vênia.

Nesse quadro, cabe aos intérpretes do direito rememorar a real significação da categoria *proteção eficiente.* Dito isso, obtempere-se refletir o chamado mandato constitucional de criminalização. Por esse instituto entende-se a expressa determinação dada pela Lei Maior para que o legislador infraconstitucional legisle em determinado sentido, inserindo na legislção ordinária tipos penais necesários e pontuais. Essa categorização tem uma especial razão de existir: evitar a erosão da proteção mínima no Estado em matéria de segurança e pacificação social, tendo em vista o sentimento de abalo comunitário quando praticadas determinadas condutas tidas como reprováveis pelo sentimento social de justiça.

O direito penal só pode atuar quando estritamente necessário, aliás, só pode se preocupar quando uma conduta cause efetiva lesão ou exponha a tal perigo um bem juridicamente tutelado pelo ordenamento jurídico, a exemplo do direito à vida, ao patrimônio, à integriade física, entre tantos outros.

O doutrinador e professor Lenio Streck tece considerações acerca do assunto, apresentando reflexões sobre um precedente julgado pela Corte Alemã, nos seguintes termos:

> Assim, na Alemanha, há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (Übermassverbot) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) – funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (STRECK, p. 17, 2003).

Impende observar que, segundo o doutrinador mencionado, a primeira vez que o Tribunal Alemão tentou conceituar *proteção eficiente* assim o fez para o caso de aborto. São suas as seguintes palavras:

> A efetiva utilização da Untermassverbot (proibição de proteção deficiente ou insuficiente) na Alemanha deu-se com o julgamento da descriminalização do aborto (BverfGE 88, 203, 1993), com o seguinte teor: "O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – uma proteção adequada, e como tal, efetiva (Untermassverbot). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. [...].(STRECK, p. 17, 2003).

Ora, há um dever de atuação para casos pontuais, os quais o constituinte predispostamente determinou. Em caso de aborto, a conclusão é decorrência lógica do sistema de normas penais, posto ser ela considerada um valor cultural fortemente arraigado na sociedade.

A pauta fiscal, ao revés, não consta de nenhuma imposição do constituinte originário. A despeito disso, pela coerência do sistema constitucional, a rigor, o elenco de normas tributárias ficara adstrito aos campos do direito administrativo, civil e processual. Não haveria, por essa razão, uma efetiva e premente necessidade de chamar à baila o direito penal no trato de crimes contra a ordem tributária.

Tentar angariar meios e soluções eficazes para o pernicioso efeito cultural de criação de leis penais desnecessárias é tarefa difícil. Para tanto, a utilização de teorias do direito comparado, bem como alternativas outras que não a inflação do ordenamento jurídico, é pretensão salutar. Há que se ressaltar a teoria do Direito Simbólico, a qual pode se encrustar em variados campos, inclusive no próprio direito constitucional.

Existe hoje no Brasil a Teoria do Constitucionalismo Simbólico, cujo autor é Marcelo Neves. Para ele existem alguns elementos que se destacam dentro da constitucionalização simbólica: a legislação simbólica, ou legislação-álibi (aqui se encontra o Direito Penal Simbólico), sendo necessário para sua compreensão o próprio entendimento de símbolo que, para o festejado doutrinador, é aquilo que representa tudo e ao mesmo tempo nada, devido à tamanha ambiguidade e acepção da palavra.

O mestre especificou um modelo baseado em um tripé para esquematizar a legislação simbólica, dividindo sua concepção em: *confirmação de valores sociais, demonstração da capacidade de ação do Estado e adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.* Com escólio nas teorias de Luhmann, o vocábulo "constitucionalização simbólica" descreve a constituição como uma estrutura híbrida do direito e da política.

Assim explica em sua obra:

> Em sentido mais abrangente, pode-se dizer que uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto [...] pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, p. 30, 2007).

Com arrimo nas precisas orientações do jurista Neves, podemos concluir que a pretensão de servir a legislação criminal como resolução de problemas variados não passa de artifício pretensioso e, a rigor, despiciendo.

A pesquisa que ora se expõe tem como razão de existir a problemática da extensa existência de normas penais no ordenamento jurídico brasileiro. Sua abordagem analítica perpassa por uma difícil compreensão da sociedade sobre o porquê de tantas leis, bem como a dificuldade encontrada pelo Poder Judiciário na sua aplicação.

Tendo em vista as constantes inovações no campo penal e processual penal, fica condicionada a atuação dos juristas a uma constante e insegura abordagem prática. Se por um lado a renovação busca acalentar os anseios sociais, por outro lado a segurança jurídica fica prejudicada.

O principal motivo deste trabalho é demonstrar que, a partir de uma abordagem conceitual e científica do tema culturalismo punitivista e excessos de normas penais, reste satisfatoriamente demonstrado que o problema não será resolvido com a criação de mais tipos penais ou outras normas penais, ao revés, deve-se pautar o legislador por instrumentos que já existem no sistema de justiça penal e das práticas de boa política criminal, tudo observando a dignidade da pessoa humana.

A busca pela demonstração dos aspectos jurídico-penais em sede internacionalista da proteção dos direitos humanos, bem como a observação de normas de nossa democracia servem como ponto de partida para a conclusão que buscamos estabelecer neste artigo científico. Como já salientado alhures, apontamentos sobre como enfrentar a criminalidade moderna organizada, sem a inflação legislativa, é a razão de um direito penal contemporâneo. A demonstração de que políticas criminais são as ferramentas essenciais para a deflação normativa em sede penal, bem como seu principal enfoque no desafio do legislador hodierno.

3- Pretexto legislativo como remediação dos percalços sociais

A abordagem teórico-metodológica utilizada pelo legislador, comumente, em matéria penal tem como característica fundamental a premissa da "necessidade". Um estudo analítico sobre o tema, amparado em amplo leque de fontes documentais (leis esparsas pelo arcabouço normativo-jurídico) e bibliográficas (inúmeras obras doutrinárias de autores nacionais e estrangeiros), dão conta das principais motivações desse modo de agir: o cultural.

Nos aspectos jurídico-constitucionais e legais, a utilização do método histórico na análise da problemática posta, faz com que cheguemos às possíveis causas da avasta produção normativa. Estudos empíricos demonstram que problemas de matéria penal não se resolvem com

dogmática e hermenêutica jurídica penal como resposta imediata aos percalços sociais.

O que serviu e muito provavelmente continuará a servir como fonte de resolução dos fatos sociais indesejados, é a construção de normas e tipos penais. Porém, tais normas necessitam passar por um sério e intrincado estudo filosófico e dogmático. Estudos indicam que a construção normativa eficiente tem arrimo em profícuas análises realizadas por estudos advindos da política criminal.

O agir pensado e estratégico por parte do legislador, faz surtir um efeito normativo perfulgente nos países que assumem um compromisso com a boa produção normativa criminal. Não é qualquer calor ou episódio midiático que pode encampar a iniciativa penalista.

A solução plausível para essa problemática é uma ruptura com o atual modelo repressor. Sem exageros podemos afirmar ser o Brasil um Estado com uma produção criminal exacerbada. O início de um novo trilhar na forma de pensar sobre a criminalidade tem que se arvorar sobre o crime, o criminoso, a vítima e o controle social sobre a criminalidade. Querer asseverar conclusões a partir de sofismas, seguramente não nos trasmudará do estado de coisas instalado, para outro melhor.

O conhecimento agregado e enriquecedor da pesquisa acadêmica, talvez, acalentasse a fonte de produção legislativa penal. Estudos de política criminal convergem, hodiernamente, que o remédio para os problemas está em meios alternativos de solução de conflitos.

Nesse aspecto, quando se está em jogo discussões de âmbito não-penal, a exemplo do direito fiscal, o melhor caminho é a utilização de mecanismos e instrumentos adequados e precisos. A utilização do direito civil, do administrativo e do processual é, seguramente, mais adequado do que o incremento desnecessário do direito penal.

Buscar demonstrar os aspectos jurídico-constitucionais e internacionais relacionados ao direito humano fundamental à limitação do poder punitivo estatal é condição inarredável da atual doutrina. Apontamentos sobre como enfrentar a criminalidade moderna organizada, sem a inflação legislativa, através de políticas criminais são as ferramentas essenciais para a deflação normativa em sede penal na busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

Passados os aspectos gerais acerca da preocupante produção normativa penal excessiva, concluimos que o estudo almeja buscar a demonstração do panorama da realidade problemática da vasta legislação e trazer o leitor para discussão e, nessa extensão, despertar-lhe o interesse pelo tema.

4- Política criminal no enfrentamento da criminalidade

Vicissitudes à parte, impende ponderar que o enfrentamento da criminalidade atual, não corresponde à dos anos precedentes. Ecoa no espaço acadêmico uma premente solução para a cessação, ou pelo menos, drástica diminuição do cenário criminoso. O que temos hoje não é uma simples questão da criminalidade, e sim o enfrentamento daquilo que os manuais chamam de *Macrocriminalidade.* Por conceituação singela, entende-se, por esta, os crimes correlacionados ao poder econômico, ao campo tributário, ou simplesmente, *crimes do colarinho branco - "white-collar crimes".*

Muito comum é a macrocriminalidade estar atrelada a organizações criminosas. Sua prática ocorre de maneira efêmera na estrutura no poder público por meio da utilização das instituições a fim de que não chame a atenção das autoridades do sistema penal. A partir da ideia de que se está infiltrado nas instâncias de poder, a descoberta torna-se mais difícil e complexa. O atuar criminoso de forma organizada, pauta-se no objetivo de encrustar nas agências oficiais membros que ali poderão, em alguma maneira, influenciar às decisões oficiais no sentido de trazer algum benefício espúrio para o grupo criminoso.

A Lei nº 12.850/2013 regulamenta e traz o conceito de organização criminosa. Assim dispõe o artigo 1º, parágrafo primeiro, que:

> "Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máxi-

> mas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional".

Depreende-se do texto legal que o grupo criminoso é, necessariamente, estruturado de forma organizada, possuindo a caracterização de tarefas praticadas em uma escala rigorosamente dividida, ainda que informal, com a finalidade de atingir vantagem de qualquer natureza. Advirta-se que para a norma inserta na legislação há uma limitação temporal mínima de cunho sancionatório, a qual diz que a infração penal, seja crime ou contravenção, deve possuir quatro anos aos menos de apenação. Contudo, há uma exceção para os delitos de natureza transnacional.

Tal como posto, a regra legal deve ser lida em conjunto com outros instrumentos repressores, tais como a Lei 11.343/2006 - Lei de Drogas -, Lei 7.492/1986 - Lei do Colarinho Branco -, Lei 9.613/1996 - Lei de Lavagem de Capitais -, entre outras, que possuem uma intrínseca relação no cometimento delitivo por tais grupos criminosos organizados.

Estamos aqui a citar esses instrumentos normativos pela natural importância que refletem na tese aqui ventilada. A almejada eficiência buscada pelo direito penal moderno ocorreu no Brasil após a utilização de estudos de *política criminal*. Não é difícil reconhecer o grande empréstimo que deu a ciência da criminologia ao direito penal, quando da análise dos instrumentos legais alhures encartados. É de bom tom o andamento vinculado entre as ciências do *dogmatismo penal* e *criminologia criminal*. O efeito consequente é a legítima atuação do legislador penal, pois utilizou de premissas basilares no que pertine à criação de normas penais. O que estamos aqui a asseverar é que, pautado em estudos de política criminal, observou o legislador a adequação e necessidade da criação de novas leis, a fim de enfrentar o problema criminal.

De igual modo, não é difícil enxergar a grande eficiência que guarnece as leis acima apontadas. De tempos em tempos, ocorre mudanças pontuais nas referidas normas sem a utilização de estudos de política criminal, passando o poder legiferante ao retrocesso legislatório.

A fim de evitar o esvaziamento normativo que ainda reside presente nas leis penais existentes em solo nacional, obtempera sugerir

que, para qualquer propositura legislativa destinada à alteração do sistema penal, haja um rigoroso estudo de política criminal. Todo sistema que pretenda assegurar a dignidade normativa, deve antes assegurar a eficiência normativa e eficácia social das pretensas alterações. Evitar a erosão cogente do direito penal é transmitir responsabilidade do poder legislatório. Jamais pode o direito penal servir de promoção social, mas só e tão somente só, como ferramenta de contenção da violação aos bens jurídicos mais salutares na vida em sociedade.

9- Conclusão

Em toda sociedade existe a constante e premente necessidade de atualização normativa, entretanto, em campos como o do direito penal, há que se tomar maiores cuidados, pois nesse espaço estão em jogo direitos e garantias fundamentais do indivíduo, lado mais fraco da relação, que tem especial proteção da Constituição e da legislação de proteção internacional dos direitos humanos.

O legislar requer maturidade democrática. A produção de normas legítimas pauta-se na observância da conformação constitucional predisposta. Um olhar sério e respeitoso do legislador hodierno não se deixa levar pelas paixões sociais e televisivas; ao revés, tem como premissa basilar o respeito à proporcionalidade e adequação frente aos avanços nacionais.

A dignidade da pessoa humana deve ser o piso a partir do qual se mede a imperiosa necessidade das alterações no campo penal. A mudança do direito penal simbólico - sistema no qual importa a produção normativa desenfreada – requer alteração de padrão cultural. Enquanto os anseios sociais imediatistas forem o centro de erupção da atuação legislativa penalista, não haverá transformações na eficiência. O que se espera e requer é uma alteração no padrão cultural. Alterando o sentimento culturalista produtor de normas, muda-se o fator de eficiência penalista.

A pretensão que se impõe é o melhoramente da eficiência normativa, com a redução significativa das constantes inovações legislativas no campo do direito penal, porquanto ser esse a *ultima ratio* como solu-

ção dos problemas sociais, inclusive, o eleitoral. Enfim, limites existem e devem ser respeitados.

Referências bibliográficas

LAFER, Celso, **A reconstrução dos direitos humanos - um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt**. 2ª ed. São Paulo: Cia das letras, 1988.

NEVES, Marcelo, **A constitucionalização simbólica**. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. Atualização: Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROXIN, Claus, **Estudos de Direito Penal.** 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2012.

STRECK, Lenio, **O dever de proteção do Estado.** Informações retiradas do site https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht Rio Grande do Sul, 2008.

UHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

JUDICIALISMO COMO UMA NOVA FORMA DE ENFRENTAMENTO À CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO

JUDICIALISM AS A NEW WAY OF FACING WITH THE PRISON SYSTEM CRISIS

Ana Lucia C. Alves

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade o estudo do sistema carcerário, tendo em vista sua superlotação e precariedade. Buscar-se-á demonstrar que o judicalismo seria uma via possível no combate à crise do sistema carcerário que assola o mundo e, principalmente, o Brasil.

Segundo Barroso (2009), o judicialismo é caracterizado por uma posição proativa do Poder Judiciário, interferindo de maneira significativa na atuação dos demais poderes. Assim, como não há previsão de uma reforma cirúrgica do Código de Processo Penal e de Direito Penal destinada à melhoria do cenário carcerário, o judicialismo seria um meio de política alternativa, a fim de que os magistrados possam inserir filtro voltado para os tipos de penas aplicadas, uma vez que mais de 50% das pessoas encontram-se presas sem uma sentença final condenatória, leia-se sem o trânsito em julgado da decisão. Isso respinga no devido processo legal, fere a duração razoável do processo e o prin-

cípio da presunção da inocência, que são abarcados explicitamente pela Constituição Federal.

A ideia central é trazer o judicialismo à discussão e talvez utilizá-lo como meio alternativo. Não se trata de um poder adentrar no outro, no caso, de o Judiciário usurpar a competência do Legislativo. Trata-se de fazer valer o processo penal e o direito penal como devem ser, compreendendo-os como *ultima ratio* para resolução de conflitos.

Em vista da inércia do Legislativo em enquadrar os códigos supracitados nas diretrizes do Estado Social de Direito, ficaria a cargo dos juízes aplicar, por meio das sanções impostas, meios alternativos de pena, a fim de desafogar o sistema carcerário, ao invés de simplesmente sentenciar conforme o positivado. Nesse sentido, toma-se, com exemplo, o voto proferido pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que utilizou a dignidade da pessoa humana como fundamento para a remissão da pena.

O tema e seus recortes justificam-se pela necessidade do aprofundamento de estudo entre judicialismo e meios alternativos de aplicação das sanções penais, ao passo que será feito estudo no campo das políticas públicas, passando pelo contexto histórico e o sistema carcerário vigente.

O método para a consecução do trabalho foi a revisão bibliográfica, explorando-se livros e artigos científicos e visitando casos relevantes levados ao Judiciário.

Obtém-se, como resultado da pesquisa, a necessidade da implementação do judicialismo pelos magistrados como filtragem para diminuição da população carcerária e meio de política alternativa, a fim de, não só preservar a dignidade da pessoa humana, mas combater este mal que assola os presídios brasileiros há anos.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A sustentação da dignidade da pessoa humana caminha na mesma direção que o direito à vida. Dizer que todos os seres humanos têm direito à vida e não preservar a sua dignidade é uma falácia. A "dignidade" é um mecanismo para resguardar a vida em sociedade e seu bom desenvolvimento. Dessa maneira, temos que:

> A percepção de que alguns direitos da pessoa deveriam ser universalmente considerados e jamais violados não é nova, remontam ao período da colonização da América pelos espanhóis, quando Bartolomeu de Las Casas e Francisco de Vitória, no século XVI, passaram a condenar, com veemência, o tratamento conferido aos chefes políticos e aos povos originários da América. (CARNEIRO, 2017, p.10)

Já dizia o filósofo Heráclito (*apud* SARLET, 2010, p. 1) "que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui". No campo do Direito tal premissa é inexorável.

Igualmente é certo o clamor das pessoas por segurança, que adveio pelo processo da universalização dos direitos Humanos de 1948 (SARLET, 2010), originado após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, como resposta aos horrores do regime nazista, que demonstrou que o Estado poderia ser um grande violador dos direitos humanos, marcado pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana. (PIOVESAN, 2004). Assim, o conceito de dignidade humana

> [...] atravessou dois mil e quinhentos anos de história da filosofia, ganhou variadas configurações nas mais diversas tradições filosóficas e acabou por ser transformado em preceito constitucional supremo em resposta aos horrores e séries de violações ocorridas na Segunda Guerra Mundial. (MENDES, 2013, p. 85)

Enquanto reivindicação moral, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como destaca Norberto Bobbio, não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução, com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais do homem em sua essência. (PIOVESAN, 2004, p.21)

Nessa oportunidade, cumpre demonstrar um pouco sobre a filosofia kantiana. Para Kant, a humanidade é o fim, por excelência. Caso a pessoa não respeite o preceito da dignidade da pessoa humana, está tomando-a como atividade de meio e, consequentemente, levado por uma falsa promessa da moral, uma vez que, a dignidade da pessoa humana deve ser destinada para a humanidade como preceito de finalidade. (KANT *apud* STOBBE; PAVÃO, 2013, p. 105).

A partir do contexto histórico o que mundo vivenciou após a II Guerra, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade da pessoa humana. A valorização da supremacia humana coloca à frente as pilastras dos direitos humanos, sendo eles a universalidade e a indivisibilidade (COMPARATO, 2010).-

No Brasil, o processo de incorporação dos direitos humanos não foi diferente, vivenciou-se aqui um longo período sombrio ditatorial, em que ocorreu a mitigação dos direitos fundamentais. Ainda hoje, persistem resquícios desses tempos, haja vista algumas legislações vigentes (como o Código Penal e o Código de Processo Penal), contrapondo-se a toda panorâmica constitucional.

A Constituição de 1988, marco histórico do nosso direito, é voltada a reescrever os direitos fundamentais e fortificá-los. Como norte, institui o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Mendes (2013), por muito tempo, pós-88, pensava-se que o Brasil havia adquirido certa estabilidade constitucional, principalmente, no campo dos direitos fundamentais. Porém esse cenário vem sendo ameaçado. Os direitos fundamentais estão, há tempos, em crise, resultante, sobretudo do colapso que a democracia vem sofrendo. (STRECK, 2004)

Partindo desse pequeno contexto histórico, nota-se que, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Social de Direito, o constituinte acabou por "reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal." (MENDES, 2013, p. 86)

A Declaração Universal dos Direito Humanos estabelece a preservação da dignidade da pessoa humana. Partindo do entendimento

de Kant, conseguimos montar uma "fórmula" para o entendimento e respeito desse princípio que, além de universal, é o princípio máximo do nosso ordenamento jurídico.

Em complemento com o pensamento kantiano, entende-se que cada cidadão possui o resguardo de ter a "inviolabilidade fundada na justiça", ou seja, os dois filósofos (Rawls e Kant) defendem que independentemente da coletividade ou do objetivo maior da coletividade, a dignidade e a justiça devem atingir a cada um individualmente.

Compartilhando o conceito estabelecido por Rawls (2000), o conceito genuíno da dignidade da pessoa humana pressupõe a equidade entre os seres humanos, atingindo seus direitos mais intrínsecos.

Não conseguir garantir dignidade às pessoas, em especial, à população carcerária é garantir uma ideia ilusória de justiça, que se preocupa, sobretudo, com bens materiais.

Todo um processo luta foi desenvolvido em prol da garantia da dignidade humana, que não faz distinção de gênero, classe social, raça etc. Assim, não é plausível dizer que temos conceito formado de pena (sanção) e deixar o condenado sofrer por uma falsa moral e julgamento da sociedade. O Código Penal prevê a pena como meio punitivo e como meio de reinserção do indivíduo em sociedade. Em nenhuma parte da doutrina ou das leis está escrito que os presídios são extensão de tortura, que deve ser aplicada uma sanção mais cruel que a sentenciada.

É necessária uma mudança no pensamento dos magistrados, a fim de que consigam aplicar, através do judicialismo, medidas alternativas para melhoria do direito penal e processual penal, com objetivo de instituir esses dois procedimentos como *utima ratio*, e, assim, tentar controlar o tamanho da população carcerária e, ao mesmo tempo, honrar a dignidade da pessoa humana.

3 SISTEMA CARCERÁRIO

As mazelas do sistema carcerário brasileiro são alvo de pesquisa e debates ao longo de vários anos, para melhor ilustrar o início desses estudos podemos utilizar, no Brasil, como marco simbólico a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Embasada nos ditames da Declaração Universal dos Direitos de 1948, a CFRB/88 trouxe consigo grandes mudanças e a afirmação de direitos fundamentais, sendo chamada pela doutrina de constituição progressista, cidadã e humanista.

A trajetória de preocupação com caos instalado nos presídios brasileiros aparece em relatos feitos ao órgão do Judiciário por meio de ADPF's (nº 347), CPI's (Requerimento de Instituição de CPI RCP 6/2015), Medidas Provisórias, com finalidade de promover alguma modificação substancial dentro do Estado. (BARCELLOS, 2010)

No entanto, é tão notório o descaso com o sistema que o próprio Supremo Tribunal Federal declarou como "estado inconstitucional" na ADPF nº 347. Trata-se um *hard case* (caso difícil) para o ordenamento jurídico e entre os diversos poderes (BARCELLOS, 2010). Acerca do assunto, Oliveira (2007, p. 1) destaca que:

> O Brasil encarcera mais pessoas do que qualquer outro país na América Latina e infelizmente, os problemas desse imenso sistema requerem proporções de soluções correspondentes. Desrespeitos aos direitos humanos são cometidos constantemente em todas as unidades penais afetando milhares de apenados e suas famílias, com o agravante de que a sociedade mantém uma relativa indiferença a tais desrespeitos, tendo como principal motivo a compreensão de que "marginais", especialmente, os assassinos, não devem ter direito a preservação de suas vidas e à integridade física.

A pena imposta para aqueles que comentem crime deve servir como modelo e durar o tempo necessário para se repensar o ato ilícito praticado em sociedade. Durante o cumprimento da pena deve ser concedido ao detento recursos que o ajudassem a atingir a ressocialização, ou seja, sua reinserção dentro da sociedade.

Estamos em um Estado Social de Direito, em que a Constituição assegura a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento, uma vez, que lembrando o jusfilósofo Hans Kelsen (2003), a Constituição se coloca como farol frente às demais matérias ordenadas no direito.

Não poderia a Magna Carta abrir lacunas para contradizer seu preceito maior. Assim, o constituinte assegurou de modo expresso, em um rol taxativo, nos incisos XLVI e XLVII do artigo 5º, os tipos de penas: "privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos". Não há previsão legal para tratamento desumano ou degradante. (FERREIRA; ABREU. 2019**)**

As Regras Mínimas para Tratamento dos Presos da ONU, no item 58[17], advertem que a pena privativa de liberdade deve servir para resguardar a sociedade contra os delitos. Desígnio que só poderá ser alcançado "(...) se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade o delinquente não apenas queira respeitar a lei e auto sustentar-se, mas também, que seja capaz de fazê-lo". (FERREIRA; ABREU, 2019, 10**)**

A Lei de Execução Penal introduziu, no ordenamento jurídico do Brasil, as normas para execução da pena, para a busca e a punição do agente e a sua ressocialização. Seu artigo 1º determina 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".

A LEP estabelece uma série de direitos e garantias que visam impedir exageros e/ou irregularidades, na execução da pena, que prejudiquem a dignidade humana do apenado, preservando condições e direitos para que consiga desenvolver-se sentido à reintegração social (MIRABETE, 2007). Seu artigo 11 determina ser dever do Estado garantir a assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde do apenado.

Contudo, apesar de a teoria expor e fundamentar diversas garantias, o devido processo legal, o respeito à dignidade do apenado e os preceitos da Declaração dos Direitos Humanos, a versão real dos fatos

17 A prisão e outras medidas cujo efeito é separar um delinquente do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem do indivíduo o direito à autodeterminação, privando-o da sua liberdade. Logo, o sistema prisional não deverá, exceto por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

é totalmente diferente, envolta a um cenário de abusos, violência, marginalidade e discriminação.

Há tempos persistem condições deploráveis, que configuram um descaso do Poder Público, uma omissão estatal e o problema não fica restrito aos grandes muros de concreto das prisões, ele o travessa e afeta diariamente a sociedade.

Entre os anos de 2007 e 2008, foi realizada uma Comissão Parlamentar Inquérito, organizada pela Câmara dos Deputados Federal, que investigou o sistema prisional brasileiro.

No ano de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, apoiando-se na tese colombiana de "Estado Inconstitucional das Coisas", a fim de exigir uma posição mais enérgica do Estado, quanto ao sistema carcerário vigente.

Em menos de oito anos, de 2008 a 2015, houve duas notórias "denúncias" ao Judiciário (ADPF nº 347/2015 e Recurso Extraordinário nº 588.252 do Mato Grosso do Sul), clamando por uma reforma ou uma melhoria para um problema tão latente.

Esses dados formam uma visão nacional. Possivelmente, estreitando a problematização aos sistemas carcerários no estado de São Paulo ou, até mesmo, no município de Ribeirão Preto, o resultado não seria diferente. (LAGE; BRUGGER, 2017)

Assim, o colapso existente do sistema prisional brasileiro é algo que desafia todos entes estatais, todos os poderes e a sociedade. É um assunto que necessita de atenção e pronta modificação.

Em 2015, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu o voto no Caso do Presídio de Mato Grosso do Sul (ADPF nº 3456), descrevendo minuciosamente o sofrimento miserável dos presos. Com propriedade, propôs, na ocasião, a utilização do instituto da remissão da pena como um dos meios alternativos para sanar a superlotação carcerária, em prol do princípio da dignidade da pessoa humana.

Até um determinado ponto, o contexto dos presídios brasileiros poderia ser considerado como descaso do Estado para com a instituição do cárcere e sua estrutura física. Infelizmente, esquece-se que se tratam de pessoas, a quem são garantidos direitos fundamentais.

Atualmente, acontecem, dentro dos presídios, violações massivas de direitos fundamentais e violências diárias, que refletem intimamente na dignidade da pessoa humana e compõem o seguinte quadro: superlotação de celas, pessoas amontoadas, sem espaço suficiente, precariedade das estruturas e instalações prisionais, insalubridade, locais fétidos, sem ventilação e iluminação.

Quanto ao cárcere feminino, ressalta-se a falta de estabelecimento próprio para os berçários ou creches para abrigar as crianças maiores de seis meses e menos de sete anos, falta de cuidado com a saúde das gestantes, não sendo assegurado o acompanhamento médico durante a gestação, carência de ginecologistas, de fornecimento regular de absorventes ou outros materiais higiene. (BRASIL, 2015)

As pessoas transexuais sofrem violência física e psicológica, não têm respeitado o seu gênero, estando confinadas com outros homens cis, pois não há uma divisão para alocá-las ou se há, não é respeitado, pelo preconceito incrustado. (BRASIL, 2015)

O cárcere brasileiro é uma aglomeração de umas proporções gigantescas, cuja consequência lógica a é rebelião, o aumento de doenças, do índice de reincidência etc. Assim, "por conta de tudo isto, não raro, que surgem rebeliões em presídios ao longo do país, as quais resultam normalmente em diversas mortes e atrocidades – cometidas tanto pelos rebeldes, quanto pelos policiais que são convocados para a supressão da rebelião" (BORGES; GUIMARÃES, 2013, 88).

Nesse sentido, "praticamente todos os penalistas contemporâneos são reféns de discursos e justificação da pena, e logo, de legitimação do poder punitivo – todos procuram responder ao por que punir." (KHALEDE JR, 2016, p. 75).

Chega ser um reconhecimento unânime que a pena e o sistema carcerário não cumprem a função de recuperar ou ressocializar, prevista em diversos dispositivos da Lei de Execução Penal.[18] Caso haja, o mínimo de "recuperação", é um índice pequeno, comparado ao número de detentos, 740 mil.

18 Por exemplo, nos artigos:

Art. 1º 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.

A união entre reincidentes, primários, preventivo agrava a situação. Assim os presídios abrigam presos e mais presos, e sem essa divisão, instiga-se para "agregar qualificadoras de um preso para outro". Ou seja, uma pessoa que foi condenada por um furto simples, passar a ter convivência com um homicida ou com quem praticou roubo com porte de armas. Essas situações mostram que poderia haver um cumprimento de pena diferenciado. (BRASIL, 2015)

Reiterando o mencionado acima, roga-se para o senso de urgência da propositura em meios acadêmicos, legislativos e sociais, para propositura de políticas alternativas para minimizar este problema que é tão eminente.

4 ATIVISMO JUDICIAL

A primeira aparição do termo ativismo judicial ou judicialismo foi registrado no caso *Marbury vs Madison,* nos Estados Unidos, em 1803, primeiro caso de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Após essa decisão ocorreu uma completa mudança na visão estabelecida entre os três poderes. Desse período em diante, o Judiciário passou a também exercer a função de rever as leis e normas que estariam contrárias à Constituição. (GUEDES, 2012)

Segundo Barroso (2009), o ativismo é um fenômeno jurídico que tem por característica uma posição proativa do poder judiciário, interferindo de maneira significativa na atuação dos demais poderes. Em outras palavras:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.
Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

> 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. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria. (BARROSO, 2012, p. 23)

Essa manifestação pode ocorrer, por exemplo, com a aplicabilidade de forma da Constituição Federal em situações não previstas no texto constitucional pelo constituinte, nas declarações de inconstitucionalidade dos atos normativos editados pelo legislativo no poder de estabelecer aos órgãos públicos ações ou abstenções em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 28). Dessa forma,

> [...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 25)

O processo legislativo brasileiro é rígido, ou seja, sua modificação é complexa. Então, utiliza-se o judicialismo como *short cut,* visando à celeridade e à finalidade de garantir que todos os direitos fundamentais, que, no caso em tela, seria a melhoria da situação carcerária por meio da redução da população.

Em que pese ser função do Poder Legislativo promover quaisquer alterações nas leis, em determinados casos, não se pode aguardar o desenrolar legislativo. Desde modo, prudente que o Poder Judiciário evoque essa função, emanando decisões no campo do Executivo e do Legislativo, para assegurar os direitos fundamentais.

A utilização do judicialismo vem com finalidade não de um poder adentrar ao outro, mas de sanar a inércia do Legislativo e Executivo. Assim, ficaria a cargo dos magistrados a filtragem ou (re)modelagem

na aplicação do Código de Processo Penal. A Constituição Federal é o centro do sistema jurídico, criando um nível de juridicidade superior e vinculante a atos e decisões.

Com o sistema de freios e contrapesos, o Judiciário passa a atuar em duas frentes: corrigindo atos oriundos dos outros poderes (Executivo e Legislativo), e preenchendo as lacunas decorrentes da omissão na execução de políticas que deveriam estar previamente disponibilizadas aos seus destinatários. Com isso, ocorre uma relativização do princípio da separação de poderes (BARROSO, 2012).

Essa relativização na separação dos poderes estabelece o cerne de grande discussão doutrinária. Pode ou não haver essa interferência? Em havendo, até que ponto seria tolerável o Poder Judiciário avocar para si as responsabilidades que deveria estar a cargo do Legislativo e Executivo?

Diante do tema proposto nesse trabalho, quando se pensa na utilização do judicialismo, cabe invocar a ponderação ou sopesamento de Robert Alexy. Não se trata de uma "briga de egos" sobre competência.

Cumpre ressaltar temáticas fundamentais para sociedade: saúde, educação e o sistema prisional. Nesses campos, algumas decisões devem ser tomadas com mais agilidade, daí a brecha para que o Judiciário tome a frente e decida no "lugar" do Legislativo, pois não poderiam aguardar todo trâmite necessário.

Quanto ao sistema prisional e a (in)eficácia das políticas públicas, sugere-se a utilização do judicialismo para promoção de direitos e mecanismo para minimizar o número do presos, que infla no índice populacional carcerário. Desenvolve-se aqui um raciocínio lógico: havendo a uma filtragem sobre a aplicação da pena e sobre os tipos de prisão, consequentemente, teremos um número menor de presos.

O futuro ainda não existe. O que existe é o aqui e agora. Se não dermos a segurança jurídica necessária à população carcerária e a todos os cidadãos, incorremos no risco de perpetuar uma administração pública à margem das necessidades da nossa sociedade. "Viver é perigoso", diria Guimarães Rosa. Então cabe a todos os poderes e, aqui, de modo especial ao Judiciário empreender todos os meios possíveis para promover a defesa da vida, da dignidade da pessoa humana.

6 CONCLUSÃO

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o legislador encontra-se vinculado à Constituição como ordem jurídico-normativa fundamental. Em tese, temos um ordenamento puramente humanista, entretanto, luta-se para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais.

Conforme relatado nessa pesquisa, o poder público persiste em trilhar caminhos contrários aos direitos fundamentais, principalmente se tratando da população carcerária, que não têm sua segurança garantida, seja física, psicológcia ou jurídica.

Talvez seja penoso o debate posto em pauta, contudo é uma problemática para a qual se deve, com urgência, buscar uma solução. O direito tem o dever, enquanto regulador da sociedade, de garantir a todos a equidade, a dignidade e os direitos fundamentais. O próprio jurista Lênio Streck (2004), afirma que o direito brasileiro não enfrenta os problemas, cria-se leis, códigos, doutrina mas falta uma sensibilidade para voltar ao trabalho árduo de depositar uma maior fé e vontade em desenvolver corretamente e coerentemente e meios que chega a solucionar este problemas e outros.

Buscou-se, neste trabalho, fazer alguns apontamentos quanto ao sistema prisional, em especial, utilizando o judicialismo como meio alternativo para uma filtragem na aplicação do Código de Processo Penal, uma vez que, por mais que existam políticas públicas para tratativa do tema, essas não vêm desenvolvendo adequadamente o seu papel.

O judicialismo vem em prol justiça social. Através de uma nova visão, teremos um direito penal, processual como *ultima ratio.* Se bem arquitetada, a estratégia não só irá desafogar as vias judiciárias, mas contribuirá com a diminuição da população carcerária, a diminuição dos índices de reincidência, com a melhoria da infraestrutura e condições dos presídios.

É necessário incluir os excluídos, principalmente aqueles que se encontram alijados do poder e do espaço democrático de cidadania social e jurídica e fazer valer seus papéis de cidadãos, retirando-os do limbo jurídico e social no qual se encontram sem voz, sem vez e sem lei.

Quando o Estado não consegue cumprir uma política pública, tal qual é conceituada, é necessário um instrumento capaz minimizar os danos. Assim, essa é a ideia e a proposta central da pesquisa. Fazer com que o magistrado, dentro dos seus limites jurisdicionais, consiga transpor um novo rosto do processo penal, assegurando os direitos fundamentais.

Assim, espera-se que os juízes da área penal tenham a consciência de como são estruturados os cárceres e atuem na medida necessária para sanar a inércia legislativa em reformular o código penal atual.

A superpopulação é um dos principais problemas no âmbito carcerário, sobretudo, porque traz consigo outras problemáticas (como a falta de infraestrutura), influenciando nas condições materiais, psicológicas e nas condições de saúde dos apenados, fato mais recentes que temos é o Covid-19, que tem se alastrado dentro dos muros de concretos.

Assim, ante as considerações trazidas ao debate, com vistas à proteção à dignidade da pessoa humana, entende-se que a atuação judicial de forma mais ativa no processo penal é um meio que irá diminuir a população carcerária e, consequentemente, contribuir com a concretização e eficácia dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____ (org.). **Perspectivas contemporâneas do cárcere**. São Paulo: Ed. UNESP, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Regras Mínimas para Tratamento dos Presos da ONU**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em 20 jun 2020.

ABREU, Almiro Alves; FERREIRA, Josiane Pantoja. A dignidade da pessoa humana e a prisão no Brasil**. II Seminário Internacional em direitos humanos e sociedade**. 2019, p. 1-13.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2º ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARCELLOS, Anna Paula. **Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana**. Revista de Direito Administrativo. V. 254. p.40-61

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BORGES, Paulo César Correa (coord.); MARTINS, Alessandra Beatriz et al. (cols.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal***:* temas atuais. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal**. Temas atuais. Editora Unesp. 2017

BORGES, Paulo César Correa.; GUIMARÃES, João Vitor Melo de Oliveira, O Sistema Penitenciário brasileiro como índice e medida do grau de civilização nacional. **Direito & Justiça.** v. 39, n. 1, p. 83-93, jan./jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – arguição de descumprimento de preceito fundamental – adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no brasil. Relator: Ministro Marco

Aurélio. DJ, 09 set. 2015. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 20 jun 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível) Rel. Luís Roberto Barroso. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>. Acesso em 20 jun 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para um teoria jurídica das políticas públicas**. Ed Saraiva. 1ª ed. Ano 2013. p. 288

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. Ed Saraiva. São Paulo. 2006. p.1-51.

CARNEIRO, Cynthia Soares. Direitos humanos e direito internacional das mulheres : a luta feminista contra a discriminação e a violência de gênero. In: SEVERI, Fabiana Cristina; ZACARIAS, Laysi da Silva. **Coleção relatórios NAJURP Direitos Humanos das Mulheres**. 1ª ed. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP: 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998. p. 39-48

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: A política pública como campo multidisciplinar. São Paulo: Editora UNESP; 2013. p. 282 : il.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In. SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. O direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2013, p 16-45.

DUARTE, Clarice Seixas. Para além da Judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das Políticas Públicas. In. SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina. **O direito na fronteira das políticas públicas**. Paginas Letras. São Paulo, 2015, p.13-18.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2014.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. Estudos Avançados (USP. Impresso), São Paulo, v. 18, n.51, p. 103-125, 2004.

FERRARI, Philippe Cunha. **Justiça Itinerante:** De barco, de ônibus e de avião em busca da justiça. 1ª ed. Março de 2017. Editora multifoco. p. 51

GUEDES, Néviton. **Constituição e poder:** O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. [S.I.]: Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>.

HANS, Kelsen: [Tradução João Baptista Machado]. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 – (Ensino Superior)

KHALED JR, Salah. H. **Justiça social e Sistema Penal**. 1.ed. Cidade: Rio de Janeiro Lumen juris, 2016.

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER. Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum.** Rio de Janeiro, Volume 2, Número 5, 2017, p. 193-240.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal introdução à crítica**. Editora Saraiva, 2016.

MARTINELI, João Paulo Orsini. **O caos do sistema carcerário é também responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público.** Sobre a infeliz entrevista do corregedor-geral de Justiça 2017. Disponível em: https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/423635828/o-caos-do-sistema-carcerario-e-tambem--responsabilidade-do-poder-judiciario-e-do-ministerio-publico. Acesso em 20 Junho de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013 p. 83-96

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA; PIMENTEL. O sistema carcerário no Brasil e sua ineficiência. Caderno Humanidades em Perspectivas - v.5 n.3 – 2019, p**.** 98-11. 102

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**. 2014, n.93, p.201-232.

NUCCI, Guilherme. Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal.* 10. Ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Hilderline Câmara de. A falência da política carcerária brasileira. **III Jornada Internacional de Políticas Públicas** São Luís – MA, 2007. Disponível em: http://www.joinpp2013.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoF/7747d19a7e9a8726e4faHilderline.pdf. Acesso em 15 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/. Acesso em: 10 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas.** Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosPPL.pdf. Acesso em 20 jun 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.**14. ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **SUR** - revista internacional de direitos humanos. Ano 1, Número 1 • 1° semestre de 2004. p. 20-48

RANGEL, André Farias; BARBOSA JUNIOR, Narciso da Silva. **Direitos fundamentais e sociais no Brasil:** uma analise do ativismo judicial e seus reflexos na sociedade**,** 2011, p 1-29.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgand. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica:** Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e proibição de retrocessos social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletronica sobre a reforma do Estado. Nº 21 – março/abril/maio de 2010. Salvador/BA

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Cidadania e Políticas Públicas. In. SMANIO, Gianpaolo Poggio; Bertolin, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina. **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-6.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: Efetivação da Cidadania. In. SMANIO, Gianpaolo Poggio; Bertolin, Patrícia Tuma Martins. **O direito na fronteira das políticas públicas.** São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2013, p. 3-15.

STOBBE, Emanuel Lanzini; PAVÃO, Aguinaldo. **A dignidade da pessoa humana em Kant relacionada à teoria da justiça de Rawls**. Kant e-Prints. Campinas, Série 2, v. 8, n. 2, p.102-112 jul.– dez., 2013.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise***:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WU, Linda Luiza Johnlei. O princípio da proporcionalidade e seus aspectos éticos, 2007, p.48. In. BORGES, Paulo César Corrêa. O princípio da igualdade na perspectiva penal. **Temas atuais**. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

A EFICÁCIA DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO COMO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA VEDAÇÃO AO EXCESSO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

Jean Carlos Falcão Manosso
Matheus de Quadros

Introdução

Por boa parte do século XX, o finalismo dominou o debate teórico concernente à teoria do delito, ambicionando elevar as ciências penais ao nível da Filosofia e da Antropologia contemporâneas e ao mesmo tempo perenizar esta posição (HASSEMER, 1993, p. 247/ 248).

Contudo, a partir da década de 60, essa hegemonia começou a ser quebrada por pertinentes questionamentos teóricos, os quais iniciaram com a crítica de Engisch a Stratenwerth em 1961 (HASSEMER, 1993, p. 250) e culminaram com a publicação da obra Política criminal e sistema jurídico-penal por Claus Roxin em 1972 (BUSATO, 2010, p. 69).

A partir desses novos questionamentos, houve uma necessária mudança de foco das ciências penais, as quais passaram de uma tentativa de alcançar a perfeição teórica para uma nova fase, visando às consequências práticas (HASSEMER, 1993, p. 253/254).

Após a queda do isolamento dogmático pregado pelo finalismo, novas posições teóricas referentes ao delito reacenderam um debate que por muito tempo parecia ter sido encerrado com a dominância do finalismo. Nesse sentido, novas criações como a teoria social da ação, a teoria do funcionalismo radical, a teoria do funcionalismo teleológico e a teoria da ação significativa tomam o espaço do debate, trazendo novas formas de observar a teoria do delito.

Nesse sentido, como bem mencionado por Fábio André Guaragni, observa-se que o pós-finalismo significou uma retomada do neokantismo, correspondente à compreensão e valoração da conduta humana (2009, p. 251).

Dentre as teorias pós-finalistas, destaca-se no presente artigo o funcionalismo teleológico, criado por Claus Roxin na década de 1970 a partir de sua obra Política criminal e sistema jurídico-penal, por se considerar essa perspectiva como o modelo aparentemente mais bem aceito doutrinariamente hoje (BUSATO, 2018, p. 227).

Nesse sentido, insta salientar que, de forma diversa do neokantismo original, o funcionalismo de Roxin adota um valor fixo, uma finalidade máxima, a qual serve de norte para a construção de todos os conceitos e níveis analíticos em Direito Penal, superando o problemático relativismo valorativo que foi a ruína do neokantismo original (GUARAGNI, 2009, p. 253).

Conforme se afere da propositura de Roxin, reanalisa-se a estrutura do Direito Penal, guiada por uma função político-criminal (BUSATO, 2018, p. 226).

Assim, o que anteriormente era ignorado sob a ótica de uma neutralidade científica, típica da dogmática positiva em que o finalismo se ergueu, passou a ser reanalisado sob uma perspectiva de valoração concreta, de viés utilitarista, a partir das teorias da sociologia sistêmica norte-americana de Partons e Merton (GUARAGNI, 2009, p. 255).

Com a ascensão do funcionalismo teleológico de Roxin, o Direito Penal passa a não ser mais um fim em si mesmo, mas um meio para o alcance da proteção subsidiária dos bens jurídicos penalmente tutelados. Com isso, o caráter metodológico do Direito Penal é ampliado, de modo que, em *ultima ratio*, consubstanciam-se os fins da política criminal.

Em outras palavras, a análise das estruturas dogmáticas do delito não mais se dá por mera subsunção, mas sim a partir de uma análise da conveniência da aplicabilidade da resposta penal (BUSATO, 2018, p. 226/227).

Sendo a concepção sistemática de bem jurídico utilizada por Roxin descrita como um norte principiológico, o qual "[...] deve oferecer ao legislador a diretriz do que pode e não pode penalizar, de forma legítima" (ROXIN, 2009, p. 39), permite-se uma reavaliação crítica de todas as estruturas do Direito Penal, as quais devem servir acima de tudo à necessidade concreta de pena.

É sob essa estrutura teórica que nasce, por exemplo, o princípio da insignificância em sua forma atual, correspondente a não justificativa de imposição de pena devido a uma irrelevante lesão do bem jurídico protegido (CARVALHO; CARVALHO; PRADO, p. 125, grifo nosso).

Ou seja, ao aplicar o Direito Penal sob o viés do funcionalismo teleológico, cria-se uma nova barreira de limitação do poder punitivo estatal, correspondente à utilidade da pena no caso concreto.

Contudo, conforme será observado adiante, tem-se que há outras consequências estruturais advindas da aplicação do funcionalismo teleológico como teoria do delito, eis que, como supramencionado, adequa-se à dogmática aos fins da política criminal.

Assim, o presente artigo visa não apenas observar os horizontes dessas modificações estruturais, mas também testar a hipótese de que esse modelo teórico se demonstra superior para a proteção dos bens jurídicos e, consequentemente, para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Nessa senda, observar-se-á a aplicabilidade da proteção subsidiária do bem jurídico como garantia dos direitos fundamentais sob dois aspectos: o da vedação ao excesso e o da vedação à proteção deficiente, eis que se demonstram as duas faces da proporcionalidade como princípio.

Ademais, de forma complementar, também será tratado brevemente da posição da tutela do bem jurídico limitado pela Constituição como padrão de referência da valoração social, eis que essa adição também se demonstra pertinente à ideia ora apresentada da proteção

subsidiária dos bens jurídicos através do Direito Penal como garantia aos direitos fundamentais.

Para a consecução dos fins pretendidos, o presente artigo utilizará do método hipotético-dedutivo, a partir do qual será realizado o falseamento da hipótese da superioridade do funcionalismo teleológico como método de proteção e garantia dos direitos fundamentais. Ademais, utilizar-se-á majoritariamente de documentação indireta bibliográfica, de cunho doutrinário, a qual sustentará cientificamente as conclusões tomadas neste artigo.

1. A proteção subsidiária do bem jurídico como vedação ao excesso

Inicialmente, como forma de melhor compreender a mudança paradigmática trazida por Roxin e como isso se demonstra pertinente à garantia dos direitos fundamentais, deve-se realizar breve apontamento referentes à conceituação de bem jurídico.

Conceitualmente, a noção de bem jurídico sempre carregou certa imprecisão, de modo que nunca foi possível chegar a um consenso sobre as delimitações do termo, mesmo com a elaboração doutrinária desse sendo datada do século XIX (PRADO, 2014, p. 33).

Todavia, como bem aponta Paulo César Busato, essa imprecisão se torna benéfica diante de uma sociedade moderna e complexa como a atual, devendo o bem jurídico ser entendido como um princípio, uma referência de recorte da intervenção, a qual permite a incriminação de todo tipo de conduta merecedora da intervenção jurídico-penal (2018, p. 349/350).

Nesse exato sentido, ao permear sua teoria do delito a partir da noção de bem jurídico penal, Roxin adota uma visão ampla desse conceito, a qual se mostra suficientemente flexível para abarcar diversas noções de demandas sociais que venham a merecer proteção penal:

> Sobre a base das reflexões anteriores, podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcio-

> namento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário (ROXIN, 2009, p. 18/19).

Além disso, salienta-se que apesar das discordâncias sobre delimitações conceituais, alguma das funções do bem jurídico são unânimes entre a doutrina especializada, a exemplo da função limitadora do bem jurídico, de notada importância para a vedação ao excesso.

Ao discorrer sobre as funções do bem jurídico em obra dedicada ao tema, assim se posiciona Luiz Regis Prado:

> [...] o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal. O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado democrático e social de Direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bem jurídicos. Essa função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais (PRADO, 2014, p. 62).

Não suficiente, nota-se que Roxin é claro em mencionar que a mera existência de um bem jurídico não basta para a criminalização de uma conduta (ROXIN, 2009, p. 28). Contudo, esse deve ser *conditio sine qua non* para a criação de novos tipos penais, pois, conforme leciona Winfried Hassemer "a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal" (HASSEMER, apud ROXIN, 2009, p. 15/16).

Dessa maneira, lastreado no modelo proposto por Roxin, abre-se um claro flanco defensivo contra o poder punitivo do Estado, o qual é impedido de criminalizar cidadãos sem demonstrar cabalmente que

esses tenham, de fato, lesionado ou posto em concreto perigo um bem jurídico relevante e que uma pena criminal seja adequada para a situação.

Observa-se que o bem jurídico se torna não apenas uma baliza da criminalização, mas também o filtro mínimo inserido na dogmática penal.

Desta feita, a partir de uma noção de "bem jurídico crítico", adotada pelo autor, a qual não se confunde com uma mera noção descritiva, acrítica, tem-se que o conceito de bem jurídico impõe fronteiras ao legislador concernentes a uma punição legítima (ROXIN, 2009, p. 20), a qual se mostra pertinente para barrar diversos tipos penais, incluindo-se aí todos aqueles descritos como produtos do Direito Penal simbólico (ROXIN, 2009, p. 24).

Além disso, conforme já citado, o funcionalismo teleológico também age a favor da vedação ao excesso na atuação judicial, eis que serve de base conceitual para a aplicação do princípio da insignificância, contextualizando a lesão do bem jurídico no caso concreto (CARVALHO; CARVALHO; PRADO, p. 125).

Logo, impossível subestimar os ganhos práticos da adoção de uma concepção funcionalista do delito no presente caso, eis que retoma as pretensões delimitadoras do poder de punir típicas do iluminismo, berço do Direito Penal humanista em que vivemos, tanto sob a atuação do poder legislativo, como também sob a atuação do poder judiciário.

2. A proteção subsidiária do bem jurídico como vedação à proteção deficiente

Todavia, além da obrigação estatal de proibir a persecução excessiva, há também o outro lado da balança do princípio da proporcionalidade, correspondente à vedação à proteção deficiente, o qual age de forma complementar à vedação ao excesso.

Conforme lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a vedação à proteção deficiente imprime a necessidade de proteção dos direitos fundamentais de maneira ótima, agindo como um imperativo de tutela (2015, p. 492/493).

Em outras palavras, há uma imposição complementar à vedação ao excesso, de modo que não se pode mais falar somente na função de proteção negativa do Estado, a qual se dá a partir da tutela de proteção

do Estado, mas também da necessária garantia de segurança de todos os direitos do Estado, inclusive os prestacionais (STRECK, 2008).

Cabe ressaltar que o constituinte brasileiro é exemplo magno sobre a vedação à proteção deficiente, eis que positivou mandados constitucionais de criminalização, a exemplo dos crimes de racismo (art. 5°, inciso XLII, da Constituição Federal), tortura, tráfico de drogas e terrorismo (todos expressos no art. 5°, inciso XLII, da Constituição Federal), obrigando o legislador ordinário a tipificar penalmente essas condutas por entender ser essa a adequada proteção merecida aos bens jurídicos afetados.

Assim, independentemente dos posicionamentos referentes à valoração dessa prática, correspondente à utilização da Constituição para definir condutas criminosas, é inegável que o bem jurídico carrega especial relevância também como substrato de criminalização de condutas nesse viés.

Nesse sentido, apesar de Roxin adotar um conceito de bem jurídico crítico, esse é claro sobre a necessidade do Direito Penal, o qual deve agir para "garantir a seus cidadãos uma existência pacifica, livre e socialmente segura sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas por outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos" (ROXIN, 16/17).

Nessa senda, Roxin disserta da seguinte forma a utilização do Direito Penal como protetor dos bens jurídicos:

> Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídicos-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.
>
> Todos estes objetivos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos (ROXIN, 2009, p. 17/18).

Assim, em que pese o autor alemão não ter focado sua formulação teórica na garantia da defesa positiva dos direitos fundamentais, é possível observá-la facilmente em sua obra.

Ademais, deve-se destacar que as origens do conceito de proibição da proteção deficiente são extremamente recentes, remontando efetivamente a julgamento realizado em 1993 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, quando em controle abstrato de constitucionalidade, a corte observou que a descriminalização do crime de aborto feriria à necessária proteção à vida intrauterina (STRECK, 2008).

Assim, justifica-se que em obra publicada vinte anos antes, Roxin sequer pensasse em tratar a proteção subsidiária dos bens jurídicos sob esse prisma.

Contudo, é certo que a abordagem do funcionalismo teleológico também advoga favoravelmente à promoção do Direito Penal como protetor dos bens jurídicos.

Nesse sentido, salienta-se que um Direito Penal moderno, focado na defesa do bem jurídico e alinhado aos fins da política criminal, tende a melhor se coadunar com as demandas efetivas da sociedade.

É nesse exato sentido que agem, por exemplo, os mandados constitucionais de criminalização, os quais sedimentam antecipadamente bens jurídicos dignos de proteção penal, visando à garantia da atuação estatal apta à suficiente defesa desses bens jurídicos.

Da mesma forma, ao abrir metodologicamente suas estruturas, permitindo o alinhamento do Direito Penal à política criminal como forma de defesa de bem jurídico, deve-se citar como caro exemplo o aferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADO) n° 26, no qual foi observado que a homofobia integrava o conceito de racismo enquanto crime. Constituindo-se caso expresso de atuação para reverter proteção deficiente.

Ademais, tratando-se ainda das possibilidades aferidas a partir do vislumbre da proteção deficiente, deve-se ressaltar a obrigação imposta ao legislador a partir da verificação da tutela ineficiente de bem jurídico, eis que também importa na necessária discussão da criminalização posterior de condutas em que o Estado anteriormente se omitiu.

Essas inovações metodológicas, as quais observam o clamor da defesa de determinados bens jurídicos, constituem outra face do princípio da proporcionalidade, a qual garante que o Estado atue positivamente contra sua própria omissão em tutelar os interesses dos seus cidadãos, o que se demonstraria virtualmente improvável dentro de um cenário dominado pela concepção finalista de delito. O que é significativo em tempos de multiplicação de bens jurídicos ante o cenário de sociedade de risco, narrado por Ulrich Beck.

Logo, embora seja tema recente na doutrina mundial, necessário o reconhecimento também da atuação positiva de uma perspectiva funcional como forma de atuação positivamente equilibrada.

Ademais, sendo nesse caso o bem jurídico a fonte da constatação da proteção deficiente, subsome-se também a efetiva vantagem de uma abordagem teórica focada na proteção subsidiária dos bens jurídicos dentro da esfera penal.

3. A Constituição como limitação inerente à tutela penal de bens jurídicos

Por fim, após todo o exposto, merece atenção a pertinente crítica de Cezar Roberto Bitencourt direcionada à proposta do modelo funcionalista, correspondente à abertura da metodologia penal pautada exclusivamente nos resultados que se pretende alcançar. Na visão do emérito penalista:

> […] no seio dos modelos funcionalistas, as categorias sistemáticas do delito admitem certa flexibilidade e seu conteúdo pode chegar a ser fragmentado e modificado em função das finalidades político-criminais outorgadas ao sistema penal. Justamente por isso tem-se criticado os modelos funcionalistas no sentido de que a vinculação do Direito Penal às decisões politico-criminais do legislador nem sempre conduz ao alcance da justiça material […].
>
> […] Por isso, não devemos renunciar ao grande legado deixado pelo finalismo na construção da dogmática jurídico-penal,

> substituindo-o por uma sistematização pautada exclusivamente nos resultados que se pretende alcançar (BITENCOURT, 2014, p. 270-271).

Ademais, conforme bem pontua Fábio Romeu Canton Filho, o bem jurídico penal tem inegável caráter ideológico em seu processo de escolha:

> Como procuramos demonstrar no item anterior, o bem jurídico penal é determinado a partir de valores sedimentados pelo processo histórico, isto é, pela eleição de certos valores, que, potencializados em um determinado momento, adquirem o papel de condicionantes objetivos da sociabilidade humana.
>
> Na escolha desses valores, quando da inserção deles no ordenamento institucional, sustentamos que o peso ideológico é determinante. Com isso pretendemos asseverar que um valor é sempre uma bandeira de determinado grupo social que o defende e procura dar a ele um status hegemônico na sociedade em questão. Trata-se do que mencionamos anteriormente, a saber, o delinear de uma estrutura de controle social. (2012, p. 26).

Assim, há que se perguntar, poderia o finalismo se converter em uma arma do arbítrio estatal ao abrir espaço excessivo aos fins da política criminal?

Embora essa pergunta seja pertinente a qualquer uma das teorias do delito existentes, o funcionalismo causa natural desconfiança entre os penalistas mais conservadores ao quebrar a bolha dogmática do finalismo, até hoje predominante no pensamento jurídico brasileiro, desbravando espaço para uma teoria do delito desenvolvida como meio para a consecução dos fins da política criminal.

Nessa senda, como solução aventada ao mencionado problema, parece correto a adoção de certa delimitação de bens jurídicos suscetíveis à tutela penal. Explica-se.

Como já mencionado anteriormente, é positivo que o conceito de bem jurídico seja impreciso, pois essa elasticidade conceitual permite

que as novas demandas da sociedade contemporânea sejam traduzidas em bens jurídicos, tanto sob um aspecto imanentista, como também transcendentalista.

Contudo, como é sabido, nem todo bem jurídico deve ser necessariamente tutelado pelo Direito Penal, o que corresponde à ideia do princípio da fragmentariedade do Direito Penal. Todavia, se o conceito de bem jurídico é amplo e o princípio da fragmentariedade impõe um filtro rígido à escolha dos bens jurídicos, está-se diante de um dilema ao funcionalismo teleológico.

A partir do momento em que se define a missão do Direito Penal como protetor subsidiário dos bens jurídicos, é necessário um maior rigor na seleção dos bens jurídicos dignos de tutela penal, maior que a já habitual, pois nesse caso se dá um papel destacado ao bem jurídico, o qual se encontra sob forte influência de ideológica.

Sendo assim, dentro de um modelo de Direito Penal focado na proteção do bem jurídico, sem um filtro valorativo, passa-se, por subsunção, a um Direito Penal de inegável caráter ideológico, consequência que pode trazer inegáveis malefícios autoritários.

Da análise da doutrina especializada, surge como mencionado filtro valorativo a Constituição como padrão de referência da valoração social, posição a qual nos filiamos.

Observada nas obras do português Jorge Figueiredo Dias e do espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, essa ideia parte do pressuposto que a Constituição é representante dos interesses essenciais aos cidadãos, permitindo-se aferir que os interesses nela positivados sejam os interesses maiores, dignos de tutela penal (DIAS, 1999, p. 62-82 apud BUSATO, 2018, p. 340).

A adoção desse filtro se mostra especialmente relevante sob o prisma atual da expansão do Direito Penal, no qual a esfera penal é vista como a *sola ratio* de todas as crescentes demandas sociais.

Nessa senda, em obra dedicada a analisar esse fenômeno, Sanchéz expõe sua visão de funcionalismo moderado, baseada no bem jurídico constitucionalmente tutelado como forma de sustentação limitadora da intervenção penal (SANCHÉZ, 2013, p. 141/142).

Assim, sob um filtro constitucional, haveria uma necessária rigidez à ampliação da tutela penal, a qual só poderia ser ampliada ou mes-

mo modificada a partir de uma anterior modificação constitucional, a qual se dá de forma mais árdua em uma Constituição de caráter rígido como a brasileira.

Consequentemente, o Direito Penal com a função de proteção subsidiária ao bem jurídico não apenas se demonstraria forma eficaz de atender aos princípios da vedação ao excesso e da vedação à proteção deficiente de forma material pelo juiz, mas também de forma procedimental pelo legislador, o qual estaria intrinsecamente ligado à Constituição em seus atos de aumento e diminuição do Direito Penal.

Embora pertinente, entende-se contornável a crítica formulada por Bitencourt, de forma que o funcionalismo pode conviver com a imprecisão teórica do conceito de bem jurídico e com as aspirações da política criminal sem desembocar em uma ameaça totalitária, desde que adotados determinados filtros preliminares.

Ademais, tem-se a partir dessa breve prospecção que, a partir da adoção de um filtro constitucional limitador da tutela penal do bem jurídico, é possível manter com previsibilidade a perspectiva de um Direito Penal funcionalista focado na proteção subsidiária dos bens jurídicos que possa cumprir equilibradamente as funções de vedação ao excesso e à proteção deficiente.

Giza-se que o que se está a defender nesta oportunidade não é a implementação de mandados constitucionais de criminalização, já mencionados ao tratar da vedação à proteção deficiente, mas sim de elencar no perpassar do texto constitucional quais são os bens jurídicos que integram o núcleo valorativo da sociedade objeto da Constituição, pois se entende que essa medida pode contribuir de forma efetiva contra o existente desequilíbrio do Direito Penal atual, hipertrofiado ao proteger toda sorte de bem jurídico, negligente em relação à vedação ao excesso.

Conclusões

Diante de todo o exposto, algumas conclusões podem ser apresentadas no presente estudo:

Observa-se que, embora insuficiente por si só, a noção de bem jurídico como parâmetro valorativo do funcionalismo teleológico

se demonstra maneira eficaz de manejar o Direito Penal moderno, eis que o direciona para uma necessária noção concreta dos direitos fundamentais.

Nessa senda, ao mesmo tempo em que o funcionalismo expande seus horizontes metodológicos, limita-se a atuação do legislador e do juiz, os quais ficam submetidos a diretrizes de política criminal focadas na proteção subsidiária dos bens jurídicos.

Conforme analisado no presente estudo, tem-se que essa limitação se dá tanto sob a vedação ao excesso, de modo que não podem o legislador e o juiz agirem penalmente sem o lastro material de bem jurídico, como também sob a vedação à proteção deficiente, de modo que não pode o legislador se omitir quando for constatada a necessidade de tutela penal a determinados bens jurídicos.

Por fim, também foi feita observação referente à necessidade de um substrato complementar ao conceito de bem jurídico para sua tutela penal, referente a Constituição como padrão de referência da valoração social. Tal medida se mostra adequada dentro do presente estudo devido à constatada hipertrofia da expansão do Direito Penal.

Assim, diante de todo o exposto, observa-se válida a hipótese de que a abordagem funcionalista teleológica auxilia a proteção dos direitos fundamentais, sem olvidar as necessárias medidas complementares para a devida efetivação desses direitos.

Ademais, insta salientar que, tratando-se de mera visão geral sobre um debate complexo e sobre o qual muito pode ser discutido, não se pretende o esgotamento do tema, mas sim acender a discussão sobre a importância das teorias pós-finalistas como propulsoras da defesa dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 21 ed. rev. ampl. a atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 12 juL. 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral: volume 1. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CANTON FILHO, Fábio. **Bem jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-casualismo ao funcionalismo pós-finalista. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 118, p. 237-282, abr./jun. 1993. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176133>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editao, 2009.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema-jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades industriais. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em: 12 jul. 2020.

DIREITOS HUMANOS E DITADURA MILITAR: O CASO INÊS ETIENNE ROMEU FRENTE À INCONVENCIONALIDADE DA LEI DA ANISTIA

Alexandra de Souza Rodrigues Tinoco
Antonio Eduardo Ramires Santoro

INTRODUÇÃO

Este artigo possui a finalidade de analisar o caso de Inês Etienne Romeu, vítima de violações de direitos humanos praticadas durante a Ditadura Militar, que diante da Lei da Anistia restara impune.

A Lei nº 6.683/79, Lei da Anistia, foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 153/DF.

Ocorre que as violações de direitos humanos considerados crimes contra a humanidade são internacionalmente compreendidos como imprescritíveis, o que demanda uma análise detida sobre o problema da extinção da punibilidade das torturas realizadas pelos próprios agentes do Estado.

Em voto revolucionário, a Desembargadora Federal Simone Schreiber, foi responsável pela admissão primeira denúncia aceita de crimes praticados durante o referido período de opressões e supressões políticas.

O voto parece contrariar o julgamento anterior do Supremo Tribunal Federal no sentido de sustentar a inaplicabilidade da Lei de Anistia, Lei externada no julgamento da ADPF nº 153/DF.

Portando, o problema que se apresenta é: os crimes de tortura perpetrados pelos agentes do Estado durante a última ditadura militar no Brasil são crimes contra a humanidade e podem ser objeto de persecução penal? Como se dá essa relação com a Lei de Anistia, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo julgamento da ADPF nº 153/DF?

A hipótese com que se trabalhará é que os crimes de tortura e conexos perpetrados por agentes do Estado durante o período de ditadura militar são crimes contra a humanidade e não podem ser objeto de extinção da punibilidade negociada, tampouco a prescrição.

Metodologicamente optou-se pelo estudo do caso de Inês Etienne, a única vítima da Casa da Morte de Petrópolis sobrevivente e que prestou depoimento durante os trabalhos da Comissão da Verdade. Foram analisados os dados coletados, durante o estudo, em bibliografias sobre o tema da ditadura militar, tendo como base o estudo dos direitos humanos violados em tal período e os Controles de Constitucionalidade e de Convencionalidade da Lei 6.683/79, bem como a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Foi necessária ainda para tentar alcançar a solução para a problematização, a análise dos julgamentos a respeito do tema.

1. HORRORES DA DITADURA MILITAR: CASA DA MORTE E INÊS ETIENNE ROMEU

No Relatório da Comissão Nacional da Verdade (2014) é possível encontrar informações de que o CIE – Centro de Informação do Exército manteve à época da Ditadura Militar centros clandestinos para torturar e executar os presos políticos, um deles localizado na cidade de Petrópolis e chamado de Casa da Morte, era utilizado para trabalhar em consonância com os DOI-CODI – Destacamento de Operações de Informações (DOI) e o Centro de Operações de Defesa Interna (CODI), que mandavam os presos para a cidade. O desaparecimento de diversos presos políticos estava conectado com esse centro clandestino do CIE.

Pode-se dizer que a Casa da Morte foi utilizada como antro de tortura a época da ditadura militar e lá presos políticos do Brasil inteiro tiveram tantos de seus direitos violados (RCMVP, 2018).

De acordo com o Relatório da Comissão Municipal da Verdade de Petrópolis (2018), a Casa da Morte, localizada à Rua Arthur Barbosa, no bairro Caxambu, foi identificada como tal pela única sobrevivente torturada nesse imóvel após alguns anos, ainda no fim do Regime. Inês Etienne Romeu conseguiu identificar o covil onde havia sido torturada psicológica e fisicamente por aproximados 3 meses.

Ela tinha recordações dos últimos quatro números de um telefone e o nome de um homem, Mario, que seria o suposto dono da casa. Posteriormente conseguiu se identificar o número de telefone como residencial de Mario Lodders e dessa forma foi possível encontrar a casa citada anteriormente.

Inês foi presa na cidade de São Paulo no dia 05 de maio de 1971, sem qualquer ordem judicial, foi transferida para o Rio de Janeiro e ficou detida em uma delegacia de polícia em Cascadura, por conta de seu estado de saúde, já que havia tentado suicídio por atropelamento pois tinha medo do que viria, foi encaminhada ao Hospital Carlos Chagas e logo após internada no Hospital Central do Exército e depois disso foi levada à Petrópolis (RCNV, 2014).

Como contou Etienne Romeu, em seu relatório entregue ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no dia 5 de setembro de 1979, a caminho de Petrópolis recebeu ameaças de todo tipo enquanto era interrogada e ao chegar à Casa da Morte o interrogatório continuou pelas mãos dos mesmos agentes que a haviam torturado ainda em São Paulo e que posteriormente a entregaram as mãos dos carcereiros da Casa da Morte.

Até o fim do mês de maio Inês foi interrogada por diversas vezes, mas não foi torturada. Isso mudou no mês de junho.

> [...]torturaram-me quase que ininterruptamente. Quando não me submetiam a torturas físicas, destroçavam-me mentalmente. Nesta ocasião aplicaram-me na veia uma droga qualquer, dizendo ser o soro da verdade. Senti o corpo entorpecido e não consegui manter os olhos abertos, mas a mente permanecia lúcida.
>
> Dr. Roberto, um dos mais brutais torturadores arrastou-me pelo chão, segurando-me pelos cabelos. Depois, tentou estran-

> gular-me e só me largou quando perdi os sentidos. Esbofetearam-me e deram-me pancadas na cabeça. Colocavam-me completamente nua, de madrugada, no cimento molhado, quando a temperatura estava baixíssima. Petrópolis é intensamente fria na época em que lá estive. Fui várias vezes espancada e levava choques elétricos na cabeça, nos pés, nas mãos e nos seios (Relatório Inês Etienne Romeu CFOAB, 1979, p. 7).

No início do mês de julho os carcereiros ofereceram a Etienne uma "saída", que seria o suicídio que deveria acontecer em local público, ela deveria se atirar debaixo de um ônibus, mas no dia 7 de julho quando foi levada para que o fizesse se atirou aos pés deles e chorou, como acabou chamando muita atenção foi levada de volta ao cárcere e por não ter se matado teve de sofrer novamente "[...] uma semana de choques elétricos, banhos gelados de madrugada, "telefones" e palmatórias." (Relatório Inês Etienne Romeu CFOAB, 1979, p. 8).

As torturas aconteciam dia e noite conta Etienne Romeu (1979), ainda em seu relatório, e como se não bastasse, os carcereiros invadiam sua cela para que pudessem violentá-la sexualmente e durante esse período foi obrigada a limpar a cozinha completamente nua.

O Relatório da Comissão Nacional da Verdade (2014) informa que Etienne Romeu permaneceu incomunicável durante mais de três meses, até o dia 11 de agosto de 1971 e sua prisão se tornou oficial no dia 7 de novembro desse mesmo ano sendo que permaneceu presa até 29 de agosto de 1979.

2. LEI DE ANISTIA: DOS ANTECEDENTES AO JULGAMENTO DA ADPF 153

Nistler (2018) diz que a anistia traz a possibilidade de instituição política em momentos de transição, a ideia é de que o momento de irregularidade possa se estabilizar, isso para que seja possível implementar uma nova visão política. O intuito é que se esqueça o passado para a construção de um futuro diferente.

Bullos (2000) *apud* Maia (2014) define anistia como um ato de clemência por meio do qual são esquecidos os atos do agente, seu objetivo

é de arquivar os processos pendentes, suspender a execução da pena e eliminar seus efeitos.

Para Maia (2014), anistia pode ser entendida como um ato de clemência por meio do qual são esquecidos os atos do agente, seu objetivo é de arquivar os processos pendentes, suspender a execução da pena e eliminar seus efeitos. Ela pode ser dividida em três dimensões, sejam elas: quanto ao alcance, quanto aos sujeitos e quanto as suas consequências jurídicas.

O projeto de lei de anistia enviado ao Congresso à época pode ser caracterizado como uma anistia parcial (quando apenas algumas condutas forem perdoadas), limitada (quando houver qualquer tipo de exclusão de agentes a serem anistiados) e restrita (quando não devolve completamente o *status quo* ao anistiado e tem efeitos *ex nunc*) (MAIA, 2014).

Ainda no ano de 1975 teve início a luta pela anistia, nessa fase inicial essa luta ocorreu de forma cautelosa, isso porque não era possível confrontar diretamente a Ditadura Militar (FRIEDE, 2015).

Geisel, em 1974, quando ingressou a presidência do país fez a propositura de uma abertura para a democracia que aconteceria de forma lenta, gradual e segura, mas a verdade é que o ano de sua entrada no poder foi também o ano com o maior número de desaparecidos políticos, isso porque as mortes não eram mais reconhecidas nesse período já que o presidente buscava demonstrar que os militares haviam conseguido o que queriam no princípio do golpe e estavam afrouxando a ditadura (RIBEIRO, 2017).

De acordo com Maia (2014), o tema anistia começou a ter visibilidade nos rádios e TV após a promulgação da Emenda Constitucional nº 11 que extinguiu o AI-5, formalmente os direitos e liberdades civis retornam dentro do país e com isso houve um forte clima de apoio popular ao assunto.

Mas houve uma jornada de luta até a promulgação da Lei de Anistia que foi marcada principalmente pelo Movimento Feminino pela Anistia e o Comitê Brasileiro pela Anistia, essa Lei que foi publicada no governo do presidente general Figueiredo é até hoje vista como uma grande polêmica jurídica (NISTLER, 2018).

Soares (2009) sustenta que a busca pela aprovação da Lei de Anistia era também uma busca por justiça, o que, certamente, foi ignorado pelos militares.

Ela foi aprovada em 1979 e a sua aprovação permitiu o retorno dos exilados, dos banidos e o ajuste dos movimentos sociais e dos partidos políticos (RIBEIRO, 2017).

Porém a Lei não perdoou aqueles condenados por terrorismo e luta armada, além disso, contemplava com seu perdão os "crimes conexos" aos crimes políticos dessa maneira velada a Lei de Anistia beneficiou os responsáveis por torturar e matar durante a Ditadura Militar (BAGNOLI *et al*, 2014).

A aprovação dessa anistia parcial e restrita trouxe aos familiares dos desaparecidos políticos um sentimento de perda definitiva, isso porque os exilados e os clandestinos retornaram ao país, para o seio de sua família, mas para os desaparecidos não houve a emissão sequer de um atestado de óbito, foi dada a eles uma declaração de ausência (RIBEIRO, 2017).

Entende-se (TAVARES, 2009, P. 71-72) que são, basicamente, duas as críticas à Lei de Anistia: quanto à interpretação (não deveria incluir os militares) e à validade (não ter sido recepcionada pela Constituição e pelos Tratados internacionais sobre direitos humanos).

Em 2010 se iniciou um embate entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que o STF defendeu a extensão da Lei de Anistia aos militares e a CIDH entendeu como uma forma indevida de não punir aqueles que cometeram crimes durante a Ditadura Militar. Desse modo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impetrou a ADPF 153/DF com o intuito de afastar a aplicação do artigo 1º, §1º da referida Lei defendendo que tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição de 1988 (NISTLER, 2018).

Friede (2015) dispõe que, basicamente, a ADPF possuía o escopo de que aqueles que praticaram crimes comuns durante o período ditatorial pudessem ser punidos, ou seja, que tais crimes não fossem anistiados.

Esclarece Maia (2014) que quatro na petição apresentada pela OAB destacou-se o dispositivo que deveria ser interpretado conforme

a Constituição da República de 1988, qual seja o artigo 1º §1º da Lei 6.683/79; defendeu-se o cabimento da ADPF em tal hipótese e falou-se sobre a inépcia da interpretação questionada da Lei 6.683/79.

O órgão da OAB sustentou que não houve conexão entre os crimes praticados pelos opositores da Ditadura Militar, classificados como crimes políticos, e os crimes comuns praticados pelos militares em nome do Estado.

Por fim, o Conselho discorreu sobre os preceitos fundamentais violados pela interpretação da Lei de Anistia, quais sejam: a isonomia em matéria de segurança, o preceito de não ocultar a verdade, o desrespeito aos princípios democrático e republicado e a não negociação da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro (NISTLER, 2018).

O Supremo Tribunal Federal entendeu, por sete votos a dois, pela improcedência da ADPF nº 153/DF, os Ministros Eros Grau, ora Relator, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso decidiram pela improcedência do pedido, enquanto os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto julgaram procedente em parte a Arguição de Descumprimento de Preceito. (FRIEDE, 2015)

De acordo com o Ministro Cezar Peluso (2010), mesmo após afirmar que todos os ministros sentem aversão profunda por todos os crimes praticados pelos regimes de exceção, a tarefa dos julgadores era muito mais fácil do que formular juízo a respeito da ética dos crimes praticados, isso porque seu trabalho era analisar a compatibilidade ou não do artigo 1º parágrafo 1º da Lei 6.683/79 com a Constituição da República de 1988.

"[...] essa lei contém uma definição particular, e, eu diria, uma definição operacional, porque se destina a dar interpretação, que o Ministro Celso de Mello chamou de autêntica, para efeito da sua própria incidência e aplicação." (ADPF 153, 2010, p. 1). Ou seja, a própria Lei de Anistia define o que deve ser entendido como crimes conexos, isso porque nesse caso o conceito de conexão não se confunde com o técnico jurídico (ADPF 153, 2010, p. 2). A conexão nesse caso possuiria um sentido que o Ministro chama de metajurídico.

A Lei 6.683/79 expressa o intuito de perdoar não só os opositores do Regime que praticaram crimes políticos, mas também aqueles que praticaram crimes comuns contra tais opositores, chamados "crimes de qualquer natureza" pela norma. É esse o sentido denotado por conexão no dispositivo.

Há discussões no sentido de que a Lei não havia sido clara quando tratou desse tema, o que não é real, sendo certo que o intuito da referida Lei era sim de estender a anistia aos crimes comuns. Peluso sustenta ainda não ser possível haver qualquer obscuridade na Lei, embasado no pedido formulado pelo Conselho Federal da OAB que pediu que fosse declarado o contrário do disposto na norma, se a Lei não fosse extremamente clara não seria possível pedir a sua inconstitucionalidade, pois ela não poderia ser contrária a Constituição se não fosse inequívoca em seu texto. (*Ibidem*, p. 4 -5).

O Ministro sustenta em primeiro lugar que a anistia deve ser generosa, de modo que deve ser ampla, expansiva, nunca restrita. Em segundo lugar dispõe que não houve qualquer violação ao princípio da igualdade, isso porque quando a Lei tratou os crimes praticados pelos opositores à Ditadura e os crimes praticados contra os opositores o fez da mesma maneira o que "atende ao imperativo constitucional da igualdade", já que se encontravam em um mesmo momento histórico e político deveriam receber o mesmo tratamento normativo. (ADPF 153, 2010, p. 5-6)

Afirma que não há qualquer desrespeito aos princípios democrático e republicano, isso porque qualquer crime praticado por agentes governamentais são considerados antidemocráticos e antirrepublicanos já que na verdade isso nada tem a ver com a gravidade dos crimes praticados e sim com o fato de serem eles cometidos por tais agentes, porém isso não quer dizer que eles não poderiam ser anistiados por esses crimes.

Além disso, a Lei de Anistia foi promulgada por quem possuía legitimidade social e política para fazê-lo, questionando a sua legalidade há a consequência de que se um artigo da Lei apresenta vício no que diz respeito a sua fonte, toda ela sofrerá do mesmo vício e seria revogada. (ADPF 153, 2010, 6-7)

A autoanistia deve ser fruto de "um ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente" (ADPF 153, 2010, p. 7). O Ministro sustenta que no caso em questão houve um acordo que concedeu a anistia no Brasil o que evidencia que não se trata de autoanistia o episódio da Lei 6.683/79.

Com base nisso não haveria qualquer interesse em julgar procedente tal ação, isso porque mesmo que seja julgada procedente não haveria qualquer possibilidade de instauração de ação penal já que todas estão prescritas, ou seja, ainda que a Lei de Anistia fosse julgada incompatível com a Constituição da República não seria possível retirar desse julgado qualquer repercussão de ordem prática. (ADPF 153, 2010, p. 8)

"[...] a prescrição se inicia da data da prática do crime, não é da data do reconhecimento de certo sentido da lei." (ADPF 153, 2010, p. 9). Discordando de tal argumentação o Ministro Ayres Britto defende que mesmo sendo esse momento do início da prescrição nesse caso o Estado estaria impedido de deflagrar a persecução (ADPF 153, 2010, p. 9).

Peluso acrescentou que caso a Lei de Anistia fosse revogada por uma nova Lei, a Constituição da República não permite que essa norma retroaja a não ser que seja para beneficiar o réu, tendo em vista que todos os crimes foram anistiados a *lex gravior* não pode retroagir em nenhuma hipótese (*Ibidem*, p. 9-10).

3. ANÁLISE DO VOTO DA DESEMBARGADORA FEDERAL SIMONE SCHREIBER PROCESSO Nº 0500068-73.2018.4.02.5106

No dia 14 de agosto de 2019, uma quarta feira, o TRF da 2ª Região decidiu por aceitar pela primeira vez na história uma denúncia de "crimes conexos" aos crimes políticos praticados durante a Ditadura Militar. O sargento reformado Antônio Wainer Pinheiro de Lima, conhecido como Camarão, é réu no processo de sequestro e estupro de Inês Etienne Romeu (EL PAÍS, 2019).

Oliveira (2019) esclareceu que os Desembargadores Federais Simone Schreiber e Gustavo Arruda do TRF da 2ª Região, ao aceita-

rem a denúncia, ao contrário do Desembargador Relator Paulo Espírito Santo, que votou contra, embasados no argumento de que os crimes descritos são de lesa-humanidade imprescritíveis e não passíveis de anistia, reformaram a decisão dada pelo juiz da 1ª Vara Federal Criminal de Petrópolis, Alcir Luiz Lopes Neto, que havia arquivado o processo.

O Juiz Federal da 1ª Vara Criminal rejeitou a denúncia utilizando-se dos seguintes argumentos: falta de provas mínimas que fundamentassem a imputação penal; extinção da punibilidade pela Lei de Anistia; e extinção da punibilidade pela suposta prescrição da pretensão punitiva.

E o Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, ora Relator, rejeitou a denúncia se utilizando do argumento de extinção da punibilidade pela anistia e pela prescrição da pretensão punitiva, sustentou a constitucionalidade da Lei 8.683/79, confirmada pelo STF no julgamento da ADPF nº 153, e ainda que tais crimes não estão dentre os crimes caracterizados como contra a humanidade e que, além disso, o Brasil não subscreveu a Convenção sobre imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, por esse motivo incidem os prazos prescricionais previstos no artigo 109 do CP. (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, 2019, p. 2).

3.1 Quanto à justa causa

A Desembargadora Simone Schreiber ao iniciar uma análise dos motivos que levaram à rejeição da denúncia, atravessa, primeiramente, um equívoco do juiz Alcir Luiz Lopes Neto, ao tratar dos termos Justiça de Transição e Tribunal de Exceção, como se sinônimos fossem.

Esclarece a Desembargadora que na Justiça de Transição a sociedade e o Governo se organizam e realizam diligências, com base em violações de direitos humanos que ocorreram em determinado momento histórico para que seja possível reparar os danos sofridos pelas vítimas, responsabilizar os violadores de tais direitos e promover uma harmonização. Trata-se de uma busca incessante pela não repetição de tais atos. A expressão Justiça de Transição não guarda qualquer

relação com o termo Tribunal de Exceção (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, p. 4, 2019).

O Juiz da 1ª Vara Criminal Federal ratificou a falta de indício de existência real da narrativa sustentando que as cópias de certidões da 3º Auditoria da 1ª Circunscrição Militar são as únicas provas válidas para a fundamentação da denúncia.

Perpassou a condenação de Inês pela Justiça Militar, como quem insinua um descrédito por conta das punições a ela infligidas, ou ainda que os abusos que sofrera são justificáveis diante dos crimes por ela cometidos. Desse modo, foi ignorado todo o material probatório que permitia o recebimento da denúncia, já que nesse momento são necessários apenas prova da materialidade e indícios mínimos de autoria (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, 2019, p. 6).

Houve o reconhecimento da prisão de Inês Etienne Romeu pelo Estado brasileiro no dia 05 de maio de 1971, e sua permanência no cárcere até o dia 29 de agosto de 1979, de modo que Inês ao prestar seu depoimento à OAB o fez apenas uma semana após ser liberta e, além disso, é completamente plausível a correção e alteração do depoimento, sendo certo que as afirmações ali contidas se tratam das declarações da vítima.

O STJ no Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial nº 1275084/TO consolidou que a palavra da vítima é válida como prova nos crimes praticados, de forma clandestina, nas relações domésticas ou nos crimes contra a dignidade sexual (VAZ, 2019 *apud* SCHREIBER, 2019).

É certo que, se em momentos de normalidade é reconhecida a desvantagem processual de uma vítima de crimes praticados de tal forma, cumpre razão essa desvantagem ser reconhecida ainda mais nos momentos de instabilidade democrática vividos no país (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, 2019, p. 8).

Não só na palavra da vítima se baseou a Desembargadora Simone Schreiber ao argumentar a favor da aceitação da denúncia, mas também em outras provas colhidas durante a fase investigatória que dão base às alegações de Inês Etienne Romeu, como busca e apreensão na casa do investigado, quebra de sigilo telefônico, admissão de que o acusado era caseiro da "Casa da Morte" e reconhecimento por fotografia

(PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, 2019, p. 9). E, com isso, reconheceu a justa causa para a ação penal.

3.2. Aplicabilidade da Lei nº 6.683/79

A despeito da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF 153, a Desembargadora Simone Schreiber expôs que a questão é que o controle de constitucionalidade tem como parâmetro a Constituição, enquanto o controle de convencionalidade possui como parâmetro os Tratados de Direitos Humanos assinados pelo Brasil, dessa forma a análise da constitucionalidade de uma Lei não deve excluir, necessariamente, a análise da convencionalidade da mesma Lei. (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, p. 14, 2019)

Quando se trata do Controle de Convencionalidade, leciona Carneiro (2014), há uma ligação na verdade com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, já que estes são os parâmetros adotados para que o controle seja realizado.

Com essa compreensão, é notável a possibilidade de uma lei ser considerada constitucional em um momento e, posteriormente, ser refutada a sua convencionalidade com base em tratados de direitos humanos.

O MPF formulou pedido no sentido de que fosse realizado o controle de convencionalidade da Lei de Anistia em face da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Desembargadora Simone Schreiber entendeu pela incompatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos e ainda pelo impedimento da aplicação da Lei 6.683/79. Sustentou que os crimes denunciados são considerados como crimes de lesa-humanidade e as normas de Direito Internacional consagram que o Estado tem o dever de identificar, julgar e punir os autores de tais crimes segundo as normas internas.

O conceito de crimes contra a humanidade foi previsto primeiramente no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e foi se tornando cada vez mais completo com o passar dos anos. Na década de 1970 havia o reconhecimento dos crimes de lesa-humanidade como aqueles que não atin-

gem apenas as vítimas contra as quais o crime foi cometido, mas sim toda a humanidade (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, 2019, p.20).

Os crimes imputados ao réu nesse processo são crimes conhecidos e previstos na legislação interna do país, quais sejam estupro e sequestro. O que os torna crimes contra a humanidade é o momento histórico em que foram praticados.

Não há qualquer dúvida sobre as violações de direitos praticadas durante o período ditatorial no Brasil, é sabido que eram praticadas torturas, espancamentos, ofensas sexuais, sequestros, desaparecimentos forçados dentre outras diversas formas de controlar os opositores políticos durante o regime, tratava-se da forma utilizada à época pelos detentores do Poder para que assim permanecessem.

Os crimes de lesa-humanidade já eram reconhecidos à época do acontecimento dos fatos, são crimes contra a humanidade e decorrem das normas do direito internacional que proíbem a criação de obstáculos para a investigação de tais delitos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar os casos Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") versus Brasil; e Herzog e outros vs. Brasil, indicou os dispositivos da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos que são incompatíveis com a Lei de Anistia.

A Lei de Anistia viola, mais especificamente, os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, tais artigos garantem a proteção das vítimas no que diz respeito à possibilidade de acesso à justiça e devida investigação, persecução, captura, julgamento e punição quando houver graves violações de direitos humanos. A Lei 6.683/79 em contrapartida limita o reconhecimento de violações que se deram no período que estava instaurado o Regime Militar no Brasil (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, 2019, p. 25)

Nos dois casos citados, é importante ressaltar que em suas condenações a omissão do Estado brasileiro se deram com base na falta do controle de convencionalidade na legislação interna do país, isso porque o Brasil não adequou as suas leis às disposições da Convenção. Há certamente uma resistência do Poder Judiciário para que adote a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos como parâmetro para

realização do controle de convencionalidade, como foi o caso do Desembargador Relator Paulo Espírito Santo, que sustentou que a competência da CorteIDH só se aplica para fatos ocorridos após 1998.

Todavia, é importante ainda ressaltar que as decisões da Corte são vinculantes, diferentemente das recomendações exaradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (*Ibidem*, p. 26-28).

Dessa maneira, o controle de convencionalidade deve ser exercido pelo Poder Judiciário de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos próprios Tribunais Superiores. A Desembargadora sustenta com isso que não é possível a aplicação de qualquer dos dispositivos constantes na Lei 6.683/79 que impeçam uma busca pela penalização de crimes cometidos contra a humanidade (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, 2019, p. 32).

3.3. Imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade

A imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade foi estabelecida na Convenção Sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Tal tratado não foi ratificado pelo Brasil, o que não deve afastar a sua obrigatoriedade para todos, já que o mesmo foi aprovado no ano de 1968, quando o país se encontrava em momento de extrema opressão e, certamente, não era interessante para os governantes aderir uma convenção nesses moldes.

Além disso, o Brasil no dia 6 de junho de 2002 por meio de Decreto Legislativo aprovou o texto constante no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional que certamente contempla a imprescritibilidade dos crimes previstos como de sua competência (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, p. 33, 2019).

O Tribunal Penal Internacional só é competente para julgar os crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, mas a questão é que, ao adotar o texto contido no tratado o Congresso entendeu pela imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, p. 33, 2019).

A imprescritibilidade de tais crimes, não conflita de forma alguma com a Constituição da República, já que nas relações internacio-

nais um dos princípios é a prevalência dos direitos humanos, como pode ser atestado no seu artigo 4º, inciso II. A aplicação da Lei de Anistia deve ser melhor discutida, não bastando para tal o julgamento da ADPF nº 153, que determinou sua constitucionalidade, muito há a ser debatido, principalmente porque, após esse julgamento, o Brasil sofreu duas condenações por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que foram, inclusive, o necessário para que se criasse no país uma Comissão da Verdade (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, 2019, p. 36).

CONCLUSÃO

É fato que a Lei 6.683/79 permitiu a transição do país da Ditadura Militar para o regime democrático. A questão é que a mencionada lei cumpriu seu papel, mas perdoou não só aqueles crimes praticados por opositores políticos – presos, torturados, mortos, desaparecidos e exilados – mas também os crimes de seus algozes.

Ao declarar constitucional a Lei de Anistia por sete votos a dois, o STF refutou a tese da não recepção constitucional. Compreendeu que a mesma foi promulgada por quem possuía legitimidade para tal. Por fim, compreendeu-se que todos os crimes que poderiam trazer materialidade a procedência da ADPF 153 já estão prescritos, o que tira dela todo o interesse jurídico.

Contrariando o julgamento da ADPF 153, no dia 14 de agosto de 2019, foi aceita a denúncia dos crimes de sequestro e estupro contra Antônio Wainer Pinheiro Lima, atualmente réu no processo de Inês Etienne Romeu, a Desembargadora Simone Schreiber se apoiou nos argumentos de que, primeiramente, o número de provas apresentadas era suficiente para aceitar a denúncia, além disso, a Lei 6.683/79 não deveria ser aplicada e a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade.

Na esteira de entendimento consolidado no STJ, entendeu que a palavra da vítima, nos casos de crimes praticados de forma clandestina, é válida como prova. Isso em momentos de normalidade. Em se tratando do período ditatorial que, certamente, as denúncias eram praticamente impossíveis, a palavra da vítima deve ser ainda mais valorada.

Ao contestar a aplicabilidade da Lei de Anistia, a Desembargadora trouxe em seu voto não o que já havia sido julgado pelo STF na ADPF 153, mas o chamado Controle de Convencionalidade, que nada tem com o Controle de Constitucionalidade, já que um tem como parâmetro os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não a Constituição, sendo certo que um dos controles não anula o outro, ou seja, é possível que uma lei seja considerada constitucional e posteriormente a sua convencionalidade seja contestada.

Importante ainda ressaltar que os crimes denunciados – sequestro e estupro – praticados desta maneira, no período em questão, são considerados crimes contra a humanidade e o Estado possui o dever de identificar, julgar e punir autores de crimes como esses, de modo que a criação da Lei de Anistia, lei essa que impede que tais criminosos sejam punidos, é proibida pelas normas de direito internacional dos direitos humanos.

Sobretudo há ainda que ser destacada a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, já que a própria Constituição da República coloca como um dos princípios internacionais a prevalência dos direitos humanos, o que sustenta a aplicação do previsto no Estatuto de Roma a respeito dos crimes de sua competência, ou seja, que tais crimes não prescrevem.

Conclui-se, portanto que há muito ainda que se discutir sobre a real aplicabilidade da Lei 6.683/79, bem como ainda é necessário discutir o direito interno tendo como parâmetro o Direito Internacional.

Além disso, afastar completamente a punibilidade dos crimes praticados durante a Ditadura Militar, aplicando a Lei de Anistia, entra em rota de colisão com os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil de forma livre e espontânea.

Mesmo diante das condenações da CorteIDH, o país reluta para que se mantenha o passado no esquecimento, essa falta de enfrentamento às graves violações de direitos humanos cometidas durante a Ditadura Militar gera uma dificuldade no que diz respeito à adoção de um modelo transicional adequado o que acaba por originar "[...] a perpetuação de estruturas de poder autoritárias e legitimação de violências policiais e torturas cometidas nos dias de hoje contra a população civil." (PROCESSO 0500068-73.2018.4.02.5106, 2019, p. 36-37).

Afastar a lei que anistia os sequestradores, torturadores e estupradores é a única forma de se encontrar alguma justiça para aqueles que sofreram tanto com os seus direitos violados durante o Regime Militar, entender que perdoar e esquecer o passado não é de forma alguma, uma porta para o futuro e sim punir aqueles que cometeram crimes repudiáveis para que, através da conscientização não seja possível um retorno aos momentos mais obscuros do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGNOLI, Helena et al. **50 Anos do Golpe:** a ditadura militar no Brasil. São Paulo: Editora Abril, 2014.

CARNEIRO, Romulo Almeida. **Aspectos Relevantes do Controle de Convencionalidade e Supralegalidade no Direito Brasileiro.** Âmbito Jurídico, 2014. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-125/aspectos-relevantes--do-controle-de-convencionalidade-e-supralegalidade-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 13 mai. 2020.

FRIEDE, Roy Reis. **Revisão da Lei de Anistia:** um contraponto. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2015.

GASPARI, Elio. **Coleção Ditadura.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Intrinseca, 2016.

MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia & Justiça de Transição**: O Redimensionamento do Debate e o Julgamento da ADPF 153 pelo STF. 22ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

NISTLER, Regiane. **Direito à memória como direito fundamental a partir da (In) constitucionalidade da Lei da Anistia**. 1ª ed. Editora Deviant, 2018.

OLIVEIRA, Joana. Em Caso Inédito, Militar Será Julgado por Estupro de Presa Política na Ditadura. El País, 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/14/politica/1565802126_256909.html>. Acesso em: 04 mai. 2020.

REIS, Daniel Araão. **Ditadura e democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014.

RIBEIRO, Amanda Brandão. **Relampejos do passado:** memória e luto dos familiares de desaparecidos políticos da ditadura civil-militar brasileira. São Paulo: Editora UNIFESP, 2017.

SOARES, Inês Virginia Prado. Justiça de Transição. Dicionário de Direitos Humanos, 2010. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+-transi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 06 mai. 2020.

SOARES, Ricardo Maurício Freire; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça; FREITAS, Tiago Silva. **O Direito Fundamental à Memória e à Verdade.** 22ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

O CRIME DE DESACATO E O DIREITO PENAL MÍNIMO

Yone Oliveira dos Santos

INTRODUÇÃO

A figura do desacato no direito penal consiste na tipificação do ato de desrespeito/desobediência a funcionário público; o referido tipo tutela a dignidade da função pública desempenhada, já que o artigo 331 do Código Penal restringe-se à conduta desrespeitosa contra aquele que está no exercício da função ou em razão dela.

A criminalização da conduta, para além da constatação de sua natureza de ilícito civil/administrativo, vai de encontro à ideia do Direito Penal Mínimo, na medida que a desobediência a funcionário público é passível de reprimenda por outros ramos do Direito. Ademais, verifica-se que o fato de a vítima ser um agente público também apresenta-se como uma qualificadora/causa de aumento de pena de outros tipos penais, a exemplo dos delitos contra a honra (art. 141, II do CP), moeda falsa (art. 289, § 3º CP), falsidade ideológica (art. 299, parágrafo único, CP), etc.

O tema ganhou notoriedade após decisão da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2016, no Recurso Especial nº 1.640.084/SP, que considerou o crime de desacato incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada como norma de caráter supralegal. Não obstante tal precedente, decisões posteriores do próprio STJ – terceira seção (HC 379.269/MS, de 2017), como também a recente decisão do STF (ADPF nº

496, de 2020) acabaram por sedimentar a validade do tipo penal no ordenamento jurídico pátrio.

A escolha do presente tema justifica-se ante a relevância que este denota, na medida que situa-se num liame tênue entre a liberdade do cidadão em criticar a conduta de um determinado funcionário público e a preservação do prestigio da função pública em questão; ademais, as discussões jurisprudenciais concentram os argumentos na recepção constitucional do dispositivo, pouco debruçando-se sobre a adequação do delito em questão ao caráter subsidiário do *jus puniendi*.

O problema de pesquisa situa-se no seguinte questionamento: como tutelar o respeito à dignidade do exercício da função pública, observando-se a fragmentariedade do direito penal e as consequências que a criminalização do desacato impõe à fiscalização da atividade pública? As hipóteses dividem-se entre a preservação da tutela do desacato por outros ramos do Direito (a exemplo do direito civil e administrativo) e na agregação de qualificadoras/causas de aumento de pena para outros tipos penais, os quais poderiam ser aplicados a distintas condutas, comumente classificadas como desacato (injúria, constrangimento ilegal, lesão corporal, dentre outras).

O objetivo, assim, é evidenciar melhores formas de tutelar o exercício da função pública, sem que para isso torne-se necessário fazer uso do *jus puniendi*, sobretudo levando-se em conta a aplicação massiva do Direito Penal em condutas de menor potencial ofensivo. A metodologia empregada é a revisão bibliográfica, elaborada através da análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais; por fim, as conclusões obtidas apontam para a necessidade de exclusão da figura do desacato da seara penal, na medida que o bem jurídico por este tutelado pode ser melhor resguardado por outros ramos do Direito, menos gravosos.

O DESACATO COMO TIPO PENAL

A introdução da figura do desacato no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a elaboração do Código Penal de 1890, ocasião na qual as condutas atinentes ao tipo eram mais detalhadas: "offendendo-o directamente por palavras ou actos, ou faltando á consideração

devida e á obediencia hierarchica" (art. 134 CP/1890). No Código Penal vigente (1940), a redação do artigo 331 permanece sem alterações, porém com espectro reduzido, vez que limita-se a tipificar o desacato cometido contra funcionário público "no exercício da função ou em razão dela".

Sobre o conceito do termo "desacato", cabe à doutrina explanar:

> O núcleo verbal do tipo penal é desacatar, todavia a letra fria da lei não nos descreve explicitamente o que vem a ser a conduta de desacatar e nem tampouco em que consiste o ato praticado que é o desacato. No que pese a lacuna da lei, em explicitar a ação de desacato, trazemos à baila do léxico, o significado do vocábulo desacatar como sendo: "faltar com o devido respeito a; desrespeitar". Na mesma linha de raciocínio o vocábulo desacato significa desrespeito. (JÚNIOR, 2017)

Compreende-se que o ato de desacatar está relacionado a toda e qualquer postura que denote desrespeito para com um determinado funcionário público, comumente associado a ofensas e/ou agressões, sejam elas físicas ou verbais. Ocorre que, na atual legislação penal, as ofensas e agressões físicas encontram-se tipificadas em outros institutos penais, a saber: injúria (art. 140), difamação (art. 139), calúnia (art. 138), constrangimento ilegal (art. 146) e lesão corporal (art. 129), elencadas no Código Penal. Capez (2016, p. 521) contribui com a análise, ao mencionar que o desacato consiste

> [...] no emprego de violência (lesões corporais ou vias de fato), na utilização de gestos ofensivos, no uso de expressões caluniosas, difamantes ou injuriosas, enfim, todo ato que desprestigie, humilhe o funcionário, de forma a ofender a dignidade, o prestígio e o decoro da função pública.

A definição do tipo, assim, torna-se tarefa difícil, uma vez que o campo de condutas abrangidas passa a ser reduzido com a existência de outros delitos previstos pela legislação; embora a figura do desacato se destaque por promover a proteção do prestígio da

função do Estado (representada na ação do funcionário público), há que se destacar que outras figuras delitivas já abrangem agravantes nas situações em que o agente estatal figura como vítima, a exemplo do art. 140, inciso II do Código Penal (aumento de um terço da pena para crimes contra a honra cometidos contra funcionário público, em razão de suas funções).

Oportunamente, há que se mencionar a classificação do tipo penal, para fins didáticos; é norma proibitiva, cujo agente ativo pode ser qualquer pessoa, "considerado pelo art. 327, caput, do CP, não abrangendo o equiparado" (CUNHA, 2015, p. 777), não possuindo modalidade culposa.

> O bem jurídico penalmente protegido é a Administração Pública, especialmente no tocante ao desempenho normal, à dignidade e ao prestígio da função exercida em nome do Estado. Secundariamente, também se resguarda a honra do funcionário público. (MASSON, 2014, p. 1182-1183)

Tem caráter duplo, uma vez que acaba por proteger dois bens jurídicos, sendo o imediato a dignidade da função pública desrespeitada pela conduta do agente infrator, enquanto que o bem jurídico mediato torna-se, obrigatoriamente, a honra do funcionário ofendido. A ação penal correspondente, todavia, adota o rito do juizado especial, vez que se trata de um delito com pena máxima não superior a dois anos, atraindo assim a incidência do art. 61 da Lei nº 9.099/95.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A RELAÇÃO PÚBLICO/PARTICULAR

O âmago da questão encontra-se na existência de um tipo penal que intimida o particular ante à atuação de um funcionário público, vez que penaliza condutas desrespeitosas, para além dos demais tipos penais; outrossim, a relação público/privada revela-se vertical, na medida que ao funcionário é garantida a fé pública e a presunção de legitimidade de suas ações. Furtado e Castro (2019, p. 1) lecionam:

> A Fé Pública é um instituto do Direito Administrativo que visa oferecer um crédito de veracidade aos agentes públicos. Trata-se de uma prerrogativa que advém do cargo exercido, cujo objetivo é oferecer amparo legal para o cumprimento de suas atividades, para a manutenção da ordem e do interesse público. Nas palavras de Sílvio Rodrigues "Como goza ele de fé pública, presume-se que o conteúdo do instrumento seja verdadeiro, até prova em contrário". (RODRIGUES, 2007, p. 268)

Há que se entender que não se está aqui a relativizar a supremacia do interesse público e a relevância das atividades administrativas; o questionamento direciona-se a utilização do Direito Penal para coibir atos de desrespeito ao funcionário público, quando outros institutos penais, quiçá demais ramos do Direito, já incidem sobre tais situações; ademais, a ausência de cordialidade, por si só, não representa sequer conduta ofensiva a ponto de justificar a incidência do *jus puniendi*, levando-se em conta que ações mais gravosas já se encontram tipificadas por outros dispositivos penais (injúria, lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal, por exemplo).

Tal foi o entendimento da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça quando, em 2016, julgou o Recurso Especial 1.640.084/SP; abaixo, segue trecho da ementa da decisão:

> A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. [...] A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. [...] Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato. (STJ - REsp: 1640084 SP 2016/0032106-0, Relator: Ministro RIBEIRO

> DANTAS, Data de Julgamento: 15/12/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2017)

A igualdade é, pois, o direito fundamental mais impactado com a tipificação do desacato, na medida que diversifica a criminalização de condutas desfavoráveis ao funcionário público, situando-o num patamar elevado quando comparado aos dispositivos que tutelam a honra do particular, inclusive em face de ato promovido por agente estatal. Há também limitação quanto à liberdade de crítica e inconformismo para com condutas desempenhadas por agentes públicos, uma vez que, supostamente, o sujeito evitará reclamar numa determinada situação, por receio de represálias.

> É evidente e irreprimível que, na qualidade de cidadão, este fará críticas ao funcionamento, organização das instituições públicas e àqueles exercem atribuições públicas. Dessa forma, denota-se que a tipificação de feitio implícito visa afugentar manifestações antagônicas às condutas dos agentes públicos, conferindo proteção excessiva a estes e inibindo manifestações contrárias ao Estado. É notório que estes estarão permanentemente sujeitos a fiscalizações e julgamentos, sendo inadmissível impedir o direito do cidadão em manifestar seu descontentamento com o serviço que lhe é prestado. (MENIS, 2018, p. 30)

Não obstante, mesmo que, "como garantia dos administrados há o crime previsto na Lei de Abuso de Autoridade, visando punir os abusos praticado por autoridade no exercício de sua função ou a pretexto de exercê-la" (JÚNIOR, 2017), o ordenamento jurídico protege sobremaneira o agente público; não que a sobreposição do mesmo evidencie um equívoco, porém, manter a tipificação da figura do desacato, hoje, não mais possui razão de ser, tendo-se em vista que a atual ordem democrática fundamenta-se na liberdade de expressão (art. 5º, IV, da Constituição Federal) e no controle social dos atos públicos, desdobramento do poder popular/princípio republicano (art. 1º, parágrafo único, da Carta Magna).

O RESP 1.640.084/SP E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

O Recurso Especial nº 1.640.084/SP foi um julgado da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, em 2016, reconheceu a incompatibilidade do desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos; o recurso versou, especificamente, quanto à convencionalidade do tipo penal frente o art. 13 da citada convenção (liberdade de pensamento e de expressão), interpretando o colegiado, à época, que criminalizar o "desrespeito" a funcionário público caracterizaria um abuso do controle estatal sobre a manifestação dos particulares.

O citado entendimento, contudo, fora superado pela própria corte, no Habeas Corpus nº 379.269/MS (2018), sendo levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), questionando a entidade não apenas a constitucionalidade do art. 331 do CP, como também a inobservância do princípio republicano (controle popular das ações do Estado).

Não obstante, o STF recentemente acabou por sedimentar o entendimento de que o crime de desacato é compatível com a ordem constitucional, mantendo sua vigência. A seguir, cita-se trecho do voto do relator, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 496, de 30 de junho de 2020:

> [...] o tipo penal deve ser limitado a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública, como a prolação de ofensa grosseira e exagerada ao agente de trânsito que, no cumprimento de seu dever, procura realizar testes de alcoolemia; o rasgamento de mandado judicial entregue pelo oficial de justiça; o desferimento de tapa em funcionário público que procura cumprir seu dever etc. E, ainda assim, normalmente sujeitará o seu autor a medidas despenalizadoras ou a penas restritivas de direitos. (BRASIL, 2020, p. 18-19)

A decisão, de plano, corrobora a posição deste autor, na medida que classifica como desacato situações abrangidas por outros tipos penais (ofensa grosseira e desferimento de tapa) e até mesmo ilícitos

de natureza cível/administrativas (rasgamento de mandado judicial). Portanto, limitar a incidência do art. 331 do CP a casos "graves" promove confusão jurídica, na medida que associa um grupo de condutas, simultaneamente, a dois ou mais institutos penais, bem como evidencia um uso desarrazoado do Direito Penal para tratar de situações de menor relevo; mesmo que o delito de desacato permita a incidência de institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, há que se considerar que utilizar o Direito Penal, em casos tais, foge à ideia do princípio da intervenção mínima direcionada a este ramo jurídico.

> Há um consenso internacional de que o direito penal moderno está em crise. Por esta razão, muitos têm defendido a sua redução ao mínimo, notadamente, levando-se em conta seu crescimento descomunal e o abuso político decorrente da criminalização. Assim, o direito penal, em vez de proteger, transformou-se em verdadeira ameaça ao cidadão, modificando-se de proteção da sociedade, para um perigo às suas instituições. (CUNHA, 2017, p. 69)

Penalizar condutas de menor relevo, a exemplo do desrespeito a funcionário público no exercício/em razão de suas funções (subsidiariamente a demais tipos penais) vai de encontro ao Direito Penal Mínimo, uma vez que promove a incidência do *jus puniendi* em situações melhor tuteladas por ramos do Direito menos gravosos; a exclusão da tutela penal, nesses casos, não representaria uma redução da relevância da atividade estatal, mas sim uma maneira de promover o equilíbrio social, respeitando-se os limites impostos pela subsidiariedade do Direito Penal, com vistas a aprimorar as sanções cíveis/administrativas decorrentes da afronta/desrespeito/desobediência ao agente que executa funções públicas.

REDAÇÃO ABERTA E FAVORECIMENTO A ARBITRARIEDADES

Outra preocupação que conduz a presente análise diz respeito ao fato de que, por ser um tipo penal aberto, o desacato deixa margem

para que o funcionário público, na qualidade de vítima, classifique uma gama de posturas como incursas no art. 331 do Código Penal; na exordial da ADPF nº 496, a Ordem dos Advogados do Brasil assim apontou:

> Trata-se de tipo penal aberto, o qual não descreve o que compreende a conduta de desatacar. Em razão da ausência de uma descrição adequada do tipo, a configuração do crime se sujeita a interpretação do julgador, o que possibilita a ocorrência de arbitrariedades por parte dos agentes públicos. Verifica-se, portanto, que o legislador não se desincumbiu devidamente da sua tarefa legislativa ao prever o crime de desacato de forma inespecífica, possibilitando o enquadramento das mais diversas condutas em um mesmo tipo.

Tal não é o objetivo da norma, por óbvio; porém, tal fenômeno revela-se como consequência negativa, sobretudo quando se leva em conta a possibilidade de o agente público agir de má fé, abusando de sua autoridade, aproveitando-se da presunção de legitimidade de suas ações, até que a parte prejudicada consiga comprovar o contrário. Nesse contexto, é possível mencionar, por exemplo, a situação em que um determinado agente de segurança pública promove a prisão em flagrante de um sujeito por este ter contestado uma autuação: inaugura-se antecedentes criminais de um indivíduo, conduze-o à delegacia, constrange-o na presença de populares, ao passo que raras vezes este conseguirá comprovar o suposto abuso da autoridade de que fora vítima.

> Ademais, é importante ainda se ressaltar um ponto: a sanção penal prevista no tipo de abuso de autoridade é significativamente de menor gravame do que a do desacato – o agente público pode, no máximo, ficar em regime de detenção por seis meses. Assim, percebe-se que o legislador não se preocupou tanto com o bem jurídico resguardado no tipo – as liberdades individuais, contraditoriamente, a exemplo do desacato. (SILVA, 2014, p. 55)

A atividade legislativa, assim, toma o centro da reflexão, uma vez que responde pela redação aberta do artigo 331 do Código Penal, bem como detém a prerrogativa de alterá-la e até revoga-la, a qualquer momento; não obstante, ressalte-se mais uma vez o fato de que não é pertinente ao Direito Criminal versar sobre o desacato, na medida que existem outros institutos jurídicos aplicáveis à matéria.

CONCLUSÃO

Compreende-se, desta forma, a dispensabilidade do tipo penal do desacato para a tutela da dignidade das funções públicas, tendo-se em vista a existência de outros institutos (penais, civis e administrativos) dispostos à tutela desse bem jurídico em específico, bem como a proteção da honra da pessoa que exerce a função objeto do desacato.

Portanto, restam confirmadas as hipóteses elencadas na introdução do presente trabalho, uma vez que a tutela penal para condutas desrespeitosas ao agente público revela-se desarrazoada, pois viola a subsidiariedade do Direito Penal e compromete o pleno exercício do controle social das condutas do agente público, uma vez que o cidadão quedará intimidado ante à possibilidade de responder penalmente por críticas e opiniões.

Alcançou-se, pois, o objetivo, vez que evidenciou-se melhores formas de tutelar o respeito ao exercício da função pública, a exemplo da incidência de sanções civis e administrativas (aplicação de multa, responsabilização civil, prestação de serviços à comunidade, dentre outras), genuínos mecanismos de controle da ordem e cujo custo-benefício não comprometerá a prestação da justiça criminal, tão demandada nos dias atuais.

Interessa mencionar, ademais, que o posicionamento da Suprema Corte, dada a sua recenticidade e seu caráter *erga omnes*, irá estabilizar, por ora, as discussões judiciais referentes à vigência do art. 331 do CP; porém, ressalte-se que o juízo de mérito da legislação infraconstitucional é incumbência do Poder Legislativo, que a qualquer momento poderá revogar o mencionado dispositivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. **Código Penal**. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=Art. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 379.269/MS, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 24.05.2017**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3/inteiro-teor-474450262. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.640.084/SP, Rel. Ribeiro Dantas, 15.12.2016**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424970279/recurso-especial-resp-1640084-sp-2016-0032106-0/inteiro-teor-424970313. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496/DF**, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 30/06/2020.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**: parte especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3.

CUNHA, Darlan Westphal Bittencourt da. **Abolição do crime de desacato**: estudo à luz da dignidade da pessoa humana do funcionário público em confronto com a liberdade de expressão do cidadão, no Estado Democrático de Direito. 2017. 81 f. Monografia (Graduação) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2017.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FURTADO, Júlia Morena Batista; CASTRO, Mariana Damázio de. O pressuposto da fé pública –a (i)legalidade da presunção de legitimidade do agente de trânsito. In: **VI JORNADA JURÍDICA DO SUL DA BAHIA** - Faculdade de Ilhéus, v. 1, n. 1, 2019, Ilhéus. Anais. Ilhéus: CESUPI, 2019.

JÚNIOR, Adalberto de Oliveira Cordeiro. O crime de desacato: uma análise da problemática atual acerca da "descriminalização". **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5136, 24 jul. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/59138. Acesso em: 11 jul. 2020.

MASSON, C. R. **Código Penal Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MENIS, Daniélli Terezinha. **O crime de desacato à luz do Pacto San José da Costa Rica.** 2018. 52 f. Monografia (Graduação) - Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018.

SILVA, A. F. A. . Desacato: proteção ao exercício regular da função pública ou de suas arbitrariedades?. **Revista Transgressões** , v. 2, p. 48-61, 2014.

ANÁLISE ECONOMICA DO CRIME E LAVAGEM DE DINHEIRO – BREVES NOTAS

Camila Witchmichen Penteado

INTRODUÇÃO

O Direito Penal contemporâneo possui baixa probabilidade de condenação e tendência de aumento de severidade das penas. Assim, tem sido um mecanismo ineficiente para com os objetivos pretendidos. O crime, em termos econômicos, normalmente compensa, em especial o crime de lavagem de dinheiro.

Com a evolução da sociedade e a queda das barreiras surge uma nova geração de bens jurídicos penais, como o meio ambiente e a ordem econômica. Os crimes econômicos, tais como a lavagem de dinheiro, são de extrema danosidade social, negam ao Estado o legítimo monopólio da violência, ameaçam e corrompem instituições e se caracterizam como uma ameaça para a democracia e a aplicação da lei.

A sociedade de risco (BECK, 2007) e toda transformação e desenvolvimento que experimentamos aliados à tecnologia propiciam novas formas de comportamentos que permitem produzir resultados especialmente lesivos. Estamos expostos a um processo de elaboração de novos riscos que podem trazer sérias consequências para a comunhão social. É inevitável a atuação do Direito Penal nas "novas" formas de criminalidade. A Análise Econômica do Direito possui ferramentas

importantes para auxiliar uma Política Criminal de Prevenção aos Delitos Econômicos.

São inúmeros os obstáculos confluentes para a ineficácia de uma política criminal de prevenção e repressão contra os delitos econômicos, em especial (FERNADEZ e BACIGALUPO, 2019, p. 47):

a) aparência externa de normalidade (aparência de licitude). Há grande dificuldade na identificação se uma operação mercantil é um ato específicos da atividade empresária ou algo ilícito.

b) ausência de negativa valoração social. O grande apreço aos valores materiais, o êxito econômico e o lucro como resultados de trabalho e esforços bem como a posição social do autor, fazem com que a opinião pública não reprove tanto tais comportamentos. A ideia com que os autores dos crimes econômicos não lesionam pessoas mas setores do Estado. A Vítima é abstrata, não sangra como as vítimas de crimes comuns, o que não causa tanto impacto social.

c)Manipulação de setores e pessoas.

d) Dificuldade na tipificação.

e) Caráter Transnacional dos delitos. Os delitos mais graves não se desenvolvem em um, mas em vários países, valendo-se de verdadeiras organizações cujo poder não consegue ser abatido no âmbito do controle nacional. (Necessidade de normas penais internacionais).

A lógica do Capital, o mercado como o grande vilão, consoante pensamento de Jessé de SOUZA (2018) bem como o objetivo de acúmulo patrimonial, têm reproduzido cada vez mais crimes e "criminosos" econômicos. Crimes diferentes possuem motivações diferentes. Por certo, as características e motivações dos delitos econômicos são fruto da evolução da sociedade capitalista e novos modelos de mercado. As motivações de quem comete este tipo de crime são absolutamente diferentes de quem comente um crime de rua.

O Direito Penal Econômico abrange infrações que vulneram bens jurídicos supra individuais de conteúdo econômico que podem ou não afetar diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal. A Análise Econômica do Direito trata do uso das ferramentas próprias da economia às normas e aos casos jurídicos, reinterpretando o ordenamento jurídico em conformidade com as escolhas racionais para que se

efetivamente compreenda os efeitos daquelas, assinalando também as consequências indesejáveis ou involuntárias que possam ocorrer.

AS NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE

A intervenção do Estado na Economia se dá através de vários órgãos que controlam a atuação dos agentes econômicos para o bom andamento dos sistemas financeiro, previdenciário, etc. Estas atividades funcionais configuram-se na dogmática penal contemporânea como verdadeiros bens jurídicos. Diante disto, conclui o Prof. Dr. Rodrigo Sánchez RIOS que o controle penal não estará direcionado apenas a prever e reprimir a lesão objetiva da conduta, mas também a inobservância de normas de organização na qual esteja inserida a finalidade pública da atividade funcional. (RIOS, p. 439, 1989)

O Direito Penal clássico tende a resistir à quebra de seus postulados, apresentando e dando sustentáculo a um arsenal punitivo incompatível com a tutela de bens coletivos, especialmente aos bens de natureza econômica. Sendo assim, alguns autores (principalmente os da "Escola de Frankfurt": HASSEMER, HERZOG, NAUCKE, ALBRECHT) criticam severamente a atuação do Direito Penal nestes novos setores, pois assim poderia se originar o sacrifício de garantias essenciais do Direito Penal clássico e até mesmo a sua condição de *ultima ratio*. Não obstante, parte da doutrina alemã se posiciona de forma contrária, ou seja, favorável a expansão do Direito Penal, no sentido de que este último abarque os comportamentos que afetam a economia. (RIOS, p. 434 – 437, 1989).

Tais autores – da Escola de Frankfurt – apontam diversos problemas quanto à idoneidade do Direito Penal para atuar no âmbito da economia, como a dificuldade de determinação e de conceituação de certos institutos, por exemplo, a necessidade de se definir o que é instituição financeira ou ordem econômica. Apontam ainda grande objeção quanto à construção dos tipos penais por meio de elementos normativos – que demandam valorações no tempo e no espaço – criando um tipo objetivo perpassado por tamanha fluidez, que poderá, efetivamente, violar a noção de legalidade.

As críticas em relação ao Direito Penal Econômico voltam-se também à utilização desmedida de crimes de perigo abstrato, à ausência de vítimas certas e pessoas determinadas, bem como o emprego de tipos penais vagos com bens jurídicos essencialmente abstratos.

Carlos MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, afirma que não haveria maiores problemas em adotar uma norma intermediária para as infrações menos graves de conteúdo econômico. Sustenta que há compatibilidade entre um "Direito de Intervenção" e o Direito Penal, assim os delitos de maior gravidade deveriam permanecer na esfera do Direito Penal clássico (podem inclusive, ser aplicada a pena privativa de liberdade) e o Direito de Intervenção seria um ramo sancionador, acessório que não contemplaria sanções mais graves e proporcionar formas mais abrangentes de imputação do que aquelas que disciplinam o Direito Penal nuclear. (BUJAN PEREZ, 2005, p. 29).

Jorge de Figueiredo DIAS defende um Direito Penal secundário, que, de um ponto de vista jurídico formal "*é o conjunto de normas extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo*." Explica que o Direito Penal Administrativo é fruto da sociedade contemporânea que para a preservação da ordem jurídica, erigiu certos bens imateriais e sem portadores individuais que até então haviam apenas integrado o "bem comum", para a proteção de bens jurídicos primários. (DIAS, 2000. p. 35)

Luís GRECO, contrapondo-se ao "Direito de Intervenção", afirma que não há razões para que o Direito Penal feche os olhos diante dos grandes perigos da sociedade atual: isto seria um anacronismo inocente. Nas palavras do referido autor, a sugerida alternativa poderia ser chamada de um "*solipsismo jurídico-penal*",[19] e não passa de um conceito

19 "O solipsismo (do latim *solus*-, "só", + *ipse*, "mesmo", + o sufixo ismo) é a conseqüência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles. Equivaleria à idéia do Eu como única realidade; tudo o mais não teria existência em si, ou, pelo menos, tal existência não poderia ser comprovada." SAVIAN FILHO, Juvenal. Em: Solipsismos, antropologias e halteres. Revista USP. n. 83 São Paulo nov. 2009. Disponível em: http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S0103-99892009000400017&script=sci_arttextAcesso em 29/05/2019.

sem contornos concretos que não traz garantias de que seria mais efetivo e menos rigoroso que o Direito Penal. (GRECO, 2006, p. 422)

Ressalta-se que a insistência na utilização dos aparatos clássicos do Direito Penal para problemas jurídico-penais do risco, persistindo em não enxergar as mudanças de paradigmas ou a tentativa de retirar do âmbito penal certas condutas extremamente danosas, não contribui em nada a não ser para a inoperância dos procedimentos tradicionais.

A propensão de rechaçar a tutela penal da atividade econômica certamente encontra raiz nas regras e na "macrológica" que seguem o Direito Econômico. O Direito Econômico não possui o formato dos ramos tradicionais do Direito, pois não se caracteriza pela matéria que trata, mas pelo tipo de lógica que dita as normas que se costuma identificar como sendo integrantes deste ramo. Suas normas estão estabelecidas nas legislações das mais diversas áreas, forçando os profissionais a identificá-las e procurar novos parâmetros de interpretação, adequando-as ao modo de que foram concebidas. Explica Roberto FERRAZ que o enfoque macrológico do direito econômico visa fazer justiça em um universo de relações agregadamente considerado, opondo-se ao interesse individual tradicionalmente concebido e por isso causa grande estranheza quando confrontado com os ditames tradicionais concebidos na dogmática clássica. (FERRAZ, 2010, p. 80/81).

É de se ressaltar que vivemos em uma época marcada por acelerado incremento tecnológico e evoluída organização sistemática, sendo constatado com perplexidade o rápido surgimento de alguns fenômenos decorrentes de tais mudanças, dentre eles, novas formas de delinqüência. Por outro lado, as ciências tradicionais nem sempre contam com um aparato analítico e dogmático que ofereça uma resposta condizente com os problemas decorrentes destes novos fatores. (TERRA, 1995, p. 231).

Portanto, é oportunamente colocada a necessidade de se revisar os conceitos teóricos tornando o Direito Penal mais realista e factível, intimamente relacionado às modernas demandas sociais, sem ignorar os serenos preceitos da dogmática tradicional, que obteve conquistas valiosas e sólidas, de caráter atemporal. (TERRA, 1995, p. 232).

É exatamente esta coerência, de se adequar a realidade social e considerar um universo agregado de fatores, que segue a "macrológica" do Direito Econômico e tal causa estranheza ao Direito Penal clássico como a qualquer outro ramo do Direito. Porém, com a aludida "macrológica" não se pretende extirpar os conceitos tradicionais das disciplinas clássicas, sendo perfeitamente possível conceber uma parte do Direito que cuide especialmente da relação do Direito Penal com o Direito Econômico com precisão e segurança sem contribuir à flexibilização de garantias criminais, mas apenas oferecendo uma resposta adequada ao dinamismo da sociedade atual.

Não obstante haja controvérsia na doutrina penal quanto à intervenção do Direito Penal na tutela da atividade econômica do Estado, o Direito Penal Econômico hodiernamente é reconhecido como uma sub-área do Direito Penal ou como um ramo autônomo do Direito co-existente com o Direito Penal clássico, legítimo e necessário para tutelar a economia e os bens de natureza coletiva.

Na proteção destes bens, ligados à atividade econômica e de mercado, o Direito Penal Econômico se desenvolveu juntamente com o intervencionismo estatal nesta área. Francisco MUÑOZ CONDE acentua que atualmente não há dúvidas de que o Estado deva intervir na economia. O que originariamente, sob o prisma do liberalismo se considerava uma anomalia, hoje é algo absolutamente normal sem o qual sequer a economia de mercado poderia sobreviver. (MUÑOZ CONDE, 1994, p. 9)

Cumpre justificar que os efeitos da criminalidade econômica, em sua maioria, são financeiros, sociais e imateriais (como por exemplo, a confiança no mercado). No Brasil não há uma estimativa das cifras que são movimentadas provenientes da criminalidade econômica. Com segurança, como afirma CALLEGARI, são milhões de reais todo ano. Além de toda a dificuldade em sua concepção dogmática, os delitos econômicos apresentam diversos problemas na investigação (que demanda conhecimentos específicos e técnicas especiais) e ainda o fator social, pois geralmente os autores de crimes econômicos possuem boa imagem perante a sociedade. (CALLEGARI, 2010, p. 23).

Portanto, adotando-se ou não a teoria da Sociedade de Risco proposta por Ulrich BECK, é certo que toda a transformação e desenvolvimento sociais que experimentamos aliados à tecnologia, propiciam novas formas de comportamentos que permitem produzir resultados especialmente lesivos. Estamos expostos a um processo de elaboração de novos riscos que podem trazer sérias conseqüências para a comunhão social, sendo que o Direito Penal e a ordem jurídica como um todo devem de ocupar de tais transformações.

Diante do exposto, pode-se verificar que o Estado em face dessa crescente criminalidade de altíssimo custo social foi compelido à criação de novos tipos penais com a intenção de proteger bens coletivos como a economia e o mercado financeiro. A necessidade de incriminar o delito de lavagem de dinheiro encontra respaldo nesta nova realidade e neste novo viés do Direito Penal clássico.

ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME

A Análise Econômica do Direito é inaugurada como disciplina própria à partir da década de 60, com os estudos de Guido Calabresi, Ronald Coase e Gary Becker.

Na Análise Econômica do Direito Positiva (repercussão do Direito sobre o mundo real), pondera-se os custos e os benefícios de cada alternativa. Já na Análise Econômica do Direito Normativa analisa como noções de justiça se comunicam com conceitos de eficiência econômica e maximização de bem estar, neste caso, ponderam-se os custos de oportunidade. As regras devem levar em conta a estrutura de incentivos criados e a possibilidade que os indivíduos alterem suas condutas. (SALAMA, 2010, p. 11). Assim, na Análise Econômica do Direito Normativa há preocupação com temas morais e com aquilo que é justo. A eficiência é uma preocupação, mas não como um valor a ser perseguido mas como um parâmetro a ser analisado.

Necessário salientar que a definição de eficiência não é fechada. Não há consenso sobre o conceito e há dúvidas se é um objetivo social legítimo a ser perseguido quando confrontado a equidade e a segurança jurídica. DWORKIN critica a teoria eficientista de POSNER e questiona a ideia do último de que se as regras jurídicas são justas desde que

promovam a riqueza. Seria a riqueza um valor? Porque a eficiência é importante? (BUBNIAK, 2017, p. 68)

Acredita-se que a eficiência instrumental é a categoria de análise adequada, ou seja, quando com os meios disponíveis se satisfaz com a maior quantidade de fins.

Como exemplo, as colaborações premiadas e os acordos de leniência, que, em troca de informações sobre atos de corrupção de diversos políticos, assume cumprir penas que se mostraram excessivamente brandas, com multas de valores ínfimos perto do seu patrimônio pessoal e de sua empresa. Em uma perspectiva meramente econômica é desejável que sejam concedidas as maiores benesses possíveis ao colaborador para a revelação do esquema criminoso. Pela proteção de bens juridicamente protegidos pelo Estado, considerando que o Direito Penal atua em última ratio e é regido pelo princípio da fragmentariedade, é inadmissível considerar essa lógica mercantil na solução de delitos pelo uso dos institutos da colaboração premiada. Afinal, não está em jogo pura e simplesmente a revelação da verdade pela investigação, mas a defesa daquilo que é considerado de máxima importância para a sociedade (SORRENTINO, 2017).

O desafio consiste em enriquecer o estudo jurídico por meio de um método que preocupado com as consequências práticas e com a eficiência na busca dos valores democráticos e desafios estabelecidos na Constituição ilumine problemas não solucionados pela autorreferencialidade do Direito sem superestimar suas contribuições.

BECCARIA (1764, p.100-130), já trazia propriedades a serem avaliadas na Política criminal de Prevenção e Repressão de crimes. Tais como: Proporcionalidade - quanto mais grave o delito, mais grave a pena. Proximidade - menor distância de tempo possível entre o delito e a pena aplicada. Certeza do castigo. Punição Exemplar. A sétima propriedade é a analogia entre a pena e o benefício do crime. A sedutora ideia de cometer o crime é suspensa pela certeza e gravidade da pena. Atribuição legislativa aos homens esclarecidos e o aperfeiçoamento da educação como melhor meio de prevenção de delitos.

A decisão de cometer um crime seria tão racional quanto a decisão de comprar ou vender um bem em um mercado. Deve-se estabelecer um preço alto o suficiente que deve dissuadir de praticá-lo.

Gary BECKER, (Economista e Professor da Universidade de Chicago) um dos precursores da análise econômica do crime, ganhou o prêmio Nobel em 1992, por ter estendido o domínio da teoria econômica para circunstâncias da vida humana alheias ao mercado. Tais como: casamento e o crime. Defendia a ideia de maximização das utilidades e que algumas pessoas se tornam criminosas não porque sua motivação básica difere da de outras pessoas mas porque seus benefícios e custos diferem. (MACHADO)

> Função:
>
> Oj(pj,fj,uj) -
>
> Oj - número de infrações cometidas por qualquer pessoa
>
> pj - probabilidade de condenação
>
> fj - qual punição para o caso
>
> uj- outras variáveis como renda e disposição para o risco.

Becker defende que diante da impossibilidade de eliminação completa da criminalidade é importante encontrar um nível "ótimo" de crime que em outros termos consiste na determinação de quantos crimes devem ser permitidos e quantos criminosos devem ficar impunes. Para dissuadir os indivíduos, a política deve assegurar que o crime não compensa por meio de escolhas, probabilidade das condenações, custo e elevação das punições. Becker defende que multas, por exemplo, teriam mais vantagens sobre as demais punições pois conservariam recursos, compensariam a sociedade, puniriam os criminosos e simplificariam a determinação ótima de probabilidade de condenação e gravidade das penas. (BUBNIAK, 2017, p. 89)

LAVAGEM DE DINHEIRO

Lavagem de dinheiro é o processo que objetiva disfarçar a origem criminosa dos proveitos do ilícito, é a incorporação à economia legal de bens que tem sua origem na criminalidade. De acordo com o GAFI, lavagem de dinheiro é a transformação dos produtos de um crime para

encobrir sua origem ilegal. Ela se desenvolve como um processo de fundamental importância nas atividades ilícitas, pois permite ao criminoso desfrutar dos lucros sem comprometer a sua origem e sem colocar em risco suas atividades.

Carlos ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (2000, p. 35) define lavagem de dinheiro como a "*incorporação aos círculos legais dos capitais ilicitamente obtidos*". No Brasil o conceito segue a tipicidade penal, ou seja, a lavagem é tida como a ocultação de bens, direitos ou valores que sejam oriundos de delitos.

Portanto, diante da ampla variedade de ações descritas como de risco não permitido, é adequado classificar o delito em questão como pluriofensivo. Atinge a ordem econômica, pois a circulação de bens e valores ilícitos não contribui para uma ordem econômica justa, ferindo, por vezes, até mesmo a livre concorrência, dificulta e impede a atuação da justiça, como um todo, bem como reforça a finalidade da tipificação do delito antecedente. (PENTEADO, 2010)

Verifica-se que a lavagem de dinheiro é um delito no qual, direta ou indiretamente, vários interesses são tocados. Como esta prática proporciona aparência lícita a ganhos ilegais, a criminalidade organizada acaba participando da vida econômica do país por meio de operações financeiras e da constituição de entidades e empresas destinadas a receber fluxos de capitais que serão utilizados em atividades de comércio. Esse financiamento ilegal acaba por contaminar a normalidade do contexto econômico, produzindo uma situação de intensa desigualdade entre os investidores lícitos e aqueles que buscam sua força em capitais de origem ignorada, além de ajudar a fortalecer cada vez mais as organizações criminosas.

CONCLUSÕES

Os métodos de análise econômica do crime são ferramentas imprescindíveis para as políticas criminais de prevenção e repressão aos crimes econômicos em especial ao delito de lavagem de dinheiro.

Embora a prevenção de um delito esteja sempre associada a imposição de uma pena, verifica-se a partir de uma análise econômica,

que passa-se a considerar também a probabilidade de uma imposição e os custos da imposição em relação aos ganhos provenientes do delito. Assim, por meio de uma análise econômica, encontram-se variáveis determinantes para a obtenção de políticas criminais mais eficientes.

Conforme já mencionado, a insegurança sistêmica da "sociedade de risco" de BECK, requer minimizar a expansão do Direito Penal e racionalizar sua atuação como um instrumento de controle social menos arbitrário e mais efetivo.

O Direito Penal é um sistema de proteção subsidiário de bens jurídicos e a subsidiariedade e a característica ultima *ratio* remetem inevitavelmente a noção de eficiência. A ideia principal é de conferir maior bem estar com o menor custo social possível.

A Análise Econômica do Direito Penal pode contribuir para tomadas de decisões menos lesivas aos direitos dos cidadãos e mais eficazes para proteção de bens jurídicos desconstruindo discursos expansionistas, complementando um estudo teórico com a prática.

Sabidamente, as decisões político criminais preferem por optar por um Direito Penal Simbólico. ROXIN, como já mencionado explica que são dispositivos penais que não geram efeitos protetivos concretos mas que servem a manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores.

As preferências humanas têm contexto cultural, político, social, antropológico, histórico, psicológico e até filosófico. Assim, a Análise Econômica do Direito não prescinde das contribuições das ciências sociais.

A motivação do crime não é apenas por ganhos monetários. A busca do "bem estar" pode ser por egoísmo, rancor, altruísmo, etc. Dentre os ramos do Direito o Direito Penal é o mais gravoso e o mais oneroso não apenas em termos econômicos mas também em relação aos direitos e garantias individuais. A intervenção desprovida de análise econômica leva a elevados custos sociais.

Acredita-se na aplicação da análise econômica do direito é um método eficaz das oportunidades delitivas. Especialmente do delito de lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ-SALA, Juan Walter. El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas. Disponível em: http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf

AMBOS, Kai. Lavagem de Dinheiro e Direito Penal. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2007.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El Delito de Blanqueo de Capitales. Marcial Pons. Madrid – Barcelona, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. Teoría Y Prátictica Del Derecho Penal – Tomo I. Instituto Universitário de Investigación Ortega Y Gasset. Marcial Pons – Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2009.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2006.

BALTAZAR JÚNIOR, O tipo Objetivo da Lavagem de Dinheiro. Em: Lavagem de Dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo e MORO, Sergio Fernando. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2007.

BAJO FERNÁDEZ, Miguel. E BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Econômico. Colección Ceura. Madrid. Editoral Centro de Estúdios Remón Areces, S.A. 2001.

BARROS. Marco Antônio de. Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição. 2007.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Hacia una nueva modernidad, Paidós, 1998.

BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Función Notarial Y Estructuración Jurídica de La Vida Económica. Em: Delitos Eco-

nómicos La función Notarial Y El Derecho Penal. Thompson Civitas. Editorial Arazandi. S/A. 2007.

BLANCO CORDERO, Isidoro. El Delito de Blanmqueo de Capitales. Arazandi. 2002.

BRANDÃO, NUNO. Branqueamento de Capitais e o Sistema Comunitário de Prevenção. Editora: Coimbra Editora Tema: Direito Penal Ano: 2002.

BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise Economica do Direito Penal Tributário: uma crítica ã política criminal brasileira. Dissertação de Mestrado. PUC/PR – 2017. Disponível em: www.pucpr.br. Acesso em: 20/02/2020

CALLEGARI, André Luís. Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro – Aspectos Criminológicos. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2003.

CALLEGARI, André Luís. Lavagem de Dinheiro. Editora Manole. Barueri/SP 2004.

CARLI, Carla Veríssimo de. O Sistema Internacional Antilavagem de Dinheiro. Em: Lavagem de Dinheiro Prevenção e Controle Penal. Org. Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre. Verbo Jurídico Editora. 2001.

CAVALCANTI, José Robalinho. O Sistema Nacional Antilavagem e seus Atores. Em: Lavagem de Dinheiro Prevenção e Controle Penal. Org. Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre. Verbo Jurídico Editora. 2001.

DIAS, José de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. Em: Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2000.

EXPÓSITO. Luis Manuel Lombardero. Blanqueo de Capitales. Prevención y represión Del fenômeno desde La perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria. BOSCH. Barcelona. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer; Fausi Hassan choukr; Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Roberto. A Macrológica do Direito Econômico. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 142.

FROSSARD, Denise. A Lavagem de Dinheiro e a Lei Brasileira. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. N° 01 – Ago –Set/2004.

GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os Princípios da Proteção de Bens Jurídicos e da Subsidiariedade no Direito Penal. Em: Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo – Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris.. 2006.

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Direito Penal Moderno. Em: Revista de Estudos Criminais. n. 08. Ano 02.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal:* Parte General. 4.ª ed. Granada: Editorial Comares, 1993

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O Sistema Nacional Antilavagem de Dinheiro: As Obrigações de *Compliance.* Em: Lavagem de Dinheiro Prevenção e Controle Penal. Org. Carla Veríssimo de Carli.Porto Alegre. Verbo Jurídico Editora. 2001.

MACHADO, Luiz Alberto. Tributo a Gary Becker. Disponível em: http://corecondf.org.br/a-teoria-economica-perde-um-de-seus-pensadores-mais-criativos/ Acesso em 01/02/2020.

MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de Dinheiro. (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. Editora Malheiros. São Paulo.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ. La Dimensión Internacional del Blanqueo de Dinero. Em: El fenómeno de la internacionaliza-

ción de la delincuencia económica. N. 61. Estudios de Derecho Judicial. Madrid. Consejo General Del Poder Judicial. 2005.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. ?Qué se Protege En El Delito de Blanqueo de Capitales?: Reflexões Sobre um Bien Jurídico Problemático, Y A La Vez Aproximación a La Participación En El Delito. Em: Política Criminal Y Blanqueo de Capitales. Editores: Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo. Marcial Pons. Madrid – Barcelona – Buenos Aires. 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Princípios Politico-criminales que Inspiran El Tratamiento de los Delitos Contra El Ordem Socioeconômico em el Proyecto de Codigo Penal Español de 1994. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 03 – n. 11 – julho – setembro – 1995.

PENTEADO, Camila Witchmichen. Reflexões sobre o bem jurídico tutelado no delito de lavagem de capitais. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/camila_penteado.html Acesso: 04/06/2019.

PIMENTEL, Manuel Pedro. Direito Penal Econômico. Revista dos Tribunais. São Paulo. RT. 1973.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. Lavagem de Dinheiro – A Tipicidade do Crime Antecedente. São Paulo RT, 2003.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6. n. outubro-dezembro 1998.

PRADO, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2005.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Advocacia e Lavagem de Dinheiro. Editora Saraiva – GV Law, São Paulo, 2010.

RIOS, Rodrigo Sánchez. A Política Criminal Destinada à Prevenção e Repressão da Lavagem de Dinheiro: O Papel do Advogado e suas Repercussões. Em Direito Penal Econômico – Análise Contemporânea. Série GV law. Coordenadores: VILARDI,Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. São Paulo. 2009.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões Sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação. Revista dos Tribunais. Ano 89 – Maio de 2000. Vol 775.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Evasão de Divisas e Lavagem de Dinheiro. Direito Federal. Revista da AJUFE. Associação dos Juízes Federais do Brasil. Ano 21 – Número 70.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org, e Trad. André Luís Callegari et Nereu José Giacomolli. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2006.

ROXIN, CLAUS. Derecho Penal Parte General - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito; tomo 1. Tradução e notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier De Vicente Remesal;. Civitas; Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Trad. Luís Greco. 2 tiragem. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2002.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Spread bancário e enforcement contratual: hipótese de causalidade reversa e evidência empírica. *Working paper Direito GV. FGV working paper series*. São Paulo: FGV, 2017. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/125/

SANCTIS, Fautos Martins de. Combate a Lavagem de Dinheiro. Editora Mllenium.Campinas. 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral. 3ª Edição. Revista e Ampliada. Lúmen Júris Curitiba. ICPC, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Série As Ciências Criminais no Século XXI, Volume 11. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

SORRENTINO, Walter. Análise Econômica do Direito como instrumento de justiça social. Disponível em: https://waltersorrentino.com.br/2017/07/20/analise-economica-do-direito-e-instrumento-de-justica-social-por-jose-eduardo-figueiredo/. Acesso em 06/04/2019.

SOUZA, Jessé. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais. Rev. Bras. Estud. Urbanos Reg. vol.20 no.3 São Paulo set./dez. 2018

A CONTRIBUIÇÃO DA EPIGENÉTICA NA COMPREENSÃO DA OCORRÊNCIA DE PRÁTICAS DELITUOSAS

Amanda Bodart Lima
Juracy José da Silva

1. INTRODUÇÃO

Em busca de respostas concretas, intrigados com as causas da criminalidade, personalidade do criminoso, práticas punitivas atuais e todos os elementos que permeiam o crime, muitos pesquisadores se propõem ao estudo do conjunto de conhecimentos na área da criminologia.

Ao contrário dos amantes do Direito Penal, que não costumam levar em consideração outras ciências, os apaixonados por criminologia fazem questão de recorrer às outras áreas do saber, buscando explicação para aquilo que o mundo do Direito não proporciona.

Com a evolução primária das pesquisas na área médica, iniciaram-se as teorias a respeito do "determinismo genético" ou "determinismo biológico", que representa a ideia de que o comportamento do indivíduo é determinado pela sua genética, ideia que teve base nos estudos de um seguidor de Darwin, Francis Galton, biólogo, geógrafo e estatístico, que defendia a determinação hereditária tanto das características físicas como das capacidades mentais, afirmando que poderia aperfeiçoar a espécie humana a partir da seleção de cruza-

mentos. Teoria que se perpetuou até as primeiras décadas do século XX. (SILVA, 2014).

Em meados de 1940, Conrad Hal Wadding cunhou o termo "epigenética" pela primeira vez, contrariando, ainda que de forma inicial, grande parte do que a comunidade científica acreditava a respeito dos genes, demonstrando a capacidade de interação gene-ambiente que influenciaria o desenvolvimento do indivíduo.

Apesar de ainda estar buscando o seu espaço, estudos recentes já demonstram que a epigenética é capaz de auxiliar na compreensão das práticas delituosas, revelando, por exemplo, que ambientes hostis tendem a modular o funcionamento dos genes dos indivíduos. (DANTAS, 2018).

Assim, o presente artigo visa realizar uma abordagem do conceito de epigenética, apresentando um pouco do que tem sido produzido e discutido com relação ao tema na área da criminologia.

2. ASPECTOS GERAIS DA EPIGENÉTICA

Originário do prefixo grego *epi,* que significa "sobre" ou "acima de", o termo epigenética quer dizer "sobre a genética".

Trata-se do estudo de mudanças herdadas nas funções dos genes, provocadas por fatores endógenos (fatores determinantes inerentes ao organismo) ou exógenos (fatores determinantes que dizem respeito ao ambiente), ou seja, elementos que influenciam a genética.

O termo foi utilizado pela primeira vez pelo pesquisador britânico Conrad Hal Waddington por volta de 1940-1950, em seu trabalho chamado "The epigenetic landscape"**,** que trata sobre a demonstração visual de um conjunto de escolhas com as quais uma célula embrionária se depara durante o desenvolvimento, a partir das quais ocorre a diferenciação de um tecido para outro. (GOLDBERG et al, 2007).

De acordo com Waddington, a epigenética consiste em eventos que conduzem ao desdobramento do programa genético para o desenvolvimento. De forma simplificada, a ideia do biólogo demonstra que nem todos os genes inseridos em nosso DNA estão ativos e afirma que

um gene pode ser ativado ou desativado de acordo com as influências, estímulos e pressões ambientais que atingem o indivíduo. A exemplo, pesquisas demonstram evidências de que os indivíduos expostos à fome costumam desenvolver melhores mecanismos para armazenar gordura e açucares. (DANTAS, 2018).

Apesar de possuir sua origem datada em meados de 1940-1950, a epigenética ainda é um dos ramos mais atuais da genética e da biologia molecular, possuindo contribuições extremamente relevantes em diversas áreas, vez que desmistifica a chamada "ditadura dos genes", também conhecida como "determinismo genético", teoria que vigorou durante muito tempo, considerando os genes como a única forma de transmissão das características biológicas hereditariamente, razão pela qual diversos estigmas foram criados, como, por exemplo, o desestímulo à adoção de crianças, pois se acreditava que, caso os pais biológicos fossem criminosos, a criança estaria determinada geneticamente ao mesmo fim. (IANDOLI, 2018)

Superada, entretanto, essa ideia, atualmente existem estudos avançados no campo da epigenética que demonstram as evidências da herança não-genética, ou seja, as variações não-genéticas decorrentes da interação do meio ambiente com o DNA podem ser transmitidas para os descendentes, fenômeno conhecido como "herança epigenética". (SKINNER, 2016).

Marcelo Fantappié, professor associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro e pesquisador do laboratório de Helmintologia e Entomologia Molecular do Instituto de Bioquímica Médica da UFRJ, em seu artigo "Epigenética e Memória Celular", publicado pela Revista Carbono, em 2013, faz uma excelente explanação acerca do tema, demonstrando que a herança epigenética já estava presente nos argumentos dos naturalistas do século XVIII, vez que Jean Baptiste Lamarck acreditava que a evolução ocorria, em parte, através de características adquiridas durante a vida.

Em sua teoria, Lamarck falava sobre a lei do uso e do desuso, que resultou da observação de que certos órgãos se desenvolvem mais com a sua utilização, entretanto ficam atrofiados quando em desuso. Como exemplo, o naturalista citava o pescoço das girafas que, a partir da ne-

cessidade de alcançar folhas mais altas nas árvores, teriam desenvolvido a musculatura esticando seus pescoços, o que fez com que ficassem tão longos, sendo tal característica transmitida hereditariamente, tornando a próxima geração mais apta ao ambiente.

Assim, a teoria de Lamarck se aproxima do que é estudado hoje na epigenética, porém com algumas diferenças cruciais, pois a mudança nos genes é lenta e pode demorar muito tempo para que ocorra o processo descrito por Lamarck a respeito da transmissão hereditária das características adquiridas. Todavia, através do estudo da epigenética, foi possível observar que tais mudanças podem ocorrer de forma mais rápida devido às influências recebidas pela célula.

A Drª Maria Lúcia Corrêa Giannella (2014), pesquisadora com ênfase em diabetes e nas áreas de Biologia Celular e Molecular, explica que, inicialmente, nos estudos da genética havia uma busca pelos genes que, supostamente, determinariam o Diabetes tipo 2, entretanto, no decorrer do desenvolvimento dessas pesquisas, poucos genes com grande impacto foram encontrados, levando os estudiosos ao o epi genoma, ou seja, o estilo de vida do indivíduo, se pratica ou não atividades físicas, entre outros fatores externos capazes de influenciar os genes.

A partir disso, caíram por terra as afirmações que levavam os pesquisadores a acreditarem que os indivíduos desenvolvem doenças crônicas apenas devido à sua genética, uma vez que agora se sabe que os fatores ambientais são necessários para o desenvolvimento da doença, não havendo um gene capaz de garantir sua manifestação sem que exista influência de componente ambiental nesse sentido.

Cesar Vasconcellos de Souza, médico psiquiatra e produtor de textos, em seu artigo "Epigenética e Comportamento Humano" (2016), vai além e afirma, com base nos estudos de Eric R. Kandel, que o processo pode ocorrer, inclusive, quando o ser humano ainda está no útero da genitora, recebendo estímulo de tudo que ocorre no ambiente, bem como nos pensamentos e sentimentos desta, que produzem influências epigenéticas sobre o comportamento do feto.

Portanto, a epigenética pode ser definida como a interação gene-ambiente que influencia o desenvolvimento, de forma que o meio

ambiente consegue modular a expressão gênica de acordo com experiências individuais, estilo de vida, entre outras influências externas.

3. O ESTUDO DAS PRÁTICAS DELITUOSAS A PARTIR DA EPIGENÉTICA

As descobertas acerca da epigenética se mostram extremamente relevantes para diversas áreas, na medida em que são capazes de explicar situações que não encontram respostas nos estudos da genética.

Mesmo se tratando de uma descoberta relativamente antiga, datada de meados de 1940, apenas nos últimos anos a epigenética começou a ser explorada, uma vez que era vista com maus olhos pelos pesquisadores devido a sua semelhança com a teoria de Lamarck, que se encontrava superada pelas teorias de Darwin.

Todavia, com as recentes descobertas acerca da epigenética, muitos pesquisadores se interessaram pelo tema, desenvolvendo estudos que visam compreender as práticas delituosas a partir dessa ciência. Os estudos, ainda que iniciais, já demonstram, por exemplo, que ambientes hostis tendem a modificar o funcionamento dos genes dos indivíduos. (DANTAS, 2018).

A teoria encontra fundamentos na obra de Adrian Raine, "A anatomia da Violência, as raízes biológicas da Criminalidade" (2013), na qual o autor aborda o desenvolvimento da biologia humana, elucidando que essa se deu em um ambiente selvagem que exigia práticas violentas para garantir a sobrevivência, vigorando a "lei do mais forte". Situação que foi remodelada com a origem da civilização, onde as capacidades intelectuais passaram a ser mais valorizadas do que a violência em se tratando de vantagem evolutiva.

Contudo, a civilização ainda é um processo recente da humanidade, razão pela qual a obra de Adrian Raine explana que a biologia humana ainda mantém os genes determinantes para o comportamento violento que foram adquiridos por nossos antepassados devido à necessidade de lutar por sobrevivência.

Porém, da mesma forma que os estudos direcionados a localizar os genes de doenças crônicas não encontram elementos suficientemente responsáveis, havendo sempre um componente gênico e um

componente ambiental para a manifestação da doença, os genes que determinam comportamentos violentos também não são absolutos, necessitando de elementos ambientais capazes de contribuir para esta manifestação, segundo Raine.

Seguindo a linha mencionada pelo psiquiatra Cesar Vasconcellos de Souza, em seu artigo "Epigenética e comportamento Humano" (2016), citado no tópico anterior, esses componentes ambientais que, somados ao gene, possibilitam o desencadeamento do comportamento violento, podem ser adquiridos pelo indivíduo ainda no útero da genitora, vez que o feto recebe influências sobre o ambiente ao redor, bem como dos sentimentos e pensamentos da mãe.

Em seu artigo de título "O crime biológico: implicações para a sociedade e para o sistema de justiça criminal" (2008), Adrian Raine discorre, dentre outros tópicos, sobre o papel do ambiente social para a ocorrência de práticas delituosas. Apesar de reconhecer a importância dos fatores genéticos e neurobiológicos para o entendimento do que chama de "mente criminal", por acreditar que os fatores genéticos possuem grande importância para o desenvolvimento do comportamento violento, afirma que os genes não são imutáveis, tendo em vista que as influências ambientais e psicossociais sofridas pelo indivíduo em fase de desenvolvimento podem alterar a expressão do gene, o que altera o funcionamento cerebral e resulta em um comportamento antissocial.

Trata-se de observação extremamente importante, uma vez que os indivíduos estão, desde o seu nascimento, buscando adaptar-se ao meio, respondendo aos estímulos e influências que sofrem. Nesse sentido, têm-se que as fases de desenvolvimento e aprendizagem ocorrem na infância e juventude, assim, expor estes indivíduos aos ambientes negativos, causa, consequentemente, sua adaptação a este meio.

Raine menciona que o comportamento violento e criminoso, quando combinado com fatores de risco sociais e biológicos, aumenta exponencialmente. Nesse sentido, cita estudos de diversos países que demonstraram que complicações durante o nascimento podem interagir com ambientes familiares negativos de forma a criar uma predisposição à ocorrência de infração violenta na vida adulta.

Raine destaca as evidências de que a mutação no gene da MAO-A juntamente com maus tratos na infância pode predispor o comportamento antissocial em adultos.

Um estudo publicado em 2014 na revista especializada "Molecular Psychiatry", realizado com 800 finlandeses condenados por crimes violentos e não violentos, em comparação com a população em geral, encontrou dois genes (MAO-A e CDH13), que estariam associados "a comportamentos extremamente violentos", sendo um deles o mesmo gene mencionado por Adrian Raine (MAO-A).

A pesquisa mencionada não foi concebida para explicar o impacto das variações genéticas e os próprios os autores afirmam que outros genes também podem desempenhar um papel, direta ou indiretamente nesse sentido.

Entretanto, apesar de se tratar de estudo direcionado para a o campo da genética, é possível extrair algumas observações relevantes que nos levam a confirmar as teses firmadas a respeito da epigenética, tendo em vista que, de acordo com os autores, as duas versões dos genes são comuns em diversos indivíduos, sendo encontrados em um a cada cinco indivíduos, mesmo que a maioria não cometa ações violentas durante a vida. Relatam ainda que, no mesmo estudo ainda existem indivíduos que mesmo sem possuir essas versões dos genes, estão no grupo "ultra-violento" estudado, reforçando a ideia de desconstrução do chamado "determinismo genético" e, ao mesmo tempo, sendo um indicativo de confirmação da teoria de Adrian Raine no sentido de que, devido ao pouco tempo de civilização que possuímos como sociedade, ainda mantemos os "genes da violência".

Conforme já mencionado, para Adrian Raine, os fatores ambientais e sociais, bem como os fatores genéticos e neurobiológicos possuem a mesma importância quando se trata do comportamento violento que leva o indivíduo à prática de delitos, todavia, Raine menciona que, nas situações nas quais o estudo do caso do indivíduo não apresenta fatores de risco sociais que o levem ao comportamento antissocial, os fatores biológicos acabam se destacando. Assim também é na situação contrária, quando o indivíduo está

inserido em um contexto familiar negativo, o fator biológico fica camuflado pelas causas sociais do crime.

Diante das evidências mencionadas, pela comprovação de que os genes não são imutáveis, a epigenética traz a possibilidade de alteração da expressão dos genes através da influência de fatores ambientais, o que faz com que os pesquisadores comecem a questionar quais seriam os meios cabíveis para tratamento e prevenção de violência, comportamento antissocial e práticas delituosas. (RAINE, 2008).

Nesse sentido já existem pesquisas que demonstram o comportamento antissocial do indivíduo relacionado à deficiência alimentar nos primeiros 03 (três) anos de vida, causando deficiência do funcionamento cerebral, o que resulta em disfunções neurocognitivas que são fatores de predisposição ao comportamento antissocial. (RAINE, 2008)

Considerando a pesquisa citada, é possível verificar que a solução pode ser mais simples do que o imaginado. Nesse sentido, Adrian Raine menciona que programas de prevenção que controlam a alimentação dos indivíduos durante a infância já existem e, como resultado, geram a redução da prática de crimes.

Não há, entretanto, como abordar as práticas violentas e a epigenética sem abordar os transtornos mentais, tendo em vista que os mecanismos epigenéticos são considerados umas das principais apostas das pesquisas atuais em psiquiatria, por apresentarem explicação a partir da interação da herança genética do indivíduo e os fatores ambientais, que gera alterações na expressão do material genético, culminando na determinação das características que serão desenvolvidas no indivíduo. (FREITAS-SILVA, 2014).

Nesse sentido, Adrian Raine (2008), afirma ser possível concluir, com base nos diferentes paradigmas clínicos da neurociência, que há uma significativa base cerebral no comportamento antissocial e que tais processos neurocomportamentais possuem grande relevância para a compreensão da violência na sociedade.

Assim, menciona as implicações neuroéticas e neurolegais a respeito do tema, questionando acerca dos elementos: Responsabilidade e punição. O indivíduo que apresenta disfunções cerebrais deve ser inteiramente responsabilizado em caso de cometimento de uma prática delituosa?

Raine, ainda demonstra, em seu artigo "O crime biológico: implicações para a sociedade e para o sistema de justiça criminal" (2008), que os indivíduos que demonstram comportamentos antissociais possuem os circuitos neurais prejudicados no que se refere ao sentimento, moral e tomada de decisão. Assim, aborda o tema de uma perspectiva de julgamento moral, questionando se tais indivíduos teriam a capacidade de distinguir o certo do errado, não no que se refere ao conceito legal dos termos, mas sim com relação ao sentimento.

O questionamento trazido pelo autor é de extrema relevância, tendo em vista que se acredita que as emoções sejam o elemento central para o julgamento moral.

Portanto, apesar de a epigenética trazer imensa contribuição para a criminologia, ainda há grande a discussão que circunda o tema, e certamente ainda há muitas descobertas a serem realizadas nesse sentido.

Mesmo não esgotando o conteúdo, é importante reconhecer sua relevância, pois além de afastar a ideia trazida pelo determinismo genético, utilizado por muito tempo para embasar teses racistas (**DANTAS, 2018),** a epigenética traz significativas contribuições, tanto para a área médica como para a criminologia, que tem se utilizado das descobertas da epigenética para desenvolver teses acerca dos fatores que permeiam o crime.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A epigenética traz consigo a possibilidade de modulação da expressão gênica através da interação gene-ambiente, acabando com a ideia do "determinismo genético" e trazendo ao mundo uma nova visão da genética humana e sua interação com o meio ambiente.

Nessa perspectiva, mesmo que o indivíduo possua determinado gene, isso não será determinante para o desenvolvimento de uma característica, uma doença ou, no caso do tema do presente artigo, o comportamento violento que leva o indivíduo ao cometimento de práticas delituosas. Havendo, assim, a necessidade de um fator externo que faça pressão suficiente para desencadear a característica.

Como menciona Skinner (2016): "A regulamentação da biologia

nunca envolverá um 'processo apenas genético', nem um 'processo somente epigenético'. Eles são completamente integrados."

Apesar de se tratar de uma descoberta relativamente antiga, uma vez que o termo foi utilizado pela primeira vez em meados de 1940, pelo pesquisador Conrad Hal Waddington, a epigenética não obteve muito crédito na época em que o pesquisador propôs a ideia, pelo fato de possuir semelhanças com a teoria de Jean-Baptiste de Lamarck, que se baseava na lei do uso e do desuso, resultante da observação de que certos órgãos se desenvolvem mais com a sua utilização, ficando atrofiados quando em desuso e que tais características eram adquiridas devido a necessidade e transmitidas hereditariamente, tornando a próxima geração mais apta ao ambiente. Superada a teoria de Lamarck, até então, pela teoria evolucionista de Charles Darwin.

Entretanto, nas últimas décadas, as teorias relacionadas à neurociência conseguiram destaque com relação a formação de patologias mentais, através dos estudos dos componentes genéticos e cerebrais, em busca das causas ou determinações genéticas dos transtornos mentais relacionados à violência, o que abriu espaço para a epigenética. (FREITAS-SILVA, 2014).

Dada a sua complexidade, ainda há muito a ser descoberto, razão pela qual a epigenética deve ser estudada com cautela, por se tratar de estudo em desenvolvimento. Todavia, as pesquisas direcionadas à criminologia com base na epigenética, já possuem contribuições significativas para a compreensão dos elementos que levam o indivíduo à prática delituosa, como demonstram os estudos de Adrian Raine, que demonstram que ambientes hostis podem modular o funcionamento dos genes do indivíduo em desenvolvimento, conduzindo-o a uma alteração do funcionamento cerebral que resulta em um comportamento antissocial, capaz de levar o indivíduo à prática violenta.

O tema é de grande relevância e utilidade, pois além de auxiliar na compreensão dos fatores que levam o indivíduo à violência, também tem sido utilizado para a produção de pesquisas focadas em como reverter ou evitar o comportamento violento através do mesmo mecanismo, ou seja, controlar os fatores de riscos externos que são capazes que desencadear o comportamento antissocial do indivíduo.

É, ainda, necessário mencionar que o controle dos fatores supramencionados deve ocorrer ainda quando o indivíduo se encontra na vida intrauterina, de acordo com Cesar Vasconcellos de Souza (2016), tendo em vista que o feto também sofre com as influências recebidas pela genitora.

Raine (2008), ainda alerta que já existem programas de prevenção que controlam a alimentação dos indivíduos durante a infância e, como resultado, geram a redução da prática de crimes.

Acentua-se ainda que a deficiência alimentar na infância e ambientes hostis são apenas alguns dos fatores ambientais citados que podem desencadear o comportamento antissocial nos indivíduos pois, como mencionado ao longo deste artigo, a epigenética ainda está sendo descoberta, e possivelmente ainda trará muitas respostas.

Dessa forma, mesmo ainda sendo pouco explorada pelos pesquisadores da área, a epigenética tem sido uma grande descoberta para a criminologia, trazendo contribuições significativas para os estudos acerca do crime, possibilitando uma maior compreensão dos fatores genéticos e ambientais que propiciam a ocorrência de práticas delituosas, além de auxiliar na elaboração de possíveis soluções e prevenções para o problema da violência, posto que, em tese, o controle do ambiente possui o condão de evitar e, até mesmo, reverter os fatores de risco que levam o indivíduo à prática do crime, como se extrai das informações trazidas no presente artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DANTAS, Rafael. Proteção integral de crianças e adolescentes e a epigenética. 25 de janeiro de 2018. LFG. Blog Acontece. Disponível em <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/protecao-integral-de-criancas-e-adolescentes-e-a-epigenetica>

Estudo retoma polêmica sobre genética e criminalidade. G1 – Ciência e Saúde. 29/10/2014. Disponível em <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/10/estudo-retoma-polemica-sobre-genetica-e-criminalidade.html>

FANTAPPIÉ, Marcelo. Epigenética e Memória Celular. Revista Carbono - 3ª ed.; 2013.

FREITAS-SILVA, Luna Rodrigues; ORTEGA, Francisco Javier Guerrero. A epigenética como nova hipótese etiológica no campo psiquiátrico contemporâneo. Physis, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 765-786, set. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312014000300765&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 12 jul. 2020.

GIANNELLA, Maria Lúcia Corrêa. In: 11° Congresso Paulista de Diabetes e Metabolismo, 15 e 17 de maio de 2014, Guarujá, SP.

GOLDBERG, Aaron D; ALLIS, C. David; BERNSTEIN, Emily. Epigenetics: A Landscape Takes Shape, Cell, Volume 128, Issue 4, 2007, Pages 635-638. Available from: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0092867407001869>

IANDOLI, Décio Jr. Epigenética na obra de André Luiz. In: VI Seminário de Medicina e Espiritualidade. 2018. Porto. AME Norte.

LEARY, Denyse O. Mudança epigenética: Lamarck, Wake Up, você é procurado na sala de conferências!. EN Evolution News, Notícias Da Evolução & Ciência Hoje. 25 de agosto de 2015. Disponível em: https://evolutionnews.org/2015/08/epigenetic_chan/.

MATOS, Robson Willian de Melo. Epigenética Forense. Acta de Ciência e Saúde, Brasil, v. 2, n. 5, p. 199-220, 2016. Disponível em:<http://www2.ls.edu.br/actacs/index.php/ACTA/article/download/144/134>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

RAINE, Adrian. O crime biológico: implicações para a sociedade e para o sistema de justiça criminal. Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul, Porto Alegre , v. 30, n. 1, p. 5-8, Apr. 2008. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-81082008000100003&lng=en&nrm=iso>.Accesso on 12 July 2020.

SKINNER, Michael. Unified theory of evolution. Now Live Psyche, A new magazine from Aegon. 9 November 2016. Disponível em:

https://aeon.co/essays/on-epigenetics-we-need-both-darwin-s--and-lamarck-s-theories Acesso em: 01 de jun. de 2020

SOUZA, Cesar Vasconcellos de. Epigenética e comportamento humano. A Voz da Serra. Saúde Mental e Você. 25 DE AGOSTO DE 2016. Disponível em: <http://acervo.avozdaserra.com.br/colunas/saude-mental-e-voce/epigenetica-e-comportamento-humano> Acesso em: 5 de jun. de 2020.

A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E O ALCANCE AOS TRANSGÊNEROS

Maria Neurilane Viana Nogueira
Luana Maria Pinheiro de Barros Sanguinetti
Jéssica Viana Nogueira Ivo

1. INTRODUÇÃO

Este estudo busca demonstrar que a lei Maria da Penha, Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006), há 12 anos garante a proteção das mulheres vítimas de todo tipo de violência doméstica, seja física, psicológica, patrimonial ou moral. Cabe destacar que a Lei promoveu avanços e foi a primeira referência no nosso país a contemplar a orientação sexual da vítima. Ressalta-se que a lei tem alcançado também os relacionamentos homoafetivos e mulheres transexuais, ou seja, a lei Maria da Penha não protege somente as mulheres que sofrem violência doméstica em relacionamentos heterossexuais, mas também em relações homoafetivas (formadas por duas mulheres) e em caso de transgêneros (se identificam com o gênero feminino).

A Lei nº. 11.340 expressa atenção e proteção às mulheres lésbicas quando em seu artigo 2º diz que:

> Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião,

> goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006, p. 1).

Nesse sentido, independente de orientação sexual, ela será amparada, e no seu artigo 5º, da Lei Maria da Penha, ainda reforça em seu parágrafo único: "As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual" (BRASIL, 2006, p. 2). Portanto, por causa dessa referência no texto legal, as pessoas que possuem uma identidade de gênero do sexo feminino estariam alcançadas pela Lei Maria da Penha (11.340/06), pois esta passou a reconhecer que pessoas travestis e transexuais que mantêm relação intima de afeto em ambiente familiar estariam amparadas pela lei, até mesmo aqueles que não fizeram a cirurgia de redesignação sexual e não mudaram seu nome civil.

Nesta perspectiva, este artigo tem o objetivo de pesquisar a aplicação dos dispositivos da lei Maria da Penha em relação às lésbicas e às transexuais femininas que sejam vítimas de violência doméstica e familiar. Ademais, procura definir a diferença entre travestis, homoafetivos e transgêneros, considerando os casos concretos em que se aplica a Lei Maria da Penha e os entendimentos dos tribunais, da doutrina e das jurisprudências referentes ao tema.

Para subsidiar o processo construtivo do trabalho, utilizou-se como delineamento metodológico de estruturação desse artigo a revisão bibliográfica, com objetivo de pesquisa exploratório, fundamentada em doutrinas, artigos científicos e análise de casos concretos.

Nessa perspectiva, o primeiro capítulo apresentará a Lei Maria da Penha e a importância do gênero, também descreverá a origem e o conceito da Lei Maria da Penha.

No segundo capítulo, apresentar-se-á um panorama da Lei Maria da Penha e as relações homoafetivas, considerando as decisões do Supremo Tribunal Federal através da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) além de analisar o alcance da Lei Maria da Penha.

Por fim, no terceiro capítulo buscar-se-á apresentar a extensão da Lei Maria da Penha e a aplicabilidade aos transexuais e transgêneros.

2. A LEI MARIA DA PENHA E A IMPORTÂNCIA DO GÊNERO

2.1. Origem e conceito da Lei Maria da Penha

A Lei nº. 11.340 de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), visa proteger a mulher da violência doméstica e familiar, tendo ganhado esse nome devido a luta de 20 anos da farmacêutica Maria da Penha para ver seu agressor preso. Durante esses anos ela sofreu duas tentativas de homicídio, quando da primeira vez em que levou um tiro nas costas enquanto dormia; na outra vez, ele tentou eletrocutá-la no banheiro.

Após 15 anos de luta, Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a comissão interamericana de direitos humanos, que condenou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica, o que originou a recomendação para criação de uma legislação adequada a esse tipo de crime. Essa foi a sementinha para a criação da referida lei (OBSERVATÓRIO LEI MARIA DA PENHA, [201-]).

Em setembro de 2006, finalmente, entrou em vigor a Lei Maria da Penha, transformando o ordenamento jurídico brasileiro e expressando o necessário respeito aos direitos humanos das mulheres, tipificando as condutas delitivas e definindo a violência doméstica contra a mulher como toda forma de afronta a sua condição física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Para os autores, Cunha e Pinto, violência doméstica é:

> A agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, acarretando pessoas com ou sem vínculo familiar. Violência no âmbito da família é aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta ou por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). E agressão em qualquer relação íntima de afeto é aquela inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundadas em laços de amor, companheirismo, amizade (CUNHA; PINTO, 2008, p. 48).

Já o autor Damásio de Jesus, conceitua violência doméstica como:

> Entende-se por violência familiar, intrafamiliar ou doméstica, toda ação ou omissão cometida no seio de uma família por um de seus membros ameaçando a vida, integridade física ou psíquica, incluindo a liberdade causando sérios danos ao desenvolvimento de sua personalidade (JESUS, 2010, p. 9).

A Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, define: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial" (BRASIL, 2006, p. 2).

2.2. A importância do gênero

Antes da lei Maria da Penha não existia nenhuma legislação que tratava das relações entre pessoas do mesmo sexo. Após a aprovação dessa lei, que determina que a violência contra a mulher independe de orientação sexual, criou-se mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher de modo expresso, enlaçando as relações homossexuais, como visto no artigo 2º da lei Maria da Penha 11.340/2006:

> Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006, p. 1).

Destaca-se que o parágrafo único do artigo 5º da lei 11.340/2006 afirma que as relações pessoais enunciadas no referido artigo independem de orientação sexual, assim, todas as situações descritas no artigo 5º configuram violência doméstica familiar:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006, p. 2).

Note-se que a lei menciona o gênero, portanto tamanha a importância dele para os aspectos subjetivos da lei. Ainda no parágrafo único do respectivo artigo 5º, a lei volta a mencionar que a orientação sexual não é desconformidade para o alcance dela: "Parágrafo único - **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual**" (BRASIL, 2006, p. 2, grifo do autor).

A Lei Maria da Penha é um dispositivo que se orienta pelo gênero. Desse modo, estará sob o abrigo da lei a mulher mesmo quando não distingue a sua orientação sexual. Ressalta-se que ela alcança tanto as lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto e convívio familiar. Portanto, duas mulheres que possuem um relacionamento afetivo estarão sob o amparo da lei.

A lei Maria da Penha não alcança somente o gênero em si, possuindo extensão muito maior, uma vez que, a lei abrange fatos ocorridos no ambiente familiar, significa que as uniões de pessoas do mesmo sexo são também entidade familiar. É como o próprio nome diz, a violência doméstica acontece no âmbito familiar, ou seja, no seio de uma família. Então, de acordo com o texto normativo da Lei Maria da Penha, reconhece-se que as uniões homoafetivas, sejam elas formadas por duas mulheres, ou ainda formadas por um homem e uma mulher e uma pessoa com distinta identidade de gênero, todas configuram entidade familiar e todas estão amparadas pela lei. Cumpre frisar mais uma vez que, a lei baseia-se no gênero e não o sexo em si.

Inspira simpatia o posicionamento da Desembargadora Maria Berenice Dias quando cita que estão sob abrigo da Lei as lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros. Ilustrando esse posicionamento, veja o excerto a seguir:

> Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei

> Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência (DIAS, 2010, p. 58).

Segundo a convenção de Belém do Pará, de 09 de junho de 1994, que se transformou no Decreto-Lei nº. 1.973, a violência contra a mulher entender-se-á como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada (BRASIL, 1996). Mais uma vez, é plausível que a afirmativa do gênero é importante para que se perceba como fica claro que o gênero feminino foi abraçado pela lei no sentido em que todo aquele que se sinta, pense e aja como uma mulher fique sob a proteção da lei. Cabe salientar que antes da Lei Maria da Penha esse grupo de pessoas não possuía qualquer proteção especial, apenas a legislação do Código Penal Brasileiro resguardava seus direitos. Esse grupo de pessoas, sendo eles lésbicas, travestis e transgêneros, além do gênero, possuem uma situação de vulnerabilidade e, por isso, ficam mais suscetíveis à violência familiar.

A homossexualidade masculina está excluída da Lei Maria da Penha, mas a homossexualidade feminina está sobre o amparo da lei, uma vez que, "a família pode ser formada por um casal de lésbicas que se consideram unidas por vontade expressa. Pois a lei concede relevância ao afeto na conceituação da família (JESUS, 2010, p. 66).

E continua a sua afirmativa que nos diz: "O tipo penal da lei Maria da penha independe da orientação sexual e abrange as lésbicas, transexuais, transgêneros e travestis" (JESUS, 2010, p. 69).

Essa, de fato, foi uma inovação e um diferencial que pode incluir ao abrigo da lei aquele que possui identidade de gênero feminino, e não somente as que têm características biológicas. Cumpre ressaltar que, o termo sexo diz respeito às características biológicas de um indivíduo, enquanto o gênero é decorrente de aspectos sociais, políticos, culturais. Exemplo disso é uma pessoa de sexo biológico masculino que se inclui no gênero feminino, por se considerar travesti.

Afortunado a colocação de Maluf (2010, p. 249) quando diz que: "o gênero recebe uma construção sociológica, é um conceito mais subjetivo, mais ligado ao papel social desempenhado pelo indivíduo do que por suas características biológicas".

A esse enredo repleto de conceitos sobre gênero e sexo se percebe que o sexo de uma pessoa é determinado logo após o seu nascimento e diz respeito ao estado biológico, enquanto o gênero é construído ao decorrer da vida e se refere ao estado psicológico. Portanto, o gênero é resultado de uma construção social da própria identidade e que recebe influências dos costumes, da cultura, da religião, da vida política. (BRANDÃO, 2010, p. 2).

Neste contexto de diferenças e igualdades, deve-se considerar que diante de uma agressão ao bem jurídico tutelado- a vida- surge o dever de punir do Estado, independentemente da orientação sexual da vítima. Dessa forma, a Lei Maria da Penha tem como objetivo a proteção à integridade física, psíquica, moral, patrimonial e sexual do sexo biológico da mulher independente de sua orientação sexual, bem como do gênero feminino.

3. A LEI MARIA DA PENHA E AS RELAÇOES HOMOAFETIVAS

O Supremo Tribunal Federal (STF) através da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 132, decidiu reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com efeito, *erga omnes* e efeito vinculante (BRASIL, 2011). Dessa forma, como foi dito no capítulo anterior, violência doméstica, como o próprio nome diz, é a violência que acontece no seio da família, por conseguinte, a lei Maria da Penha 11.340/06 é uma lei que coíbe qualquer violência doméstica contra a mulher e as relações homossexuais estão sob o amparo da lei.

Portanto, casais homoafetivos femininos estão sob os cuidados da lei, assim como os travestis, os transexuais e os transgêneros que se identificam com o gênero feminino, justamente pelo fato de a lei alcançar as mulheres independente da sua orientação sexual, pois, como já foi dito, a importância da lei é o gênero. Para entendermos

melhor, os subitens a seguir trarão as definições e diferenças entre cada grupo.

3.1. O alcance da Lei Maria da Penha

O reconhecimento pacífico do Supremo Tribunal Federal sobre as uniões homoafetivas serem uma entidade familiar abre precedentes para que a Lei Maria da Penha ampare a mulher lésbica em seu relacionamento homoafetivo, haja vista que ela está sob o abrigo da lei.

Diante desse contexto, a Desembargadora, Maria Berenice Dias, sobre gênero e homossexualidade afirma que:

> As lésbicas estão buscando um espaço próprio assim como os transgêneros, as travestis e os transexuais, pois nada justifica o tratamento indistinto para situações díspares, o avanço é muito significativo pondo um ponto final a discussão que entretém a doutrina e dividem os tribunais (DIAS, 2015, *on line*).

A jurisprudência também reconhece a Lei Maria da Penha nas relações homossexuais entre lésbicas conforme se observa no entendimento seguinte do Desembargador Miguel Monico Neto: "A palavra da vítima, em delitos de violência doméstica, normalmente praticados no âmbito das relações familiares, longe dos olhares de testemunhas, tem relevante valor probatório" (BRASIL, 2014c, *on line*). Nesse contexto, fica claro que a lei tem por escopo proteger a mulher contra atos abusivos decorrentes ocasionados por preconceito e discriminação resultantes de sua condição feminina, sendo irrelevante se o agressor é homem ou outra mulher.

A apelação acima mencionada se trata do caso de um casal de lésbicas que convive maritalmente, em que uma agrediu a outra após ver sua companheira na porta de casa na companhia de outra mulher. Movida por ciúmes, deferiu vários golpes de faca e mordidas no braço de sua companheira. A autora foi sentenciada no artigo 129 do código penal, por lesão corporal e como conseguinte, na Lei Maria da Penha, no seu artigo 44 (BRASIL, 2014b).

A sentenciada apelou para o tribunal de justiça, com argumentos que não caberia a Lei Maria da penha, visto que as duas viviam em uma relação igualitária e que não caberia a aplicação do texto da lei na relação com casal do mesmo sexo, pedindo assim o afastamento da Lei Maria da Penha. O desembargador indeferiu e relatou suas razões afirmando que essa razão não assistia a apelante devido ao fato de que o artigo 5º da lei 11.340/06, em seu parágrafo único, prevê expressamente a aplicação de seus preceitos independente de orientação sexual, fato que a lei existe para coibir e prevenir violência contra a mulher e não importa o gênero do agressor, portanto cai por terra as razões da apelante (BRASIL, 2014b). O fato é que a lei se aplica independentemente da orientação sexual.

Outro detalhe importante na decisão do desembargador diz respeito à importância da palavra da vítima, nos casos de violência doméstica, nas situações em que as agressões ocorram dentro do ambiente familiar e longe de testemunhas oculares, aproveitando-se o agente do vínculo estabelecido com a vítima. Embora essa decisão seja de 2014, nota-se a preocupação dos tribunais em aplicar a Lei Maria da Penha nas relações entre lésbicas, desconsiderando a situação de que estejam em uma relação igualitária.

A seguir será apresentando um segundo caso, julgado pela relatora Beatriz Pinheiro Caires, em 2014, em que houve o reconhecimento da lei Maria da Penha nas relações homoafetivas entre mulheres (BRASIL, 2014b).

O segundo caso relata um casal de lésbicas que moravam juntas e possuíam um relacionamento amoroso, mas terminaram o relacionamento havia cinco meses, porém, continuavam morando na mesma casa. Contudo, certo período depois, a agressora, não conformada com o fim do relacionamento, passou a agredir a vítima com socos e pancadas, humilhações e a impedindo até de pegar seus pertences.

O juiz de primeiro grau negou o cabimento da Lei Maria da Penha com o argumento que não caberia a aplicação dessa lei nesse caso. A vítima recorreu da decisão e quando a apelação chegou à desembargadora, ela reconheceu a aplicabilidade da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2014b).

Nesse caso, percebe-se que primeiramente foi negada a aplicabilidade da lei no caso exposto, mas em uma segunda decisão entendeu-se

que a situação era cabível da referida lei, tendo em vista que na relação homoafetiva em questão, devido a não conformidade com o termino da relação, existiu a agressão física e psicológica, caracterizado pelas humilhações, e ainda uma violência patrimonial, no momento em que a agressora não permitiu que a vítima pudesse ter acesso aos objetos e instrumentos que lhe pertenciam.

Diante dos casos apresentados, percebe-se que os tribunais estão reconhecendo maciçamente a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nos casos das relações entre mulheres. Considera-se que tal fato é um avanço significativo nos casos que tratam de relacionamento atuais ou já rompidos, morando ou não na mesma casa. Contudo, cabe ressaltar ainda que muitas mulheres não sabem disso e por falta de conhecimento sofrem agressões sem saber dos seus direitos.

4. A EXTENSÃO DA LEI MARIA DA PENHA E A APLICABILIDADE AOS TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS

Os transgêneros são considerados aqueles que estão em processo de mudança de identidade de gênero, isto é, aquele que se identifica com um gênero diferente do correspondente ao seu sexo atribuído no momento do nascimento. Os transgêneros geralmente mudam o nome para nomes femininos para serem aceitas como mulheres na sociedade. Em nosso país não existem leis específicas ou direcionadas para os trans, mas existem algumas decisões que estabelecem alguns direitos a elas.

Na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no dia 01 de março de 2018, a suprema corte decidiu que os transexuais e transgêneros possuíam o direito de mudança de nome e de gênero em seus documentos de registro civil mesmo sem a realização de cirurgia de mudança de sexo e que também não precisava de decisão judicial para o ato (BRASIL, 2018b).

Essa decisão foi de fato bastante relevante, pois antes da decisão os transgêneros somente podiam mudar o nome se fizessem a cirurgia. Com a decisão do STF, agora eles não são mais obrigados a realizar intervenção cirúrgica para poderem ser reconhecidos com o gênero que

mais se identificam. Sabe-se que anteriormente, além da cirurgia, eles precisavam de uma decisão judicial; portanto, tornava mais burocrático e demorado esse processo, e agora não mais.

Em face desse entendimento, compreende-se que os transgêneros pertencem ao universo feminino – ao gênero feminino. O seu psicológico é feminino e, portanto, já possui entendimento dos tribunais e doutrinário que a Lei Maria da Penha alcança também as mulheres transexuais e transgêneros. Desse modo, o indivíduo que que tenha uma identidade com o sexo feminino está sob o amparo da Lei Maria da Penha (nº. 11.340/06). Isso se deve à extensão, ou mesmo ao alargamento, por parte da jurisprudência e da doutrina para reconhecer o alcance da lei aos travestis, transexuais e transgêneros, visto que em muitos dos casos nas relações amorosas existe uma vulnerabilidade da mulher trans, seja pela sua identidade de gênero ou pelo preconceito existente contra elas.

Cabe ressaltar que independentemente de alterações físicas, de registro civil ou até mesmo cirúrgico a transexual feminina, sendo essa a sua identidade de gênero possui o reconhecimento e a proteção o estado. Portanto, a lei alcança até mesmo aqueles que não fizeram a cirurgia, mas que possuem uma identidade completamente feminina e sendo reconhecida na sociedade de fato como uma mulher.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias afirma que:

> No momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher sem se distinguir a sua orientação sexual, alcançam-se as lésbicas, bem como os travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relações intima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos as situações de violência contra o gênero feminino justificam tal proteção (DIAS, 2006, *on line*).

Os tribunais estão aplicando a lei Maria da Penha não somente às lésbicas, mas também aos travestis, transexuais e aos transgêneros como se observa no seguinte caso acontecido no Distrito Federal, julgado pelo Relator George Lopes.

No caso concreto, a vítima é uma transexual e convive maritalmente com o seu companheiro que desferiu contra ela vários golpes com um pedaço de madeira. A vítima conseguiu fugir e procurou ajuda na casa dos vizinhos que trancaram a porta para não se envolver na chamada "briga de marido e mulher". Na porta, mesmo dos vizinhos, ele continuou a bater e somente parou com a chegada da polícia. A vítima ficou quatro dias internada e precisou ser submetida a uma cirurgia no joelho. A vítima conta que o companheiro a privava de estudar, de ir academia, de sair com as amigas e que era possessivo e ciumento (BRASIL, 2018a).

O juízo da violência doméstica declarou as medidas protetivas e o afastamento do agressor, mas declinou a competência para a vara criminal por entender que o caso não cabia a Lei Maria da Penha. A vítima recorreu da decisão e o Desembargador George Lopes deu provimento ao recurso entendendo que o próprio legislador elegeu como proteção a própria noção do "feminino" socialmente construído e não apenas o sexo biológico (BRASIL, 2018a). Trata-se de conceito que certamente pode abranger as transexuais femininas, pois elas se identificam com o gênero e, portanto, não se realiza analogia indevida ao admiti-las no conceito da lei, o qual já admite interpretação extensiva que as incluam.

Percebe-se, que em muitos casos, há um despreparo do Poder Judiciário em diferenciar identidade de gênero de sexo biológico. Esse desconhecimento pode levar a tomada de decisões erradas, acarretando a ocorrência de insegurança jurídica.

Outro caso interessante de ser analisado aconteceu em maio de 2017, tendo como vítima também uma transexual, no estado do Rio de Janeiro. Dessa vez, o agressor não foi seu companheiro, mas sua própria mãe que não aceitava a identidade de gênero do filho. A mãe afirmava que o filho queria ser mulher por má influência de amigos e porque estava acometido de uma doença mental.

A vítima saiu de casa depois de muitas humilhações e de sofrer tamanho preconceito por parte de sua própria genitora. A mãe foi em busca de uma reconciliação com o filho, mas não em busca de perdão, pois objetivava a volta do filho para casa para interná-lo em uma clínica

psiquiátrica. Por causa disso, o filho entrou em luta corporal com os enfermeiros da ambulância relutando para não ir e nessa luta acabou ficando nu diante de todos na rua. Chegando na clínica foi obrigado a cortar seus cabelos longos e submetido a várias situações vexatórias.

No caso em epígrafe, o magistrado entendeu que o ato de cortar o cabelo da vítima, por si só, já viola a integridade física; ou seja, o primeiro componente da dignidade humana. Porém, nesse caso, em um contexto de opressão de gênero, afronta também o respeito à identidade que compõem a dignidade (BRASIL, 2017b).

Considerando a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, o juiz também entendeu que o corte coercitivo do cabelo viola a integridade física, e que mesmo sem passar pela cirurgia de redesignação sexual a vítima se considerava uma mulher, enquadrando, assim, a genitora na Lei Maria da Penha, em seu artigo 22, com aplicação das medidas protetivas por meio da decisão proferida nos termos a seguir elencados:

> Isto posto e com amparo no art. 22, caput, da Lei n° 11.340/06, DEFIRO PARCIALMENTE a aplicação das medidas postuladas, consistentes na:
>
> a) Proibição de aproximação da vítima, fixando o limite mínimo de 500 (quinhentos) metros de distância entre a autora do fato e a vítima, na forma do artigo 22, inciso III, "a" da Lei n° 11340/06;
>
> b) Proibição de contato da autora do fato com a vítima por qualquer meio de comunicação, na forma do artigo 22, inciso III, "b" da Lei n° 11340/06.
>
> Defiro o requerimento de busca e apreensão dos objetos pessoais da autora e de sua companheira, bem como de todos os bens que guarnecem (BRASIL, 2017b, p. 111).

Diante dessa sentença, percebe-se a decisão tomada baseada na violência doméstica que não fora cometida por um agressor, mas pela genitora e, mesmo assim, o Juiz entendeu que se tratava de uma situa-

ção de aplicabilidade prática da Lei Maria da Penha, face sua ocorrência em ambiente doméstico e familiar, reforçado pelo gênero feminino a qual a vítima pertencia. Essa decisão, é sem dúvidas, um grande avanço para que essas pessoas também sejam alcançadas pela Lei Maria da Penha e que os tribunais possam pacificar essas decisões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo demonstrou a importância do gênero no contexto da Lei Maria da Penha, tendo em vista sua finalidade principal que é proteger as mulheres, independente da orientação sexual, uma vez que, para a lei, a orientação é mais relevante que o sexo biológico. Ressalta-se também que foi possível reconhecer o alcance da lei com relação às mulheres homoafetivas e que, mesmo em uma relação igualitária entre um casal de lésbicas, a Lei Maria da Penha será aplicada diante de uma violência doméstica. Cabe destacar ainda o alcance da lei aos transgêneros, travestis e transexuais, visto que estes também estão sob o amparo da lei em virtude do gênero feminino, pois sobre a análise de casos concretos, verificou-se o entendimento de tribunais em aplicar a Lei Maria da Penha nessa dimensão, mas nota-se também que ainda há um despreparo por parte do judiciário em reconhecer a extensão da lei.

Nesse contexto, deve-se considerar que diante de uma agressão ao bem jurídico tutelado- a vida- surge para o Estado o dever de punir, independentemente da opção sexual do agressor ou da vítima. Dessa forma, a Lei Maria da Penha tem como objetivo a proteção à integridade física, psíquica, moral, patrimonial e sexual do sexo biológico mulher, independentemente de sua orientação sexual, bem como do gênero feminino.

Dessa forma, não abranger a Lei Maria da Penha às lésbicas, travestis, transexuais seria afrontar os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana. Um ponto deve ficar claro: as ações e as atitudes, o exercício do respeito, da aceitação, do apreço à diversidade das culturas, à dignidade, à liberdade sexual e à igualdade, são bens jurídicos inegociáveis, inerentes a todos independente de raça, sexo, cor, idade e gênero.

Portanto, conclui-se que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada às lésbicas, aos travestis e aos transexuais, pois o que de fato a citada lei busca é mais do que proteger o sexo biológico feminino, mas proteger todos aqueles que se identificam como mulheres, isto é, considerando o exercício de seu papel social.

6. REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Delano Câncio. **Relações de gênero:** Análise histórica e jurídica das relações de gênero. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7945. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Presidência da República. Casa Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Diário Oficial da União:** Seção 1, Brasília, DF, p. 1-4, 8 ago. 2006b.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**. Ministro: Ayres Brito. 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação criminal - Lei nº 11.340/06 - requerimento de medidas protetivas de urgência - extinção do feito sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido - não cabimento - relação homoafetiva entre duas mulheres - possibilidade**

de aplicação da Lei Maria da Penha - Recurso ministerial provido. Apelação nº. 10024131251969001 MG. Relatora: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 22/01/2014. Data de Publicação: 03/02/2014. 2014b. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119362172/apelacao-criminal--apr-10024131251969001-mg. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justina de Rondônia. **Lesão corporal. Violência doméstica. Autoria e materialidade. Comprovada. Palavra da vítima e testemunha. Credibilidade. Afastamento Maria da Penha. Lesão Simples. Apelação nº. 00040837120138220501 RO 0004083-71.2013.822.0501**. Relator: Desembargador Miguel Monico Neto, Data de Julgamento: 09/04/2014, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 28/04/2014. 2014c. Disponível em: https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295562236/apelacao-apl-40837120138220501-ro-0004083-7120138220501/inteiro-teor-295562246. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Presidência da República. Casa Civil. **Diário Oficial da União:** Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Comarca de São Gonçalo. **Processo nº. 018790-25.2017.8.19.0004**. Relator: André Luiz Nicolitt, Data de Julgamento: 26/05/2017, Juízo de Direito Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher, Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/06/2017. 2017b. Pág.: 12/13. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-tambem-protege-mulher.pdf. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha. Acórdão nº. 20171610076127 DF 0006926-72.2017.8.07.0020**. Relator: GEORGE LOPES, Data de Julgamento: 05/04/2018, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/04/2018. Pág.: 119/125. 2018a.Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569318431/20171610076127-df-0006926-7220178070020. Acesso em: 13 mai. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4275**. 2018b. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=-TP&descricao=ADI%2F4275. Acesso em: 23 mar. 2018.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Gênero e homossexualidade**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/discursos.php?codigo=822. Acesso em: 23 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva:** o preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas.** 2006. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/35_-_viol%EAncia_dom%E9stica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf. Acesso em: 25 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manifestação proferida na qualidade de coordenadora da Tribuna Livre da II Conferência Internacional de Direitos Humanos, no dia 11 de outubro de 2003,**

em Teresina-PI. 2015. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/discursos.php?codigo=822&termobusca=. Acesso em: 25 abr. 2018.

HEILBORN. Maria Luiza. **Dois é par**: gênero e identidade sexual em contexto igualitário. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

JESUS, Damásio de. **Violência Contra a Mulher**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Tabus. O homossexual. *In*: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Tabus. **Curso de Bioética e Biodireito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal – AC nº 10024131251969001201312739 71**. Relatora: Beatriz Pinheiro Caires. 2014.

OBSERVATÓRIO LEI MARIA DA PENHA. **Lei Maria da Penha**. [201-]. Disponível em: http://www.observe.ufba.br/conteudo/imprimir/exibir/6. Acesso em: 20 abr. 2018.

OLIVEIRA, Silvana. **Sabe a diferença entre transexual, travesti e homossexual?** Revista Algo Mais, 2017. Disponível em: http://revista.algomais.com/noticias/sabe-diferenca-entre-transexual--travesti-e-homossexual. Acesso em: 12 mar. 2018.

PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO: UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA JURÍDICA-PENAL ACERCA DA ESPETACULARIZAÇÃO JURÍDICA E SEUS EFEITOS

Maria Josina Costa Barreto Neta

Introdução

Para traçarmos o ponto de discussão pretendido dentro dessa temática deve-se estabelecer uma conceituação acerca do que seria a Sociedade do espetáculo descrita por Guy Debord em seu livro Sociedade do espetáculo, escrito em 1997. Assim o autor descreve que a Sociedade do Espetáculo "*se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação*" (DEBORD, 1997), ou seja a realidade é construída sobre base de grandes encenações que buscam a catarse pública.

No âmbito jurídico essa encenação e busca por catarse pública ultrapassa os fenômenos cotidianos e compromete a segurança jurídica consolidada constitucionalmente e mantida por uma conduta ética inerente ao corpo jurídico. O artigo aqui exposto tem por objetivo estabelecer uma análise crítica acerca da espetacularização do processo penal no Brasil. Utilizando-se da Hermenêutica como metodologia de consolidação e com um caráter qualitativo, o artigo aqui exposto encontra-se em consonância com o pensamento do filósofo Jurgen Habermas:

> Em Habermas, a expressão hermenêutica *fusão de horizontes* serve, simultaneamente, para legitimar um componente crítico na compreensão do sentido subjetivamente visado, em virtude da necessidade de rever constantemente os preconceitos iniciais, ligados a um certo assunto que se caracteriza pela sua capacidade de oferecer diferentes definições e aceitar ou rejeitar a nossa interpretação. A crítica, sob a forma de uma correção, constitui um elemento integral no processo de compreensão dialética. (SOARES, 2019)

Com natureza crítica, a pesquisa busca traçar um caminho claro para discussão acerca do tema, a fim de demonstrar os efeitos negativos de tal espetacularização. Para a construção de repertório intelectual, utilizou-se de fontes primárias e secundárias, entendidas como livros e artigos das áreas de criminologia, Direito Penal, sociologia crítica[20], além dos textos de leis disponíveis referentes a área temática. Analisando os casos de discussões acerca do Processo Penal do Espetáculo, percebe-se a necessidade de discussão em busca de meios para a solução das infrações e espetacularização de cunho midiático e mercadológico ao qual o processo Penal está imerso, assim buscando um processo jurídico imparcial, que promova a justiça de forma proporcional e o cumprimento do devido processo legal.

Sociedade do espetáculo e os simulacros.

Dentro de uma sociedade voltada ao consumo exacerbado, não apenas de bens, mas sim de mercadorias, a espetacularização surge como uma espécie de meio de propagação da mercantilização da

20 Segundo Alessandro Baratta, grande autor renomado da Criminologia Crítica, define a Sociologia Jurídica-Penal como "A sociologia jurídica-penal, estuda propriamente os comportamentos que representa uma reação ante o comportamento desviante, os fatores condicionantes e os efeitos desta reação, assim como a estrutura social global. A sociologia jurídica penal estuda, pois, como se viu, tantas relações institucionais dos órgãos oficiais de controle social do desvio (consideradas, também, nos seus fatores condicionantes e no seus efeitos) quanto às reações não-institucionais." (BARATTA, 1999), assim demonstrando a linha sociológica utilizada para a realização do presente artigo.

realidade e das instituições sociais. Nessa perspectiva, a realidade não possui o atrativo e a força existencial necessária para ser adotada como verdadeira, na sociedade pós-moderna a representação tornou-se uma preferida e divulgada, cujo os símbolos têm mais força do que a própria realidade.

Desse fenômeno surgem os *simulacros*[21], simulações feitas do real que possuem maior atratividade ao espectador do que a própria realidade simulada. (Baudrillard). Destarte, os simulacros possuem um caráter mercadológico, tratando-se assim de uma comercialização do que é a verdade. No espetáculo a qual a sociedade está imersa, os papéis sociais de encenação encontram-se definidos pela posição social a qual os atores estão destinados e pela construção da opinião pública, fator altamente decisivo no julgamento social, e infelizmente muitas vezes, âmbito jurídico.

Acerca da construção da opinião pública, na pós-modernidade, este fator encontra-se impulsionado pela força e alcance midiático, traçada sobre hipérboles e com alta espetacularização, a realidade torna-se uma simulação carregada de opiniões e estigmas que promovem um julgamento preconceituoso e estabelecido de forma parcial, buscando atender ao desejo de uma das partes da lide exposta. Assim a verdade seria uma simulação de uma realidade idealizada e espetacularizada, buscando atender as expectativas sociais e promover a construção de uma opinião pública sólida e favorável, o que constitui um processo danoso às realidades sociais e a busca da verdade.

21 Aqui, uma ressalva ao teórico Jean Baudrillard foi um grande sociólogo francês, tornou-se conhecido por seu livro "Simulacro e Simulações" em que ele discorre afirmando que a realidade existente seria uma simulação mas não somente isso, seria uma simulação sem fundo de realidade e nem origem "A simulação já não é a simulação de um território, de um ser referencial, de uma substância. A geração pelos moldes de um real sem origem nem realidade: hiper-real." (Baudrillard, 1991). Juntamente com as ideia de simulação, o autor concebe a teorização do que é um simulacro, ao definir o que esse seria a cópia da cópia da realidade, exemplificada no trecho em que se refere ao conceito de imagem "ela é o reflexo de uma realidade profunda; ela mascara e deforma realidade profunda; ela não tem relação com a realidade: o próprio simulacro puro". Destarte, é possível concluir que o autor tornar toda e qualquer realidade experimental, pautada na simulação e no simulacro, cópias de uma realidade sem origem.

Dentro dessa perspectiva, na sociedade do espetáculo, o discurso nunca é totalmente imparcial, não é necessariamente veraz e nem os seus interlocutores são verazes, o que é presumido por Jurgen Habermas na emissão de uma fala verdadeira e moralmente correta, na ideia do discurso ideal, atendendo a ética do discurso.

Assim a construção do discurso em si é um simulacro, ultrapassando as barreiras morais da construção do discurso e propagação da informação acerca do que seria a realidade e o correto. Consolidado os conceitos de espetacularização, das simulações e simulacros, é possível traçar uma perspectiva sociológica acerca de sua influência nas reações e respostas sociais aos diversos fenômenos políticos e jurídicos presentes na sociedade.

Assim discurso, a opinião pública, a realidade e todos os preceitos comunicativos se apresentam como a comunicação de massa, cujas raízes estão estabelecidas na indústria cultural, sintetizada pelos filósofos alemães Theodor W. Adorno[22] e Max Horkheimer[23] em a Dialética do Esclarecimento, de 1947. De acordo com eles essa indústria cultural, nada mais é do que a integração das diversas manifestações culturais e artísticas a lógica das relações de trocas, assim perdendo seu valor cultural para ganhar uma importância mercantilista, aos moldes do sistema capitalista de produção. De forma complementar Bárbara Freitag afirma que:

> Numa sociedade em que todas as relações sociais são mediatizadas pela mercadoria, também a obra de arte, ideias, valores espirituais se transformam em mercadoria, relacionando entre si artistas, pensadores, moralistas através do valor de troca do

22 Theodor Ludwig Wiesengrund-Adorno foi um filósofo, sociólogo, musicólogo e compositor alemão. Conhecido por ser um dos expoentes da Escola de Frankfurt, por suas obras "atualidade da filosofia", "Dialética Negativa", "Dialética do Iluminismo", Minima Moralia e por suas teorias acerca da sociedade, sendo uma das mais conhecidas a da Indústria Cultura e da Cultura de massas, realizada em conjunto com Horkheimer.

23 Max Horkheimer foi um filósofo e sociólogo alemão, famoso por seus escritos e postulados em teoria crítica como membro da "Escola de Frankfurt", tendo como trabalhos mais importantes "Eclipse da razão", "Entre filosofia e ciências sociais" e em colaboração com Theodor Adorno, a teorização da Dialética do Esclarecimento (1947).

> produto. Este deixa de ter o caráter único, singular, deixa de ser a expressão da genialidade, do sofrimento, da angústia de um produtor (artista, poeta, escritor) para ser um bem de consumo coletivo, destinado, desde o início, à venda, sendo avaliado segundo sua lucratividade ou aceitação de mercado e não pelo seu valor estético, filosófico, literário intrínseco (FREITAG, 2004, p. 72).

Destarte, em consonância com o trecho supracitado, é possível estabelecer com clareza que o processo de capitalização também tem atingido as instituições estatais, a construção da opinião pública e o âmbito jurídico. Na promoção, de ideias de cunho mais populares, bem aceitas pela mídia, que estejam em concordância com os desejos sociais, mesmo que estes ultrapassem os limites legais estabelecidos pelos códigos de ética e de lei.

Dessa forma, o que se pode observar é uma flexibilização da moral, da ética, do discurso veraz , das disposições legais e daquilo que é definido como justo e correto. A lucratividade, não apenas econômica mas também em relação ao aumento de poder e influência, tornou-se medida primária para definição daquilo que é real, de domínio público, amplamente difundido pela mídia, aceito socialmente e defendido juridicamente.

Dessa forma em um ciclo contínuo de estímulos sociais, a Sociedade excitada, assim definida por Türcke, reproduz a ideia de necessidade de frequentes espetáculos, mercadorias e excitações para o seu funcionamento e para a movimentação social.

Processo Penal do Espetáculo em cartaz: o desejo de audiência e o processo mercadológico.

Em meio aos vários espetáculos que se acumulam na atual conjuntura histórica ,estão em cartaz, os "Julgamentos penais", o celeuma presente nessa relação se inicia a partir do momento em que o Processo Penal, Instrumento de racionalização do poder penal, para atender a perspectiva do entretenimento, sofre alterações e ultrapassa os limites éticos e legais.

Pautado pela opinião pública, criada através da espetacularização midiática, o Processo Penal do espetáculo consiste em uma construção

hiperbólica no tratamento de um caso, que pelo seu alcance popular já possui um julgamento socialmente pré-estabelecido.

Assim dentro do processo penal, o juiz profere uma sentença que atenda ao desejo social e estabelecido pela mídia, sem que haja um julgamento justo, uma ampla defesa e a mínima chance de que o réu possa provar a sua inocência, assumindo assim uma perspectiva de justiça paranóica, em que o Processo Penal assume o papel de mercadoria e apenas a opinião estabelecida majoritariamente (mesmo que equivocada) vale.

É nessa perspectiva de justiça paranoica, que a mídia encontra um espaço amplo para divulgação de manchetes sensacionalistas que trazem e impulsionam o desejo punitivista presente na sociedade, disfarçado de desejo de "democracia" e "Justiça", o corpo social destila o seu desejo de audiência pública e dramática. Traçado em um enredo criado pela perspectiva de uma mentalidade Inquisitória, o punitivismo assume um papel protagonista na exacerbação dos limites legais sob a justificativa de Resposta ao desejo social de audiência. No processo penal do espetáculo, o desejo de democracia é substituído pelo "desejo de audiência" (TIBURI, 2001, p. 18).

Nessa perspectiva, pode-se traçar que esse desejo de audiência não se trata apenas uma desejo zetético, mas sim um desejo de catarse jurídica, com atores dramáticos e que no fim, a punição seja elevada a décima potência para o suplício daqueles julgados e culpados, mesmo que apenas sejam culpados socialmente, assim denotando uma criminalização secundária. É importante que haja compreensão de que tal entendimento não traça um olhar paternalista, mas sim, crítico do processo penal descrito, é importante que se tenha clareza ao determinar e relembrar a sociedade e aos juristas o real sentido das prisões e punições outras, relembrar que as súplicas e torturas ficaram no passado e não podem ser revisitadas no nosso atual estágio democrático e humanista.

Entretanto, o que se observa dentro do processo penal (espetacularizado) é a eleição de um "inimigo" ao qual se defere o escárnio e aponta-se como culpado, fazendo uma menção ao que Günther Jakobs estabeleceu ao teorizar o Direito Penal do Inimigo, imortalizado na frase amplamente conhecida "aos meus amigos tudo, aos meus inimi-

gos, os rigores da lei", demonstrando assim a exacerbação penal contra os "inimigos" da sociedade.

Na expectativa de atender ao desejo público do espetáculo, o Processo Penal, adota um caráter e inconstitucional ao contrapor princípios constitucionais consolidados e codificados no art.5º da Constituição.

A título de exemplo dessas contraversões, ao traçar uma perspectiva única , pautada no discurso apenas do juiz, utilizando da opinião social e da espetacularização midiática, o Processo Penal do espetáculo ultrapassa os limites estabelecidos pelos princípios do devido processo legal (art.5º, inciso LIV), do acesso à justiça de forma irrestrita, (art.5º, inciso XXXV),e em especial os princípios da contradição e ampla defesa (art.5º, inciso LV). Assim o Processo Penal do espetáculo, encontrasse movido por alicerces sólidos, sendo eles: a utilização da opinião pública criada através da espetacularização midiática, o desejo de audiência e abertura a possibilidade de encenação e catarse, a mentalidade inquisitória motivada pelo desejo punitivista e por último a flexibilização dos direitos humanos e dos princípios legais norteadores do processo.

Apesar dessas infrações cometidas, o Processo Penal do espetáculo é visto por uma parcela significativa da sociedade como meio máximo da satisfação do seu desejo de "Justiça", o que revela um desejo intrínseco por punição física e moral contra o outro.

Os suplícios, castigos físicos, escárnios e julgamentos públicos, encontram-se não apenas em um capítulo do livro Vigiar e Punir de Michel Foucault, mas sim, transvestidos dentro da sociedade atual nas prisões superlotadas, no super encarceramento, na constante infração dos direitos humanos, nos conhecido "baculejos", no processo penal de caráter inquisitorial,nos atos lesivos contra o devido processo legal,-na falta de ressocialização pós cárcere, na criminalização secundária e no julgamento midiático e social de culpa sem possibilidade do direito ao esquecimento.

Medidas e acontecimentos que não cabem dentro do processo legal, especialmente, no Estado Democrático de Direito oa qual o Brasil se encontra, mas que acabam por passar despercebidas pela influência e poderio a qual as instituições infratoras possuem e se utilizam para a

criação de uma imagem forte e convicta, se eximindo da responsabilidade de suas más condutas e transgressões legais.

Do Espetáculo ao encarceramento em massa: um enredo histórico e estigmatizado.

Agora que já se consolidou os conceitos de espetacularização e comercialização do discurso, já se estabeleceu as diretrizes a qual se destina o processo penal do espetáculo, deve-se discorrer acerca de seus efeitos na sociedade em geral, mas com enfoque sensível às vítimas do processo penal do espetáculo, que no âmbito do nacional carregam um estigma que é classista, sexista e sobretudo racista.

Dessa forma processo penal do espetáculo se estabelece como mais um dos mecanismos para o encarceramento em massa[24] a qual o Brasil encontra-se imerso.

Sob a égide da criminologia crítica pode-se dizer que há sustentação de teorias de etiquetamento e rotulação que são amplamente divulgadas pela mídia de forma velada e apoiadas pelos mecanismos legais do processo do espetáculo. Assim dentro do processo penal espetacularizado, o réu "inimigo" sofre com a forte estigmatização e desvalorização humana, sendo reduzido a uma figura quase animalesca, a qual são associados os mais diversos males e intensificam e espetacularizam qualquer desvio de ação.

Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p.46)

24 De forma bem objetiva, o doutor em Ciências Criminais ,Leandro Ayres França, define o encarceramento em massa como a "taxa de encarceramento, histórica e comparativamente sem precedentes, altamente concentrada em comunidade ou grupos sociais específicos." Juliana Borges é pesquisadora em Antropologia na Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, feminista negra, antiproibicionista e antipunitivista, possui uma obra de grande relevância social intitulada "Encarceramento em Massa" que trata sobre o superencarceramento na sociedade brasileira com uma perspectiva da força da mulher preta.

Assim, a criminalização[25] pautada em estigmas socialmente construídos, um processo histórico estrutural, mantém seu êxito no encarceramento e na manutenção da reincidência, fruto da criminalização secundária e ausência de ressocialização dos apenados. É sobre uma perspectiva da cultura do medo que o superencarceramento se justifica e essa espetacularização se mantém, entretanto, o que se observa não é uma diminuição da criminalização e nem da criminalidade, o que acontece é uma forte militarização social, violência policial nas comunidades e processos penais que ultrapassam os limites legais, as instituições estatais se utilizam das prisões como meios de isolamento dos indesejados. (BORGES,2015).

Assim a prisão cumpre o seu papel ideológico de eximir a sociedade da responsabilidade e o engajamento em relação aos problemas da sociedade, principalmente os produzidos pelo racismo e pelo capitalismo global. (BORGES, 2015). Dessa forma, sobre o pretexto de controle social, as prisões preventivas, os processos espetacularizados, o encarceramento e as punições se justificam, numa ilusão de segurança social e diminuição de criminalidade, fatos comprovadamente falsos.

Assim a flexibilização dos direitos fundamentais e humanos propicia um Processo Penal irregular, que se apresenta como um dos grandes causadores do encarceramento em massa e Das infrações a lei de execução Penal, que tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do apenado. Desse modo, além do supe-

25 De acordo com o Intocrim, a criminalização é o "processo político-institucional, mediante o qual condutas humanas são identificadas, interpretadas e tem a elas a condição de "criminoso" atribuída". Pode-se dividir a criminalização em duas espécies, sendo elas: primária e secundária. Sendo a primeira espécie definida por Zaffaroni como " ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina o permite a punição de certas pessoas", (ZAFFARONI, BATISTA & ALAGIA, 2003, apud SANCHES), ainda de acordo com o autor, a criminalização secundária é definida como "a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizável primariamente e as submetem ao processo de criminalização",(ZAFFARONI, BATISTA & ALAGIA, 2003, apud SANCHES). Assim a criminalização, pode ser definida como uma ação estigmatizante de utilização dos meios jurídicos penais para a promoção da punição daqueles que não se encaixam nos padrões de controle social.

rencarceramento, as unidades prisionais também encontram-se em superlotação e descumprimento legal da Lei execução Penal, ao não oferecerem condições básicas de vivência e convivência dos apenados, infringindo assim os artigos 12 e 13 da lei 7.210 de 1984 determinam como deve ser as instalações, alimentação, higiene e vestuário dos presos e que ,infelizmente, não se configuram regulares, fato comprovado pela CPI das prisões de 2009.

É nesse contexto de descrença da justiça, das irregularidades processuais, das infrações a lei de execução Penal e da ausência de proteção estatal que nascem as facções e que promovem-se as revoltas prisionais. As prisões do sistema de justiça criminal estão articulados em uma teia muito maior, por isso é necessário estar atento de forma estratégica aos erros e vícios cometidos na máquina jurídica, de forma sequencial é traçado uma teia Com início na criminalização e estigmatização, que percorre o Processo Penal do espetáculo, as irregularidades processuais, engloba o encarceramento em massa e as mazelas destinadas aos apenados, que promove o surgimento e crescimento das facções criminosas, que juntamente com a criminalização secundária realizada pela Sociedade impulsiona a reincidência criminal, assim dando início ao interminável ciclo pautado na ineficácia da tolerância zero,na irresponsabilidade social e Direito Penal do Espetáculo.

Conclusão

Diante das importantes informações e intertexto jurídico e sociológico aqui expostos, conclui-se que as ações jurídicas estão intimamente interligadas em uma teia de profundas consequências sociais, políticas e econômicas. Analisar o contexto jurídico de forma isolada, torna-se um erro diante da pluralidade ações e reações sociais diante da realidade posta. Dessa forma, é possível afirmar que ao se fomentar uma sociedade do espetáculo, ilustrada através de simulacros, é uma ação que gera inúmeras consequências, sendo uma delas a construção de um processo penal do espetáculo, baseado e fortalecido pela mídia e pelos estigmas criados dentro de uma criminologia tradicional aos moldes positivistas.

No processo penal do espetáculo, a encenação jurídica procura a catarse da sociedade como justificativa para a satisfação de um tribunal inquisitorial que busca satisfazer o profundo desejo de audiência e punitivismo contra os indesejados. Em uma estigmatização social, esses indesejados, no âmbito nacional, são apontados pela criminologia crítica como pretos, pobres e homens, traçando assim uma perspectiva racista, classista, sexista. Sendo esses indesejados o maior número de encarcerados no Brasil.

Acerca desse encarceramento, pode-se definir que o processo irregular é um dos propulsores para o super encarceramento, dessa forma estabelecendo mais um ramo da teia jurídica. Segundo dados do Infopen 2019, o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes, assim apresentam um alto encarceramento em massa. Esse encarceramento em massa, é apenas um dos problemas dentro dos sistemas prisionais brasileiros, de acordo com a CPI das prisões de 2009, existem inúmeras infrações quanto aos artigos 12 e 13 da Lei de execução Penal, a exemplo dessas irregularidades, pode-se elencar os frequentes desrespeito aos direitos humanos, da dignidade humana, da higiene, da saúde e da escolarização dos apenados.

Mesmo depois do encarceramento, os ex-presidiários encontram os resquícios dos danos causados pela espetacularização de seus desvios presentes na criminalização secundária por eles sofrida, o que propicia a reincidência criminal e a especialização dos desvios.

Dessa forma, o processo penal do espetáculo está interligado nesse processo desde o reforço de estigmas e criminalização, perpassando por um processo irregular e de caráter inquisitorial, levando preso ao encarceramento e por último promovendo a sua reincidência.

Haja vista tais danos estabelecidos por essa prática irregular, é necessário a promoção de um debate jurídico sério e justo em busca da diminuição da espetacularização e comercialização processual em que o direito brasileiro se encontra. Buscando traçar objetivos claros da diminuição da estigmatização e da força midiática diante das decisões judiciais, levando em conta o devido processo legal, promovendo uma

defesa e o contraditório e sobretudo defendendo a presunção de inocência, mesmo que a opinião social diga o contrário.

Como meta deve-se estabelecer também a busca de caminhos e meios a para diminuição da população carcerária no Brasil e a promoção de uma política de melhores condições dentro dos sistemas prisionais para os apenados já existentes. Dessa forma, caminharemos para um direito mais justo, pleno e que atenda a real necessidade da sociedade sem simulações ou espetáculos.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulações.** Relógio d'água, 1991.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa.** (Coleção Feminismos plurais. Coord. Djamila Ribeiro). São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. CONGRESSO BRASILEIRO. **CPI sistema carcerário.** Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar, número 384).

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%207.210-1984? Open-Document.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FREITAG, Bárbara. **A teoria crítica:** ontem e hoje. S P: Brasiliense, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e Comunicação.** Lisboa: Edições 70, 1996.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Ricardo Maurício Freire Soares. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TIBURI, Marcia. **Olho de Vidro:** a televisão e o estado de exceção da imagem. São Paulo: Record, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 9. ed. P. 46.

PROPOSTAS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURIDICA: CAMINHOS PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E DA IGUALDADE SOCIAL

Rhayssam Poubel de Alencar Arraes

INTRODUÇÃO

Ao falarmos de direitos humanos imediatamente é necessário considerarmos o impacto das pessoas jurídicas, notadamente as grandes corporações, na violação de tais direitos, a exemplo dos direitos ao meio ambiente e a saúde. Por consequente, torna se impossível falarmos em uma adequada proteção dos direitos humanos sem pensarmos no papel que o Direito Penal exerce na defesa dos interesses econômicos de determinadas classes sociais em detrimento dos interesses gerais de uma grande parcela da população.

Imediatamente torna se curioso que as pessoas jurídicas não sejam responsabilizadas penalmente, ao passo que podem figurar como detentoras de direitos perante o ordenamento jurídico. Esse contexto causa uma estuporação maior ainda ao considerarmos que as principais agressões, principalmente a bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, envolvem pessoas jurídicas sem as quais seria impossível conseguir produzir tais crimes. Não se olvidando, evidentemente, do pa-

pel chave que estas desempenham para a economia e para a sociedade como um todo.

Esse cenário é devido, em uma perspectiva das classes sociais e da luta de classes correspondente, ao fato dos sistemas jurídicos e de controle social protegerem os interesses e necessidades de grupos sociais hegemônicos, garantindo as estruturas materiais em que se baseiam a existência de tais classes. Percebe se que Direito Penal garante uma ordem social desigual, e por consequente garante a desigualdade social.

A fim de propor a redução dessa mencionada desigualdade e a promoção da igualdade social onde pessoas físicas e jurídicas sejam detentoras dos mesmos direitos e deveres perante a lei penal, o presente trabalho se propôs a investigar formas já consagradas de responsabilização penal da pessoa jurídica no direito estrangeiro, demonstrando que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é nenhuma inovação jurídica brasileira feita por acaso, pelo contrário, é um instituto amplamente aceito e consolidado no exterior tanto em países da tradição da Common Law como da Civil Law. Inclusive, sendo a responsabilização criminal das pessoas jurídicas uma tendência mundial, sendo um instituto jurídico já consolidado em países como Estados Unidos, França e Espanha.

Por último é importante ressaltar que o presente trabalho se propôs a trazer alguns modelos de heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade da pessoa jurídica. Longe de esgotar o tema, se propõe aqui lançar as primícias de um debate, que orientado pelos modelos já desenvolvidos nos ordenamentos jurídicos de outros países, nos permita traçar caminhos para o desenvolvimento de um sistema brasileiro de responsabilização criminal das pessoas jurídicas Longe de uma mera importação de leis, feita de forma perfunctória e apressada, sugere se aqui a reflexão sobre o que já foi feito em outros países.

Reconhece-se no presente trabalho que os direitos humanos necessitam ser defendidos em sua completude, e para tal é necessário e salutar que haja um debate sobre os limites da atuação das pessoas jurídicas, bem como a sua correspondente responsabilização por atos criminosos que venham a cometer no desempenho de suas funções.

1. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A SUA RELAÇÃO COM A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS.

Em um primeiro momento pode se imaginar que a temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica não se relaciona com a defesa dos direitos humanos. Porém é preciso ser lembrado que a conceituação dos direitos humanos se dá como o conjunto de direitos que é considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade (CARVALHO RAMOS, 2017).

Para a implementação de tais valores obrigatoriamente será necessária uma abordagem pelo aspecto econômico de nossa sociedade, sobretudo pelo aspecto penal e as suas múltiplas relações com os fenômenos econômicos e as relações de produção.

Com isso observarmos, nas palavras do Prof Juarez Cirino dos Santos (JUAREZ CIRINO,2020), que os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado, ou seja, as formas jurídicas e os órgãos de poder do Estado, possuem um papel de instituição e garantia das condições materiais fundamentais da vida social, protegendo os interesses de determinados grupos que são dominantes na sociedade ao passo que excluem e reduzem os interesses de grupos sociais menos favorecidos.

Desse modo percebemos, dentro de uma lógica da luta entre as classes sociais, que o Direito Penal garante as estruturas materiais em que se baseia a existência de tais classes. A saber: o capital e o trabalho assalariado. Além disso, o direito protege as formas políticas e jurídicas que garantem o domínio de uma classe sobre a outra e, seguindo essa lógica, podemos afirmar que o Direito Penal garante a desigualdade social (JUAREZ CIRINO,2020).

Podemos perceber tal desigualdade ao vermos a discrepância entre o tratamento dado as pessoas jurídicas e as pessoas físicas no atual ordenamento jurídico pátrio. Por um lado, temos a total irresponsabilidade penal da pessoa jurídica – mesmo que essa possa ser vítima na esfera penal- ao passo que as pessoas físicas, notadamente os mais pobres, sofrem mais com as atribulações do Direito Penal. Um exemplo clássico dessa situação nos é dado por Alessandro Baratta, segundo o qual, os

crimes contra o patrimônio são punidos mais severamente por serem comumente cometidos pela parcela mais pobre da população (BARATTA, 2002).

A situação se torna mais absurda ao vermos que na nossa atual sociedade, moderna e globalizada, os atos que importam para o Direito Penal não estão mais restritos àqueles praticados por pessoas físicas, pelo contrário, cada vez mais delitos gravíssimos e de intensa repercussão social têm a participação de pessoas jurídicas (BUSATO, 2017).

Prova notória dessa situação são os atuais desastres de Brumadinho/ MG e Mariana /MG, onde milhares de pessoas foram vitimadas pela ação de empresas ávidas pelo lucro e até hoje não encontraram reparação adequada.

Torna se impossível pensar em defesa dos direitos humanos, os quais são definidos como "valores essenciais que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais" (CARVALHO RAMOS, 2017), sem pensarmos em permitir que as vítimas dos crimes causados por grandes empresas tenham o direito a justa reparação pelos danos sofridos.

Não podemos falar de dignidade da pessoa humana sem considerar o atual estado de verdadeira impunidade para as pessoas jurídicas. Não é possível falar de direitos humanos em uma ordem democrática se a sua ordem jurídica está destinada a proteção dos interesses de determinadas classes sociais. Pachukanis já dizia que todo o direito é um direito da classe dominante, sendo que a determinação do direito provém das relações de produção e o funcionamento da superestrutura jurídica necessita da existência de um aparelho coercitivo. (NAVES, 1952).

Os direitos humanos possuem distintas maneiras de implementação, tanto dos pontos de vista objetivo e subjetivo. Subjetivamente o Estado pode promover a realização dos direitos humanos em conjunto com o particular, como é o caso do meio ambiente. Já objetivamente a conduta para o cumprimento dos direitos humanos pode ser ativa, realizando ações, ou passiva, abstendo se de realizar algo. Em ambos os casos o Estado terá que atuar em certos momentos sobre a premissa que o reconhecimento dos direitos de um indivíduo convive com os

direitos de outros. O mundo dos direitos humanos é o mundo dos conflitos entre direitos, com o estabelecimento de limites, preferências e prevalências. (CARVALHO RAMOS, 2017).

Exatamente por haver essa colisão de direitos o presente artigo se propõe a investigar formas de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, de modo que haja equanimidade no tratamento penal entre pessoas jurídicas e físicas. Onde os direitos das pessoas jurídicas terminam deve se começar o direito dos indivíduos, seja pela reparação dos danos ou pela punição daquelas empresas que venham a desempenhar a sua função empresarial de forma criminosa.

A responsabilização das pessoas jurídicas está de acordo com a atual realidade criminológica, na qual as principais agressões, especialmente a bens jurídicos transindividuais, como o meio ambiente ou a saúde pública, envolve a atividade de pessoas jurídicas, sem as quais seria impossível o cometimento de tais crimes (BUSATO, 2017).

Longe de um processo de expansão do Direito Penal a responsabilização criminal das pessoas jurídicas se traduz em uma adequação do direito penal a dinamicidade das relações sociais. A ideia de intervenção mínima obriga a uma constante revisão de quais são os ataques mais graves aos bens jurídicos considerados mais importantes para o desenvolvimento humano e para a garantia dos direitos humanos. Assim, torna se natural que haja o a substituição de criminalizações consolidadas por novos espaços de intervenção e proteção de direitos.

A expansão do Direito Penal deve ser combatida, porém é necessário que os mecanismos penais estejam em conformidade com a realidade social.

Essa realidade social deve ser estudada conforme as relações de produção da vida material, as quais permitem identificar os objetivos reais do Direito Penal que são frequentemente encobertos pelos objetivos declarados do Direito Penal. Tais objetivos declarados produzem uma aparente neutralidade do sistema de justiça criminal legitimados pelo discurso da igualdade, liberdade, do bem comum, etc... (JUAREZ CIRINO, 2020). Porém, esses objetivos declarados do Direito Penal se manifestam como um mero recurso retórico ao observarmos múltiplas desigualdades no tratamento penal as pessoas morais e físicas.

Dentre essas desigualdades, a mais marcante é justamente a falta de responsabilização criminal das pessoas morais. É criado um sistema jurídico onde o controle social penal protege as pessoas jurídicas, podendo figurarem como vítimas, ao passo que não as pune quando essas deliquem. Por isso a necessidade de se debater propostas para a responsabilização penal das pessoas jurídicas, as quais serão vistas a seguir.

2. BREVE ANÁLISE DOS MODELOS DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Ao se falar da responsabilização da pessoa jurídica, automaticamente, é comum deparar-se com os modelos dogmáticos aptos a fundamentá-la, os quais segundo Alfonso Galán Muñoz (GALÁN MUÑOZ, 2011), são dois: a responsabilidade por empréstimo ou atribuição, denominada heterorresponsabilidade, e a segunda que busca a responsabilização do ente coletivo por um fato que lhe é próprio, significando portanto uma fórmula de autorresponsabilidade (SALVADOR NETTO,2018) . Ambas as modalidades vieram com o intuito de superar o aforismo "Societas delinquere non potest".

Importante relembrar que ambos os modelos são ideais. Na medida em que os ordenamentos jurídicos dos diversos países foram assumindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por meio da incorporação de dispositivos legais, é possível perceber a adoção de aspectos presentes em cada uma dessas vertentes. Desse modo, é difícil se imaginar um sistema puro de heterorresponsabilidade ou de autorresponsabilidade atualmente. Assim, o mais correto é diagnosticar cada uma das legislações nacionais como mais próximas ou não de um determinado modelo.

No modelo de heterroresponsabilidade, a responsabilização penal da pessoa jurídica ocorrerá em razão da mera transferência à empresa da responsabilidade originada pelo fato delitivo cometido por uma pessoa física situada em específico nível hierárquico. A pessoa jurídica é responsabilizada a título de transferência, já que se atribui ao ente coletivo a responsabilidade da pessoa física que atua como órgão empresarial.

Os modelos de heterorresponsabilidade foram os primeiros a surgir como resposta dogmática para justificar a responsabilização penal

da pessoa jurídica. Esse caráter vanguardista de tais modelos, provavelmente, explica o fato de sua construção ser menos complexa ao identificar um nível de autonomia da pessoa moral. Em tal modelo, a responsabilidade da pessoa jurídica é vista como uma extensão da responsabilidade das pessoas físicas integrantes de seus órgãos.

Sendo assim, não se objetiva aqui uma responsabilidade diferente para a pessoa jurídica do que aquela atribuída a pessoa física. A pessoa jurídica toma emprestado o corpo da pessoa natural e, por meio dele, assume todos os seus elementos físicos e psicológicos. (PRADEL, 2001). Logo, pressupõe-se uma incapacidade de ação própria da empresa, essa identificada com o individuo apenas para a sua responsabilização.

Enquanto isso, a autorresponsabilidade resultou de uma gradativa evolução das formas de heterorresponsabilidade, havendo um condão lógico entre elas. Carlos Gómez- Jara Díez observa que as primeiras tentativas de responsabilização da pessoa jurídica continham fortes características de heterorresponsabilidade, tendo um especial enfoque nas pessoas físicas que atuavam em nome da empresa, para então atribuir a responsabilidade por ricochete, a exemplo, como visto anteriormente, do sistema de responsabilização francês. (JARA DÍEZ, 2005).

No modelo de autorresponsabilidade, a responsabilização deriva da própria pessoa jurídica. A legitimidade da imputação do delito à pessoa jurídica encontra-se nela mesma. Isso decorre do fato da conduta ser concebida como própria da pessoa jurídica, ou seja, de modo autônomo. (ROBLES PLANAS,2007). As ações que penalmente são relevantes são originárias do ente coletivo, não havendo nenhuma base em ações de pessoas físicas. Assim, caracterizando-se, conforme Carlos Gómez- Jara Diez em um modelo próprio responsabilidade e correspondendo aos padrões modernos do Direito Penal (JARA DÍEZ,2005).

A autorresponsabilidade, apesar de se basear na atuação de pessoas físicas, fundamenta-se na essência da própria organização, revestindo assim a imputação em um caráter autônomo, uma vez que as condutas realizadas são consideradas da pessoa jurídica, sem a necessidade de um substrato humano por trás delas.

Historicamente, é possível perceber uma tendência de proliferação dos modelos de autorresponsabilidade, os quais buscam procurar um conceito de culpabilidade centrado na identidade da empresa e nas suas peculiaridades, capaz portando de suportar um juízo de reprovação (JARA DÍEZ, 2005). A ascensão das teorias de autorresponsabilidade penal pode ser relacionada também com a gradativa perda da vinculação do sistema criminal com as categorias ontológicas herdadas do finalismo, o que permitiu aos juristas maior liberdade na construção de conceitos, em especial dentro da teoria do delito.

O afastamento das categorias do delito de conceitos pré-jurídicos ontológicos permitiu a introdução de finalidades político- criminais na construção dos pressupostos para se imputar a pena. Com isso, há uma mudança de perspectiva na teoria do delito, a qual passa a ser, não apenas uma teoria da infração ou da antinormatividade, mas também uma teoria da imputação de responsabilidade penal (SALVADOR NETTO,2018).

Ressalta-se aqui que foram apresentados a seguir apenas alguns modelos de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade, cujo intuito é demonstrar de que maneira a responsabilização da pessoa jurídica já fora proposta.

3. MODELOS DE HETERORRESPONSABILIDADE PENAL

3.1 MODELO DE RESPONSABILIDADE VICARIAL

Os modelos de heterorresponsabilidade, também denominados modelos de responsabilidade por empréstimo, vicariantes ou de transferência de responsabilidade. A título de exemplo, primeiramente, traz-se, ao proscênio da análise, o modelo vigente no sistema francês, já apresentado neste trabalho, o qual responsabiliza a empresa por ricochete, de modo que é na pessoa física que comete o delito que devem ser analisados os elementos subjetivos da ação como dolo e culpa (PRADEL,2001).

Os modelos de heterorresponsabilidade costumam apresentar três requisitos essenciais para a imputação da responsabilidade penal. O

primeiro requisito é atinente ao autor da infração penal, o qual deve ser um diretor, administrador, representante legal ou dirigente capaz de atuar, nas mais variadas circunstâncias em nome da pessoa jurídica. Com isso, a conduta de um empregado ou subalterno não teria, em tese, a capacidade de gerar a responsabilização do ente coletivo.

O segundo requisito impõe que a conduta praticada pelo dirigente tenha sido realizada no exercício e nos limites de suas funções ou no desempenho de atividades conectadas com a realidade empresarial.

Em um terceiro momento, exige-se a necessária intenção da pessoa física em obter algum tipo de vantagem ou benefício para a pessoa jurídica. Assim, excluindo-se o caso de dirigentes que atuam exclusivamente em proveito próprio ou de terceiros, hipóteses em que a empresa, na realidade, poderá ser entendida como uma vítima do eventual delito praticado se esse for a seu desfavor.

Em conformidade com tais requisitos, está o ponto de vista de Klaus Tiedemann, para o qual a responsabilidade vicariante forja um conceito adaptado para a admissão da responsabilidade penal sem culpa ou sem a necessidade de demonstrar a culpa. Entende-se que o agente não é nada mais que um braço da pessoa jurídica, cuja responsabilidade penal não é pessoal, e sim baseada na ideia de transferência da imputação. A pessoa jurídica atua em uma posição principal, ao passo que os seus empregados se configuram como agentes (BUSATO,2019).

A grande crítica que existe ao modelo vicariante reside exatamente nessa tentativa de conceber o conceito de atuação em proveito da pessoa jurídica como equivalente funcional à dimensão subjetiva do delito imputável às pessoas físicas.

De acordo com Silva Sánchez, é criticável essa forma de fundamentar a transferência dos elementos subjetivos da conduta criminosa da pessoa física para a pessoa jurídica, haja vista que o déficit de subjetividade inerente à empresa não pode ser compensado simplesmente pela falta de finalidade última da ação do individuo, ou seja, o atuar em proveito da pessoa jurídica (SILVA SÁNCHEZ,2013).

Desse modo, o modelo vicariante acabaria por resultar em uma responsabilização objetiva. Tal posicionamento é compartilhado por diversos autores como Nieto Martín, segundo o qual o comportamen-

to da pessoa física é objetivamente imputado à empresa "sem possibilidade de que essa se defenda alegando, por exemplo, que fez todo o possível para impedir a infração". (NIETO MARTÍN, 2008).

3.2 MODELO DE RESPONSABILIDADE POR IDENTIFICAÇÃO

Outro modelo de heterorresponsabilidade bastante conhecido na doutrina é o chamado de responsabilidade por identificação, ou "alter ego", da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Conforme tal entendimento, portanto, a empresa possui uma mente produtora do conteúdo da sua vontade, e apenas a responsabilidade referente às condutas das pessoas que ocupam os órgãos administrativos poderá ser transferida às pessoas jurídicas. Exclusivamente os dirigentes de alto escalão são formadores dessa vontade empresarial, já que os funcionários são somente membros executores de suas ordens. Desse modo, é claro, há um evidente restringimento do número de pessoas físicas representantes aptas a transferirem a sua responsabilidade para a pessoa jurídica. A pessoa jurídica é considerada culpada por meio da identificação com o ser humano que dirige a sua vontade (SALVADOR NETTO,2018).

Günther Heine destaca que o modelo de responsabilidade por identificação busca imputar as pessoas jurídicas por ações praticadas por seus órgãos administrativos, porém critica o fato de que para ele tal modelo apenas poderia servir no âmbito das pequenas empresas, uma vez que somente nessas seria possível encontrar uma estrutura hierárquica linear, ou seja, onde haveria apenas um único órgão administrativo responsável pelo controle organizacional (BUSATO,2019).

Essa exigência entra em conflito direto com a realidade na qual se vive, marcada pelo surgimento de formas cada vez mais modernas e complexas de organizações empresariais. São comuns hoje organizações com divisões de tarefas que acabam por dificultar a fonte concreta das decisões e, por consequente, a responsabilidade da pessoa natural, para então estabelecer uma culpabilidade individual que será transmitida a pessoa jurídica.

4. MODELOS DE RESPONSABILIDADE PENAL DIRETA (AUTORRESPONSABILIDADE)

4.1 MODELO DO ATO DE CONEXÃO

O modelo do ato de conexão é considerado o primeiro a atravessar a barreira de simplesmente imputar à pessoa jurídica, por ricochete, um delito. Pela primeira vez, graças a esse modelo, busca-se um fundamento de responsabilidade penal na própria pessoa jurídica, não se contentando apenas com a existência do injusto culpável decorrente da prática da conduta humana realizada por algum de seus integrantes. Na lição de Zugaldía Espinar, procura-se um fator adicional que faça com que "uma ação realizada por uma pessoa física (ato de referência) possa ser considerada juridicamente como própria da pessoa moral" (ZUGALDÍA ESPINAR, 2008).

A ação humana, em tal modelo, é vista sob um enfoque social, de forma a significar uma ocorrência derivada da própria atividade empresarial, de sua conformação interna, de sua estrutura organizacional, dentre outros, é imputado à empresa um delito que possa ser verdadeiramente entendido como seu.

No caso da responsabilidade por ato de conexão, há uma inovação com relação aos modelos de heterorresponsabilidade, busca-se delimitar o delito de modo que esse seja atribuível à pessoa jurídica como injusto próprio, desse modo, não sendo mais necessário identificar o sujeito físico atuante.

Diferentemente de antes, quando o que se fazia era simplesmente transferir o injusto e a culpabilidade para a pessoa jurídica, sendo, quase que sempre, imprescindível a persecução penal da pessoa física para que houvesse a persecução penal da pessoa jurídica. Agora não, nas palavras de Silvina Bagacilupo: "A ação ou omissão de uma ou várias pessoas físicas continuam existindo como ato de conexão ainda que tais indivíduos não tenham sido identificados" (BAGACILUPO, 2013).

O modelo em tela exige alguns requisitos para a imposição de responsabilidade penal à pessoa jurídica. Primeiramente, obriga-se que haja uma conduta criminosa humana que viole as obrigações e deveres da empresa no exercício de suas atividades sociais, depois é requisito

obrigatório que esta mesma conduta criminosa tenha sido realizada por alguém com atribuição para isso, por último, exige-se que o delito tenha sido praticado em prol da pessoa jurídica.

Contudo, em contraste com os modelos de heterorresponsabilidade, somente esses pressupostos não bastam. É exigido aquele "fator adicional" mencionado por Zugaldía Espinar: um elemento de valoração (normativo) capaz de conferir uma reprovação intrínseca à pessoa jurídica e que fundamente a sua responsabilização. A conduta humana deixa de ser a condição suficiente para a responsabilização da penal para se tornar apenas um pressuposto necessário (ZUGALDÍA ESPINAR,2009).

A conduta humana passa a ocorrer como consequência de a empresa ter violado seu dever de adotar medidas de precaução da criminalidade destinadas a garantir o exercício de sua atividade em plena conformidade com o ordenamento jurídico. Temos aqui, portanto, um foco de desvalor que é exclusivo da pessoa jurídica, derivando da atividade empresarial que não observa os requisitos para a minimização de riscos delitivos e códigos de éticas empresariais, não se relacionando imediatamente e intrinsecamente com o atuar humano (ZUGALDÍA ESPINAR, 2009).

A centralidade da imputação, portanto, está na falta de observância empresarial em relação à adoção e à efetivação das medidas preventivas e de controle condizentes com a sua atividade. Um aspecto claramente exclusivo da pessoa jurídica, pertencente ao seu modo de estruturação interno.

Porém esse modelo possui críticas que lhe são atinentes. Primeiramente, criticase a dependência que ainda possui do ato de conexão para a responsabilização penal da pessoa jurídica, retornando em seu limiar ao ato empréstimo por ato de outrem.

Klaus Tiedemann apresenta uma resposta a essa crítica, sustentando que essa situação se assemelha aos crimes comissivos por omissão. Em seu ponto de vista, a existência de uma violação de um dever empresarial, sob uma ótica socionormativa, permite a imputação da responsabilidade penal à pessoa jurídica. (JARA DÍEZ,2005). É a violação de um dever imposto à empresa ou decorrente do exercício de suas atividades normais.

Por esse viés, segundo entendimento da autora espanhola Ana Isabel Pérez Machio, é imputada a responsabilidade penal na empresa por essa ter descumprido suas obrigações de autorregulação, criando, portanto, um risco proibido. A empresa assume um papel de garantia com relação aos bens jurídicos que podem vir a ser afetados por suas atividades. Desse modo, a posição de garante da empresa está quando essa atua com "inobservância das obrigações de autorregulação que põem em perigo determinados bens jurídicos como consequência da atividade empresarial" (PERÉZ MACHÍO,2013).

Ao que parece, a falha de organização se aparenta com um argumento retórico- dogmático distante da realidade fática e impossível de aferição real. Muito embora o fundamento teórico seja a referida falha de organização, o fundamento real permanece sendo a atribuição da conduta delitiva praticada.

Em resumo, haverá responsabilidade penal da pessoa jurídica quando a conduta criminosa for realizada por uma pessoa com poderes dentro da estrutura empresarial, violando deveres e obrigações atinentes à atividade empresarial, tendo por objetivo o benefício da pessoa jurídica, sem a demonstração de uma correta organização desta.

Tendo isso por base, pode-se concluir, após uma simples ilação, que a incoerência da conduta criminosa pela empresa se tornaria totalmente dependente da demonstração, por parte da pessoa jurídica, que essa, efetivamente, adotou todas as medidas que lhe eram possíveis para evitar a conduta delituosa. Se trataria, portanto, de uma presunção relativa, na qual, desde que não se prove o contrário, a "atuação defeituosa individual representa uma organização defeituosa do coletivo".

O modelo do ato de conexão representa uma evolução em relação aos modelos que lhe antecederam, ao atribuir a delinquência da pessoa física à pessoa jurídica por essa ter se olvidado de seus deveres de fiscalização, prevenção e controle. Porém, falta-lhe um desenvolvimento mais aprofundado acerca da conduta criminosa praticada pela pessoa jurídica em si. Não se desenvolveu aqui um modelo que considerasse a pessoa jurídica capaz de uma ação. Feijóo Sánchez critica que a autonomia organizacional da pessoa jurídica restringe-se à mera ferramenta

apta à eventual exclusão de culpabilidade ou redução de pena (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2012).

Nesse sentido, a autonomia organizacional se reveste como um requisito negativo, pois ela se assume como regra, e uma vez observadas as demais condições, é transferida a responsabilidade da pessoa física para a pessoa jurídica. Em resumo, o injusto da pessoa jurídica fica próximo daquele atribuído à pessoa física e a sua culpabilidade (defeito de organização) resta-se presumida (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2012).

4.2 A PROPOSTA DA TEORIA DA AÇÃO INSTITUCIONAL

David Baigún propôs, como solução para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, um sistema de dupla imputação, no qual coexistem duas vias de atribuição da responsabilidade: uma dirigida à pessoa jurídica, enquanto unidade autônoma, e a imputação tradicional às pessoas físicas (BAIGÚN, 2000).

Em sua leitura, Baigún vê a empresa como um ente distinto da somatória de todos os indivíduos que a integram, ou seja, um ente independente que possui suas próprias características. Por esse motivo, a ação institucional seria o produto de um fenômeno no qual atuam os elementos anímicos de cada um dos membros da coletividade e também "o interesse como uma objetividade qualitativamente diferente do interesse de cada um dos indivíduos" (BAIGÚN, 2000).

De acordo com esse modelo teórico, a conduta da pessoa jurídica, ou seja, a ação institucional, devem estar presentes três requisitos. São eles: organização, regulação normativa, e interesse econômico. A organização é trazida por David Baigún como um elemento independente da regulação normativa, dada a importância do exame de regulação no momento em que se atribui um delito à empresa. Para existir a organização, tornam-se necessários: uma coletividade humana de certa magnitude, um conjunto de fins racionais, um sistema de comunicação institucionalizado, um sistema de poder e um nível de conflito interno.

A coletividade humana é um elemento comum e necessário às pessoas jurídicas, sendo determinada pela regulação normativa e ser-

vindo de parâmetro para análise dos fins da corporação. Na sequência, tem-se o elemento referente aos fins racionais, ou estatutários, que se encontram no ato constitutivo da pessoa jurídica ou contratos que essa celebra. Contudo, tais fins são diametralmente diferentes dos fins reais da empresa, os quais são uma constatação da existência de organização, que somado ao lucro, pode desviar a pessoa jurídica de seus fins estatutários. (BAIGÚN,2000).

A organização também necessita de um sistema de poder que permita a um indivíduo ou grupo de indivíduos ter ingerência sobre outros grupos de indivíduos com o objetivo de obter algo deles. São as relações de poder tradicionalmente existentes no seio da organização empresarial. O sistema de poder pressupõe também, a fim de que se verifique um conjunto efetivamente organizado, elementos como controle e aplicação de regras entre os integrantes da coletividade, participação, dentre outros.

Dentro desse plano organizacional, há também a colisão dos mais diversos interesses entre grupos e indivíduos, que pode vir a determinar, em última instância, a decisão final tomada pela pessoa jurídica. Nas palavras de David Baigún esse conflito entre interesses tem o condão de repercutir sobre "um curso de ação distinto do esperado" (BAIGÚN,2000).

Na sequência, requer-se a existência de regulação normativa, a qual diz respeito às normas que estabelecem como devem ser tomadas as decisões dentro das pessoas jurídicas, sua constituição, a composição de seus órgãos e como deverão se desenvolver suas atividades. A regulação pode ter um aspecto tanto interno que visa a administração, como externo, onde se torna visível a vontade social. Analisa-se a regulação normativa com base no ordenamento jurídico, no qual a pessoa jurídica foi constituída, de maneira que seu ato constitutivo e todas as normas referentes ao seu funcionamento, devem estar em consonância com as leis pátrias.

Por último, há o interesse econômico, o qual pode ser entendido como ganância ou benefício (BAIGÚN, 2000), encontrando-se diretamente ligado ao processo de acumulação do capital. É hialino tal processo no comportamento das empresas, as quais têm a acumulação do capital como um de seus principais objetivos, e

que tenderão a orientar suas decisões visando escolher aquela que proporcione maiores ganhos. O interesse econômico consiste em algo que é desejado pelos indivíduos, e esse deve se conformar a um conjunto próprio de leis, às quais se sujeitam os membros integrantes da pessoa jurídica.

Analisando os três aspectos necessários à configuração da ação institucional, organização, regulação normativa e interesse econômico, percebe-se que é possível reconhecer a empresa como uma entidade autônoma. Desse modo, a ação institucional se torna o produto da decisão dos órgãos do ente coletivo inserida no âmbito dos regulamentos estatutários. A decisão ocorre a partir do funcionamento de uma organização que atua visando o interesse econômico (BAIGÚN,2000).

A ação institucional consistiria em um modelo de autorresponsabilidade por construir uma categoria da ação destinada à atuação da pessoa jurídica, de modo autônomo dos seus membros. Assim, construindo um sistema de responsabilidade, cuja imputação se dá em decorrência de uma conduta cometida pela empresa em si.

CONCLUSÃO

Foram discutidas algumas das principais formas de responsabilização criminal das pessoas jurídicas, primeiramente definindo os modelos de autorresponsabilidade e heterorresponsabilidade, e em sequência analisando algumas de suas respectivas propostas a fim de se haver uma melhor compreensão sobre quais foram as soluções até então encontradas pela dogmática estrangeira para o tema.

Dessa forma buscou se aventar possibilidades para que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas por condutas criminosas que venham a cometer no desempenho de suas funções, havendo por consequente uma equidade no tratamento dado as pessoas jurídicas e físicas perante o ordenamento jurídico.

Também ressalta-se o papel essencial da responsabilização penal da pessoa jurídica para a defesa dos direitos humanos, a exemplo do meio ambiente. O presente artigo buscou apresentar modelos estran-

geiros a responsabilização criminal das pessoas jurídicas, sendo que tal instituto terá um impacto fundamental para a defesa dos referidos direitos e dos menos favorecidos socialmente ao tornar igual o tratamento de pessoas físicas e jurídicas perante a lei penal.

Por último, demonstrou se que a responsabilização de entes coletivos já faz parte da realidade jurídica de outros países, sendo que a sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro estaria em compasso com uma adequada proteção dos indivíduos perante atos criminosos que por ventura venham a ser praticados por pessoas jurídicas.

Ressalta-se que longe de soluções definitivas para a criação de tal instituto no Brasil, as propostas que aqui foram analisadas são caminhos que devem ser objeto de reflexão pela academia brasileira e pela sociedade brasileira como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)**. Buenos Aires: Depalma, 2000

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Critica e Critica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAGACILUPO, Silvina. **El Modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes coletivos.** In: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca (Coord.). Aspectos práticos de la responsabilidade criminal de las personas jurídicas. Pamplona: Aranzandi, 2013.

BUSATO, Paulo Cesar. **Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valência. Tirant Lo Blanch, 2019

_____. **Direito Penal: parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. ***"Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em el código pe-***

nal español''. In Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. [Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijó Sánchez e Carlos Gómez-Jara Díez – orgs.]. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

GALÁN MUÑOZ. Alfonso. **'La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetera y la autoresponsabilidad**'. In: Revista General de Derecho Penal. Barcelona, n.16, 2011

GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons 2005.

NAVES, Márcio Brilharinho. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo:Boitempo, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: um modelo legislativo**. Madrid: Iustel,2008. P.88-89.

PRADEL, Jean. ***La responsabilidad penal de las personas jurídicas.*** Trad. José Hurtado Pozo. In:HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. ***La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada.*** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001

PERÉZ MACHÍO, Ana Isabel. **Modelos tradicionais de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. In: DE LA CUESTA ARZAMENTI, José Luis (Dir.); DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (Coord.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pamplona: Aranzandi, 2013

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Crimes de pessoas jurídicas? A propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes**. Trad. Manuel José Miranda Pedro. Lusíada, Lisboa: Universidade de Lisboa, série II, n. 4-5, 2007

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9ed.rev. atual e ampl. São Paulo:Tirant lo Blanch, 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVA SÁNCHEZ. Jesús- Maria. **La responsabilidad de las personas jurídicas en derecho español**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria: Montaner FERNÁNDEZ.Raquel. Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Marcielle de Sousa Lins

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é tratar sobre o tema Dignidade da pessoa Humana e o Sistema Carcerário ou Penitenciário do Brasil. A preferência do presente tema justifica-se à sua enorme repercussão nos dias atuais e magnitude em virtude do ambiente de perplexidade e violência dos presídios brasileiros convergindo para sua decadência.

Assim, para conferir esse assunto, foi realizado um estudo aprofundado do presente tema, utilizando-se o método dedutivo, através do qual parte-se do geral para o específico; e também o método estatístico, nas modalidades quantitativas e qualitativas, uma vez que o presente trabalho dependia de informações precisas sobre a atual situação dos presídios brasileiros.

Para tal estudo, foram realizadas pesquisas em livros doutrinários da área jurídica, informações em sites do Estado, sobre o sistema Penitenciário e artigos relacionados ao assunto, para atender a finalidade de trazer dados precisos e atuais.

O DIREITO PENAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. Para efetivar essa proteção utiliza-se da cominação, aplicação e execução da pena. A pena não é a finalidade do direito penal. É apenas um instrumento de coerção de que se vale para a proteção desses bens, valores e interesses mais significativos da sociedade. Não se admite, portanto, a criação de qualquer tipo penal incriminador onde não se consiga apontar, com precisão, o bem jurídico que por intermédio dele pretende-se proteger. (GRECO, 2017, p. 36)

Ou seja, o renomado e ilustre autor das ciências jurídicas deixa evidente em suas colocações que a prisão não é o objetivo do Direito Penal, trata-se de um mecanismo através do qual a justiça utiliza-se para punir condutas que produzem um resultado naturalístico capaz de fomentar uma mudança negativa no meio externo, uma drástica alteração no ambiente social.

Beccaria em conclusão a sua obra no capítulo XLII, diz que:

> "Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas, proporcionada aos crimes, ditadas pelas leis."

Beccaria é tido como o mestre de Milão e um dos nobres pensadores iluministas de seu tempo, com lições jamais apagadas pelo tempo. Todavia, suas lições retratam apenas o óbvio, aquilo que já está ao alcance da sociedade e da mídia. O sistema penitenciário atual é falido e cruel, ainda que não estejamos vivendo em um Estado despótico e tirano. Em contradição a última afirmação fundada de contratempos, tem-se um sistema carcerário que trata seus presos de forma indigna, como se o fato dele ter cometido uma infração penal, ter sido preso, processado e condenado, perdendo a sua liberdade, o privasse também de seus direitos.

José Nilton, em sua obra abordando sobre a temática em questão,

traz um julgamento muito atual sobre a pena privativa de liberdade:

> É indiscutível que a pena de prisão, notadamente a pena privativa de liberdade, em todo o mundo, passa por uma crise sem precedentes. A idéia disseminada a partir do século XIX segundo a qual a prisão seria a principal resposta à criminalidade tornou-se uma falácia. Nosso atual sistema carcerário é um depósito de — "excluídos sociais", que cumprem a perversa trajetória de um sistema capitalista cuja necessidade é manter setores marginalizados da renda, da propriedade e do avanço tecnológico.

Usando da maior clareza que a língua portuguesa permite, o autor quer dizer que a pena privativa de liberdade é um clamor da sociedade e em muitos casos uma forte apelação das mídias. Entretanto, quando executada, não significa dizer que a justiça fora feita, muito pelo contrário, é apenas mais um indivíduo que será privado dos seus direitos, um excluído da sociedade que contribuirá no futuro próximo para o aumento da criminalidade.

Determina o art. 3° da Lei de Execução Penal:

> Art. 3° Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
>
> Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Dessa forma significa dizer que o condenado que descumpriu uma possível cláusula do contrato social responsável pela organização da sociedade em forma de Estado, perderá uma parte considerável dos seus direitos, neste ínterim, nos dias atuais, nos países em que se resguarda a dignidade da pessoa humana, ficam preservados os demais direitos do apenado.

O FIM UTILITÁRIO DA PENA

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstân-

cias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A pena restritiva de liberdade tem como finalidade principal manter o sujeito que praticou conduta conflitante ao Direito Penal detido em delegacias, centros de reclusão provisória e penitenciária, vislumbrando a prevenção de novos crimes na sociedade e levando em consideração o caráter ressocializador, o que de fato não acontece.

A prevenção, elucidando de forma concisa, seria o impedimento de novos crimes; fazendo uma comparação entre o raciocínio de Guilherme Souza Nucci e Rogério Greco, ambos alegam que este conceito se subdivide em dois, ficando: geral positivo, que seria a afirmação para todos, que para aquele ato praticado em contrariedade com a lei, há uma lei que à protege, e o geral negativo, o qual seria a dissuasão de toda sociedade e dos seus membros sobre a prática de crimes. E Greco vai ainda mais à fundo dividindo à prevenção em especial negativa e especial positiva; a prevenção especial negativa provoca a segregação súbita do convívio em sociedade, enquanto que a prevenção especial positiva tem como expectativa a ressocialização.

Colocando em evidência a questão da ressocialização (principal característica), cabe o disposto no art. 5.º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: — "As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados".

A pena-base só deve ser fixada no mínimo se todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ou se não houver circunstâncias judiciais relevantes. Havendo uma circunstância desfavorável, impõe-se o aumento. Vejamos as 8 circunstâncias judiciais previstas:

Culpabilidade do agente: há certa divergência sobre o que deve ser analisado como "culpabilidade". Para o STF é o grau de censura pessoal do réu na prática do delito.

Antecedentes do agente: é o passado criminal do agente.

> Info. 791 do STF (2015): A EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS POLICIAIS OU DE AÇÕES PENAIS SEM TRÂNSITO EM JULGADO NÃO PODEM SER CONSIDERADOS COMO

> MAUS ANTECEDENTES PARA FINS DE DOSIMETRIA DA PENA. Já havia a súmula 444 do STJ. Agora, a questão foi decidida pelo Plenário em sede de repercussão geral.

Conduta social: é o estilo de vida do réu perante a sociedade.

> Info. 825 do STF (2016): A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL "CONDUTA SOCIAL", PREVISTA NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, REPRESENTA O COMPORTAMENTO DO AGENTE NO MEIO FAMILIAR, NO AMBIENTE DE TRABALHO E NO RELACIONAMENTO COM OUTROS INDIVÍDUOS. OS ANTECEDENTES SOCIAIS DO RÉU NÃO SE CONFUNDEM COM OS SEUS ANTECEDENTES CRIMINAIS. SÃO CIRCUNSTÂNCIAS DISTINTAS, COM REGRAMENTOS PRÓPRIOS. ASSIM, NÃO SE MOSTRA CORRETO O MAGISTRADO UTILIZAR AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO COMO "CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL".

Personalidade do agente: é o retrato psíquico do delinquente. Rogério Greco entende que o juiz não tem capacidade técnica necessária para a aferição da personalidade do agente (reservada aos profissionais de saúde - PSIQUIATRA). - De acordo com o STJ, a personalidade do agente não pode ser considerada de forma imprecisa, vaga, insuscetível de controle, sob pena de restaurar direito penal do autor.

Motivos do crime: são os fatores que motivaram o agente a praticar a infração penal. Só incide quando a motivação do crime não caracterizar qualificadora, causa de diminuição ou de aumento da pena, ou atenuante ou agravante genérica.

Circunstâncias do crime: são os dados acidentais, secundários, relativos à infração penal.

> Info. 731 do STF (2014): EM JULGAMENTO DE HOMICÍDIO CULPOSO, O JUIZ TERIA UTILIZADO O ARGUMENTO DO EXCESSO DE VELOCIDADE PARA:

1) CONCLUIR QUE HOUVE IMPRUDÊNCIA E, PORTANTO, HOMICÍDIO CULPOSO, CONDENANDO O RÉU;

2) AUMENTAR A PENA-BASE, VALORANDO NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS. A DEFESA IMPETROU HABEAS CORPUS NO STF ARGUMENTANDO QUE HOUVE BIS IN IDEM NESSE CASO. A QUESTÃO FOI JULGADA PELA 1ª TURMA DO STF. DOIS MINISTROS CONCORDARAM COM A TESE DA DEFESA E OUTROS DOIS JULGADORES VOTARAM PELA NÃO CONCESSÃO DA ORDEM. COMO HOUVE EMPATE, PREVALECEU A DECISÃO MAIS FAVORÁVEL.

A DEFESA ARGUMENTOU QUE O JUIZ NÃO PODERIA TER AUMENTADO A PENA-BASE UTILIZANDO COMO ARGUMENTAÇÃO O FATO DE ELE ESTAR DIRIGINDO EM ALTA VELOCIDADE, CONSIDERANDO QUE ESSE FATO JÁ TERIA SIDO USADO PELO JUIZ PARA CARACTERIZAR A CONDUTA DO ACUSADO COMO IMPRUDENTE, CONDENANDO-O PELO HOMICÍDIO CULPOSO.

Consequências do crime: devem ser analisados os efeitos práticos do crime na vítima e na sociedade. Exemplo: o homicídio de um arrimo de família traz consequências graves para aqueles que dele dependiam.

Comportamento da vítima: é uma circunstância favorável ao réu. Exemplo: a vítima que abertamente manuseia grande quantidade de dinheiro em um ônibus, por exemplo, incentiva a prática de furtos ou roubos por ladrões.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O sistema prisional Brasileiro há muito tempo vem caminhando como uma célula em estado de destruição, caminhando rente ao

colapso e decadência de um sistema falido, deplorável e ultrapassado. Guilherme Souza Nucci leciona sobre a atual situação do sistema carcerário brasileiro:

> (...) O ponto relevante para ser destacado é a real condição do cárcere na maioria das comarcas brasileiras. É de conhecimento público e notório que vários presídios apresentam celas imundas e superlotadas, sem qualquer salubridade. Nesses locais, em completo desacordo ao estipulado em lei, inúmeros sentenciados contraem enfermidades graves, além de sofrerem violências de toda ordem. Parte considerável dos estabelecimentos penais não oferece, como também determina a lei, a oportunidade de trabalho e estudo aos presos, deixando-os entregues à ociosidade, o que lhes permite dedicar-se às organizações criminosas. (NUCCI, 2016, p.73).

Importante ressaltar, a pena privativa de liberdade tem sua origem a partir do século XVIII, tendo em vista, que anteriormente o corpo físico era a forma de ser paga uma penalidade. Consequentemente após anos surgiram então os sistemas carcerários. Sistemas estes que não conseguem cumprir com a sua finalidade total, deixando evidente a sua ineficácia.

Tendo em vista o deplorável, tenebroso e vasto crescimento da criminalidade no Brasil, a coação da sociedade e midiática por penalidade, faz com que muitos tenham aquela visão pequena, ignorante e "padrão" de que o aumento do número de penitenciárias e vagas à disposição seria a solução mais viável. Devido a essa forte influência que acaba gerando uma pressão no poder judiciário, os juízes brasileiros, sob o fundamento em razão da gravidade e da repercussão daquele delito cometido pelo infrator, acabam sendo coagidos a tomarem uma decisão mecânica, levando mais em consideração os aspectos emocionais da sociedade em agonia, ignorando assim o princípio da inocência inscrito na CF, ficando assim a análise de tal princípio para um segundo momento.

Avaliando presos em estabelecimentos penais e presos detidos em outras carceragens, o Infopen 2019 aponta que o Brasil

possui uma população prisional de 773.151 pessoas coibidas de liberdade em todos os sentidos. Analisando apenas presos custodiados em unidades prisionais, o país arresta 758.676 aprisionados. Devido a essas situações de padronização dos casos, não levando em consideração a individualização de cada situação, a gravidade ou o ato praticado, muitos são expostos a situações tenebrosas e completamente desproporcionais, colocando em cárceres, assassinos junto com inadimplentes de pensão alimentícia, a título de exemplo.

Tomando essa realidade como base, caso os olhos dos Magistrados Brasileiros estivessem "abertos" nesta perspectiva, os mesmos estariam "cultivando" assim penas alternativas postas à disposição, para não adotar o aprisionamento, e os sofrimentos de uma escola para ensino superior em condutas contrárias ao permitido pela lei.

O CRIME CONTRA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DENTRO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Sheila do Nascimento traz em seu excepcional trabalho, um rol de violações dentro do sistema prisional que expõe o autor César Barros Leal:

> Evidente superlotação, que além de provocar amontoamento de presos, dificulta funções e serviços básicos, como alimentação, saúde, higiene, segurança, trabalho, educação, recreação e assistências em geral; Presos em delegacias ou cadeias públicas à espera de uma vaga nas prisões, eis que a insuficiência de vagas nos cárceres é situação rotineira; Situações estruturais totalmente comprometidas, com instalações inadequadas, celas sem lavatório, cama, colchões ou lençóis, com infiltrações, baratas, pulgas, percevejos e ratos, aonde não penetram raios do sol e onde o odor fétido de urina e excremento, acumulados em pequenas cubas ou sacos de plástico, torna-se insuportável, em completo abandono as mais elementares normas de higiene; Alto índice de doenças e absoluta ausência de tratamento médico; Reclusos sadios com doentes mentais, e estes últimos sem tratamento adequado e acorde com os preceitos médicos e legais; Elevada

> taxa de suicídios e homicídios realizados das mais aterrorizantes formas: presos decapitados, esquartejados, mutilados, degolados; Violência sexual, muitas vezes cometidas por presos diagnosticados como soropositivos ou aidéticos; Rebeliões, motins, e crime organizado, onde os próprios presos aplicam sanções, decidem quem deve viver ou morrer, comandam a extorsão, o narcotráfico e o mercado do sexo; Abuso de poder e corrupção de agentes penitenciários e autoridades que fazem cobrança ilegal de serviços e pagamentos de cotas por proteção ou para liberação de castigos físicos; Maus-tratos, torturas, castigos físicos, por parte dos agentes penitenciários e policiais Presos cumprindo condenação superior à fixada na sentença, sem desfrutar de trabalho externo, liberdade condicional ou outros benefícios da lei; Presos sem condenação, ou que tenham sido absolvidos ou condenados a pena inferior ao tempo do encarceramento sem que recebam qualquer indenização; Presos tendo que ceder a própria esposa ou filha donzela, no dia de visita, ao líder da cela, da rua ou do pavilhão, sob ameaça de represálias; Prisões onde mulheres e crianças são encarceradas junto com homens, e as autoridades fingem desconhecer estupro diário e sistemático de uma jovem de 15 anos, detida numa cela com cerca de trinta presos, durante 24 dias, forçada a manter relações sexuais para não morrer de fome; Prisões onde jogam futebol com a cabeça de presos mortos; Prisões onde o trabalho é um prêmio e os internos ocupam seu tempo ocioso, perdido, tecendo os fios de rebeliões e fugas, que serão mais tarde exploradas por manchetes dos jornais e pelos noticiários da televisão que anunciarão de maneira destacada seu enfrentamento com a polícia e talvez seus óbitos; Prisões onde não há água potável e os alimentos que se servem, sem nenhuma regularidade, contêm resíduos fecais; Prisões onde os encarcerados se suicidam em protesto e dor e se amotinam ante a lentidão de seus processos.(LEAL, 2010, apud, NASCIMENTO, 2011, p. 51)

De modo geral é evidente a desatenção aos Direitos humanos e a dignidade da pessoa humana. É um tanto emblemático o tratamento

dispensado aos presos, de modo que estes têm a sua dignidade ultrajada vivendo em condições desumanas durante anos, em condições extremamente degradantes. Dessa forma, ao invés de se preocuparem com a reabilitação para voltarem melhores para convivência em sociedade, os mesmo tem que se preocupar com a sua sobrevivência.

Através deste breve relato fica perceptível a triste situação desumana a qual um aprisionado encontra ou passa em um presídio brasileiro, um verdadeiro local de deterioração humana.

Em uma Comissão Parlamentar de Inquérito realizado no Presídio de Pedrinhas no Maranhão em 2017, em apenas uma cela, foram colhidos depoimentos de que muitos dos presos nunca tinham participado de uma audiência no curso do seu processo criminal. E para completar o descaso total, não havia nesse presídio programas de ressocialização, tendo apenas algumas práticas esportivas e o banho de sol.

Ainda também há outra questão de fundamental importância a ser abordada. Segundo relata Nana Queiroz, as detentas são versadas como homens, e em alguns casos até pior, pois, quando engravidam, é dolorida e aflitiva a gestação de uma presa dentro de um presídio. Ela faz menção em sua belíssima epigrafe:

"Para o Estado e a sociedade, parece que existem somente 440 mil homens e nenhuma mulher nas prisões do país. Só que, uma vez por mês, aproximadamente 28 mil desses presos menstruam." (QUEIROZ, 2015, p. 06)

A Revista Galileu online, com baldrame nos dizeres de Nana Queiroz traz um caso terrível de tortura contra a mulher em período de gestação, o qual é importante exibir a baila:

> "A violação de direitos humanos com relação às gestantes é generalizada", diz a ativista Heidi. Além disso, os relatos de tortura são comuns mesmo entre grávidas. Um caso chocante é o de Aline, uma traficante que, durante a detenção em Belém do Pará, tomou uma paulada na barriga e ouviu do policial: "Não reclame, esse é mais um vagabundinho vindo para o mundo".

Ou seja, muitas mulheres vivem em condições totalmente insalubres, sem o mínimo de dignidade, de respeito aos direitos que ainda

lhe restam. Um lugar que deveria ser propício a ressocialização é mais uma faculdade de ensino e incentivo a marginalidade. Humilhações constantes não transmitem conhecimento, nem dignidade, nem tampouco uma profissão. Os filhos destas mulheres já nascem em meio a um ambiente de hostilidade, de quizília.

Javier Galvete citado por Fernando Bojerano Guerra diz:

> Em Bedford [...], nem o prefeito e nem os carcereiros cobravam soldos do Estado, senão que viviam de certas cotas impostas aos presos, de maneira que nenhum deles podia sair da prisão ainda que houvesse cumprido a sua condenação, ou sido absolvido, enquanto não abonasse 75 rs ao prefeito e 10 ao carcereiro. Alguns infelizes permaneciam anos inteiros detidos por não poder pagar esses tributos.

De forma clara o autor evidencia a questão da corrupção que há dentro dos presídios, em que aqueles que têm maior poder aquisitivo conseguem comprar a administração desses presídios, ter um conforto maior lá dentro, organizar estratégias de fuga com o apoio dos próprios administradores e responsáveis pela organização de lá, assim como também ter o domínio daquele local e dos demais apenados. Conquanto, aqueles que não usufruem das mesmas condições ficam a mercê do Estado, dos órgãos judicias, da falida administração pública.

SOLUÇÕES VIÁVEIS PARA O SISTEMA PRISIONAL

Pelos nítidos problemas expostos, a violação da dignidade da Pessoa Humana dentro do Sistema Prisional, pode-se finalizar que a maior parcela de culpa pela taxa de reincidência no Brasil está dentro do próprio sistema prisional. Não obstante, seria necessário o implemento de medidas capazes de ressocializar os aprisionados. Anteriormente cabe tecer, a pena restritiva de direitos deve ser justaposta como ultima ratio, ou seja, naqueles casos extremos, graves, nos quais não se encaixa a aplicação de penas alternativas, mas sempre respeitando a dignidade da pessoa humana, para desta forma atingir o fim último da prisão.

Apesar disso, o conjunto de leis vigentes no Brasil, deixa claro nos seus textos que o direito de todos deve ser resguardado pela justiça, no entanto, a Lei de Execução Penal mostra uma realidade ilustrativa, no entanto, o presente artigo com mãos dadas aos presídios brasileiros, demonstra a realidade. Em meio as medidas de solução destaca-se as penas alternativas, elencadas dos artigos 43 à 48 do Código Penal (FILHO, 2017, p. 504), que estão dentre elas, prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Um fator inibidor de determinadas infrações penais seria justamente o implemento de políticas públicas por parte dos governantes, ou seja, ações sociais com o objetivo de minimizar a extrema desigualdade social existente na sociedade, quebrando a visível barreira econômica e social que existe entre pobres e ricos.

A pena alternativa de direito seria também uma solução extremamente viável, assim como seria de extrema contribuição o entendimento e assimilação destas por parte dos magistrados, tendo em vista que contribuem para diminuir a superlotação nas penitenciárias com poucos recursos devido a má administração pública.

Outra questão também a ser vista pelo Ministério Público seria justamente colocar juízes aptos para fiscalização do andamento dos presídios. O artigo 66 da LEP diz:

> Art. 66. Compete ao Juiz da execução: VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; (FILHO, 2017, p.1218)

Além disso, agora chega-se no ponto principal do trabalho, que seria justamente a união do Estado, poder judiciário e sociedade buscando ressocializar estas pessoas, porque somente o Estado fazendo maiores investimento nas prisões, nas condições adequadas dos seus aprisionadas

pode agir de forma coerente; o poder judiciário saindo do seu estado de conformismo, colocando os processos para andarem, dando a cada um o que é seu, com penas e julgamentos justos; e a sociedade tirando de dentro de si aquela visão preconceituosa de que o fato de uma pessoa ter cometido um crime, esta será para sempre sua marca registrada.

Se o Estado cumprisse com o seu dever principal, criando programas de cursos técnicos, profissionalizantes, ofertando a essas pessoas a possibilidade de mudarem de vida, criar o seu próprio futuro, com novos caminhos e a sociedade fosse mais hospitaleira e receptiva, ofertando vagas de trabalho em empresas, instituições; de modo que se fosse possível eles já pudessem começar a exercer um trabalho quando estivessem lá dentro e assim até conseguissem reduzir a pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe destacar que é fulgente que o sistema prisional apresenta condições infames, apresentando como implicações de ineficiência administrativa, judiciária e governança péssima, o qual não promove criações de vagas em presídios e programas de reabilitação que sejam eficientes. O desprezo por parte vem inclusive do sistema judiciário Brasileiro, o qual se perpetrasse seu papel com eficácia, as violações seriam menores.

A sociedade tem plena consciência de que os custos de um indivíduo aprisionado são altos para o Estado, além de que eles vão para lá e voltam verdadeiros monstros, com ideias ainda piores para desestabilizar pessoas e famílias, ao invés de ocuparem seu tempo com atividades produtivas e promissoras. Vidas humanas são expostas aos riscos do podre sistema prisional.

Seguindo essa linhagem, acaba sendo de extrema importância a criação de medidas urgentes, como soluções humanizadas, ações de ressocialização para promover a melhor inserção do indivíduo na sociedade.

Portanto, mesmo expostos os absurdos que encarcerados passam constantemente, a perspectiva deve ser voltada no ordenamento jurídico, com o escopo de abolir as diárias violações a dignidade humana, uma vez que, a reeducação deve ser aplicada lá dentro das penitenciárias, além disso, o dever do Estado não se resume apenas a punir, mas

ainda a resguardar os direitos de todos os cidadãos afirmados em nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, cap. XLII, p.315.

FILHO, Nylson Paim de Abreu. **VADEMECUM** / org. Nylson Paim de Abreu Filho. – 13. Ed.Porto Alegre; Verbo Jurídico, 2017. 2130 p. 23cm. – (série Práxis)

GAVETE, Javier. Fragmentos y ensayos – Apuntos biográficos sobre John Howard apud BEJERANO GUERRA, Fernando. John Howard **– Início y bases de la reforma penitenciaria: historia de la prisión**. In: VALDÉS, García (Dir.). Historia de la prisión – Teorías economicistas: crítica p. 116.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. 984 p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 22. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2020. 1028 p.

NASCIMENTO, Sheila Silva do. **Direitos Humanos e o Sistema Penitenciário** / Sheila Silva do Nascimento. – Brasília: Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci.– 12. ed. rev., atual. eampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record. 2015 RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10633383/artigo-59-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 10/07/2020

DIREITOS HUMANOS E RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO ATRAVÉS DO MÉTODO APAC

Léa Wagmacker
Mônica Maria Souza Ribeiro

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a intensão de estimular o debate sobre os direitos humanos e a ressocialização do apenado como forma de compreender que a pessoa que cometeu um delito não deve ser marginalizada, mas sim ressocializada. Os direitos humanos tem como fundamento de que o apenado deve cumprir sua pena em local adequado, dentro do princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, sabe-se que a realidade do cárcere no Brasil não oferece condições adequadas para os apenados.

A preocupação com a dignidade da pessoa humana do preso é um fator essencial para a sua ressocialização, uma vez que a preservação da dignidade favorece para a ressocialização como potencial de trazer a regeneração do apenado que deve ser transformado para que seja reintegrado à sociedade como um cidadão produtivo.

Desta forma, o objetivo da pesquisa foi descrever a ressocialização do apenado levando em consideração os direitos humanos, principalmente o que reza o princípio da dignidade humana, como fator essencial para devolver o indivíduo a sociedade de forma restaurado.

DIREITOS HUMANOS E RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

A tentativa de reconduzir o apenado ao convívio social, livre dos motivos que ensejaram a sua condenação, ligados à violência, desespero, problemas sociais, ócio, dentre outros fatores é um objetivo imprescindível para o real cumprimento da pena, inicialmente explicitado pela Exposição de Motivos do Código Penal (BRASIL, 1940), item 83, vejamos:

> A reabilitação não tem, apenas, o efeito de assegurar o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação do reabilitado, mas consiste, também, em declaração judicial de que o condenado cumpriu a pena imposta ou esta foi extinta, e de que, durante dois anos após o cumprimento ou extinção da pena, teve bom comportamento e ressarciu o dano causado, ou não o fez porque não podia fazê-lo. Tal declaração judicial reabilita o condenado, significando que ele está em plenas condições de voltar ao convívio da sociedade, sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos.

Mais adiante, o Código Penal (BRASIL, 1940) complementa sobre a reabilitação:

> Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.
>
> Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no Art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Assim, o artigo supracitado dispõe que a reabilitação do preso não só demonstra a garantia do sigilo, após o cumprimento integral da pena, mas o alcanço de alguns efeitos na condenação. Vale dizer, o si-

gilo é um efeito benéfico para não exteriorizar o ato ocorrido durante a sua condenação e, por sua vez, não atrapalhar o apenado a ter uma vida ligada ao trabalho, honestidade e família, sem que o ocorrido possa influenciar nestes campos específicos, trazendo de fato a sua ressocialização, impedindo de certo modo que o condenado volte a praticar condutas ilícitas.

Percebe-se que o intuito do sigilo aqui demonstrado não possui o objetivo de excluir definitivamente a prática do delito criminoso, tendo em vista que, conforme própria disposição legal, em caso de reincidência, o sigilo não possui validade, podendo ser utilizado em futura instrução criminal. Novamente, verifica-se a verdadeira intenção no cumprimento da pena determinada, vez que para reinserir o apenado na sociedade a proteção é visível, entretanto, em caso de nova prática criminal, o crime já sentenciado pode ser claramente evidenciado.

A partir de então, são apresentados dois institutos: a reabilitação e a ressocialização, sendo que esta é corolário daquela, uma vez que o intuito da reabilitação é a evidente ressocialização do apenado no seio da sociedade. Assim, o apenado é humanizado ao sair do estabelecimento prisional, tendo o direito de levar uma vida digna e normal em conjunto com a sociedade, se assim for escolhido.

Ao abordar os aspectos sobre a reabilitação do apenado, torna-se oportuno demonstrar o disposto na Constituição Federal de 1988, sobre a dignidade da pessoa humana, que por sua vez é apresentada como fundamento do Estado Democrático de Direito:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania;
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político.

> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1998).

Conforme pode se verificar, o objetivo do legislador ao mencionar o dispositivo em questão foi separar a dignidade da pessoa humana dos direitos e garantias fundamentais, a fim de transparecer como um princípio, baseado em valores.

A dignidade da pessoa humana é um princípio basilar do sistema carcerário brasileiro, pois a reabilitação do apenado de modo a trazê-lo de volta para o convívio social só é alcançada quando o segregado percebe a necessidade de mudança interior e exterior para viver novamente junto à sociedade.

É patente a necessidade não só de utilizar-se da pena como maneira de corrigir drasticamente o encarcerado, de modo que não venha a reincidir na prática delituosa, mas também como uma maneira de demonstrar ao preso que a sua capacidade de absorver os ensinamentos, tratamentos dignos e educação demonstrada no curso do cumprimento penal, ensejará uma mudança de vida enquanto encarcerado e após o desencarceramento.

Assim, partindo da intenção do legislador diante da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) e da Constituição Federal (BRASIL, 1988), torna-se evidente a necessidade de unir os dois objetivos adstritos ao cumprimento da pena, que é o de punir o autor da conduta reprovável e, por outro lado, da oportunidade que é oferecida ao encarcerado de mudar a sua postura frente aos anseios da sociedade. Por óbvio, a sociedade espera do Estado, ações governamentais no sentido de retribuir fisicamente a ação causada pelo encarcerado enquanto livre, sendo que por outro lado, deseja que após o cumprimento da pena, aquele não perpetue a ação criminosa.

Beccaria (2006) possui o seguinte entendimento:

> Entre as penas, e na maneira de aplica-las proporcionalmente aos delitos, devem escolher os métodos que causem, no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado (BECCARIA 2006, p. 54).

Vale dizer, que a finalidade precípua da pena de modo retributivo ao encarcerado deve ser aliada também à finalidade ressocializadora, de modo que o desconforto e a vontade de vingança da vítima e da sociedade não influenciem na aplicação da respectiva pena.

A sociedade deve estar aliada às ações governamentais para o desenvolvimento de um sistema prisional digno de reeducar e ressocializar um preso que surge diante da violência existente na própria realidade social.

Assis (2007) afirma que:

> O problema maior é, nesses estabelecimentos, não haver possibilidade de trabalho ou estudo, e a superlotação das celas é ainda mais acentuada, chegando a ser em média de cinco presos para cada vaga, quando na média é de 3,3 presos por vaga. (ASSIS, 2007, p. 76)

Vale dizer, o modelo de encarceramento deve demonstrar o respeito e a observância ao que dispõe os direitos humanos precipuamente, evitando o aumento significativo de presos nos estabelecimentos prisionais e ensejando a respectiva reabilitação do apenado, de modo que a ausência de reincidência criminal possa evidenciar uma clara redução de danos para a própria sociedade.

A APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – conforme será explanado e comprovado, demonstra-se como uma medida alternativa, de metodologia evangelizadora rígida, voltada para o trabalho, apoio psicológico, moral aplicando, sobretudo, a valorização do apenado como ser humano capaz de promover a sua respectiva reinserção na comunidade, com o apoio da sociedade e família dos próprios condenados.

Conforme apresentou CAMPOS (2011), em seu trabalho acadêmico sobre APAC, a associação teve como marco inicial em 1972, através de uma pesquisa de campo de vários colaboradores no presídio de Humaitá em São José dos Campos, comandados pelo advogado Dr. Mário Ottoboni, verificaram a necessidade de evangelização e reflexão por parte dos presos, motivo que ensejou um aprofundamento em 1974, quando o Grupo de Pastoral Carcerária passou a ser uma pes-

soa jurídica, porém, sem fins lucrativos sob menção de Associação. A partir de então, o juiz de Execução daquela Comarca, no mesmo ano, Dr. Sílvio Marques Neto sob pressão da necessidade de vagas naquele presídio, transferiu a direção do estabelecimento prisional em questão para a equipe fundadora da Associação, que até então apenas fazia o trabalho avulso de evangelização e valorização dos condenados como uma forma de colaboração social.

Segundo a autora supracitada, dados do próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2009) a APAC expandiu-se de tal maneira, que países ligados à ONU – Organização das Nações Unidas – bem como outros Estados da Federação aderiram o método inovador capaz de melhorar a capacidade dos condenados em entender o ato ilícito praticado, além dos fatores que podem transformar e recuperar sua vida social.

Abaixo o conceito melhor explicitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (2009) em uma Cartilha sobre a APAC, conceituando a associação em discussão:

> [...] É uma entidade civil de direito privado, com personalidade jurídica própria, dedicada à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. O trabalho da APAC dispõe de um método de valorização humana, vinculada à evangelização, para oferecer ao condenado condições de se recuperar. Busca também, em uma perspectiva mais ampla, a proteção da sociedade, a promoção da Justiça e o socorro às vítimas. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Cartilha sobre o Programa Novos Rumos)

Em conformidade com o conceito supracitado, a reintegração do apenado à sociedade conta com uma ajuda coletiva, de modo a reparar os dados causados à própria comunidade, além de criar no próprio preso o desejo de transformar-se em um ser recuperado, capaz de agir em consonância com os anseios legais, através do combate ao ócio, violência, superlotação dos presídios, dentre outros fatores negativos, que podem influenciar na falência do sistema prisional.

Ron Nickkel (2008), em declaração expressa na Convenção realizada em Itaúna-MG, assim proferiu verbalmente: "O fato mais im-

portante que está acontecendo hoje no mundo, em matéria prisional, é o movimento das Apacs no Brasil".

Vale dizer, internacionalmente a instituição das APACs é reconhecida como um método eficaz, que possibilita ao apenado cumprir a pena estabelecida de modo satisfatório, na qual são atribuídas responsabilidades próprias ligadas à cozinha, lavagem de roupas, trabalho interno e externo quando autorizados, o que tem sido comprovado como ato transformador da vida de vários recuperandos, que após o cumprimento integral de sua pena, continuam a praticar os ensinamentos obtidos através das APACs, o que dificultará de forma clara a sua reincidência no mundo criminal.

Baseando-se na Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), a APAC apresentou, segundo informação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2011) os seus aspectos intrínsecos, sem os quais a metodologia não apresenta eficácia, são eles: ajuda da comunidade, recuperando ajudando recuperando, trabalho, religião, assistência jurídica, assistência à saúde, valorização humana, família, voluntários, Centro de Reintegração Social, mérito, Jornada de Libertação com Cristo.

O próprio Tribunal de Justiça, ao elaborar a Cartilha sobre o Programa Novos Rumos em 2011, afirma comprovadamente que sem os doze elementos que serão a seguir demonstrados, o método APAC dificilmente atingirá com eficácia o real objetivo, que é a recuperação do bem-estar, autoestima, valorização profissional, convívio saudável familiar, dentre outros fatores imprescindíveis para a efetiva ressocialização do apenado antes e após o desencarceramento.

Ratificando os elementos já abordados, CAMPOS (2011) traz em seu trabalho acadêmico que versa sobre "APAC: Alternativa na Execução Penal" os 12 elementos, que serão abaixo demonstrados, de forma fundamentada.

Primeiramente importante ressaltar que a sociedade conscientizada e reunida em único propósito ligado ao método APAC, é essencial para o regular desenvolvimento do instituto em comento.

A sociedade deve se aliar às ações governamentais através das parcerias utilizadas para aceitar o indivíduo em seu meio, de forma de não

haja discriminação junto ao apenado. Por óbvio, as ações governamentais direcionadas através de Audiências Públicas, Seminários, dentre outros eventos de natureza social devem ser realizadas e aceitas pela comunidade, com um único objetivo: reduzir a criminalidade, apostando na ressocialização do recuperando.

A disciplina, o respeito e o companheirismo devem estar aliados para a efetivação do método APAC considerando, sobretudo que, a violência dentro dos presídios e o fomento de rebeliões e brigas somente agravará a falência do sistema prisional, atrapalhando até mesmo o caráter punitivo da pena.

Na metodologia aqui apresentada, é inserido o Conselho de Sinceridade e Solidariedade, órgão auxiliar da APAC, conforme apresentado pelo próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2009), capaz de garantir a harmonia no ambiente das celas, segundo o qual realiza a divisão de atividades, tarefas, festas conscientizadoras, dentre outros, com único intuito de garantir a manutenção da disciplina, segurança, organização e harmonia entre os presos.

Em conformidade com o tema aqui abordado, o trabalho, deve ser considerado como uma forma de atribuir dignidade ao preso, além de significar a ressocialização e a diminuição da ociosidade dos encarcerados. Assim, o trabalho como restabelecimento pessoal e profissional, diminuirá o índice de violência nas penitenciárias, bem como a reincidência criminal.

Verifica-se que o elemento exigido pelo método APAC encontra respaldo legal no artigo 41, inciso II da LEP (BRASIL, 1984) assim dispõe:

> Art. 41 - Constituem direitos do preso:
>
> (...)
>
> II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
>
> (...)

Possui respaldo ainda na Carta Magna, uma vez que o artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) apresenta:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Assim, todos os presos têm direito a um trabalho, em condições garantidas ao seu ambiente prisional, devendo isto ser garantido pelo Estado. Segundo Salo de Carvalho (2008, p. 103) a intervenção do Estado precisa ser ampla. Além de agir a fim de tentar evitar que delitos sejam praticados, através do medo da punição (teoria da prevenção geral), é necessário criar e oferecer condições de reabilitação para que os desviados não voltem a delinquir.

O direito supracitado é fundamental para a obtenção do principal objetivo da aplicação da pena em nosso país, haja vista que a reinserção social do encarcerado só será possível quando houver a devida capacitação para o mercado de trabalho, explicado na melhor tese de MIRABETE (2007):

> A habilitação do profissional é uma das exigências das funções da pena, pois facilita a reinserção do condenado no convívio familiar e social, a fim de que ele não volte a delinquir. (MIRABETE, 2007, p. 120)

Reforçando o real objetivo do elemento aqui apresentado, o art. 28, caput e parágrafo 1º da LEP (BRASIL, 1984), assim preceitua: "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva".

Conforme exposto na legislação vigente, o trabalho do preso deve servir de modo produtivo, a fim de que o apenado ocupe o seu tempo vago, evitando assim a formulação de atos para o cometimento de novas condutas ilícitas.

Assim, o elemento do trabalho deve existir, com o objetivo de efetivar a rejeição do ócio e incentivando os detentos à realização de atividades laborais para a sua sobrevivência, a fim de que no futuro, o encarcerado, já capacitado profissionalmente, volte ao seio da sociedade sem nenhuma oposição ao mercado de trabalho.

Através da influência evangelizadora, o método APAC apresenta para os detentos a importância da crença, do amor recíproco e da perpetuação de valores morais e éticos.

Não se trata aqui de determinação de crença específica em determinada religião, ao revés, trata de uma condução do apenado ao credo, para que tenha uma esperança na melhoria de vida dentro e fora do estabelecimento prisional.

A maioria dos recuperandos não possuem condições financeiras de manter a atuação de um advogado até o cumprimento integral da pena. Por óbvio, no curso do referido cumprimento, os presos possuem benefícios a serem gozados além da garantia de seus direitos.

Visualizando uma forma de beneficiar estes detentos, comprovadamente necessitados, o método APAC oferece aos recuperandos assistência jurídica gratuita, para acompanhar o andamento de seus processos, garantindo a efetivação de seus direitos enquanto permanecer no estabelecimento prisional, em quaisquer de seus regimes. Verifica-se novamente a intenção ressocializadora da criação das APACS, tendo em vista que o preso é conscientizado acerca da garantia de seus direitos, soando como uma valorização do ser humano.

Dentre os problemas que se apresentam nos presídios brasileiros, o que prevalece é o relacionado à saúde, ocasionados por problemas médicos e odontológicos. Tais fatores podem provocar violência dentro das celas, além de "montinhos", rebeliões e fugas.

Levando os fatores supracitados em consideração, o método APAC oferece aos apenados recuperandos assistência integral à saúde, de modo a garantir o desenvolvimento harmônico de todas as atividades desempenhadas, além da efetividade dos demais elementos aqui pretendidos.

Cumpre demonstrar a exposição da opinião de ASSIS (2007) sobre a aquisição de doenças patológicas nos presídios brasileiros:

> Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice de hepatite e doenças venéreas em geral, a AIDS por

> excelência. Conforme pesquisa realizada nas prisões, 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, [...] há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiência física. Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico se resume a extração dos dentes. (ASSIS, 2007, p. 75)

Deste modo, a metodologia da APAC apresenta-se mais uma vez respaldada pela garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, com o objetivo único, que é a ressocialização do recuperando.

Há que se considerar sobre a criação de soluções eficazes, através de reformas na legislação, no Poder Judiciário e no próprio sistema penitenciário, para que se possam criar possibilidades reais, que surgem desde a educação de qualidade e trabalho digno até a ressocialização do recuperando, que é o verdadeiro objetivo perseguido através da fixação da pena.

O ser humano deve ser elevado ao nível máximo de valorização e até mesmo chamado pelo nome, através de um tratamento prioritário neste aspecto, uma vez que o recuperando deve sentir-se um ser importante, além de perceber esta importância por parte da comunidade.

A educação, através da realização de atividade de estudos dentro do estabelecimento prisional é um passo imprescindível para a valorização almejada. Levando em consideração dados do Ministério da Justiça (2014), a maioria dos detentos tem escolaridade baixa: 53% com ensino fundamental incompleto, 11% com ensino médio incompleto, 9% são alfabetizados sem cursos regulares e 6% são analfabetos. Apenas 2% possuem curso superior.

Da forma apresentada, a metodologia APAC ofertando estudos, saúde, assistência jurídica preconiza a valorização do ser humano como pessoa, profissional, pai, filho, amigo e recuperando.

Conforme é sabido, a pena estabelecida não pode ser exteriorizada de modo a punir também a família do apenado, mesmo tendo ciência do sofrimento recíproco que ocorre na maioria das condenações, tendo em vista que a família também sofre com a ausência do recuperando.

Entretanto, a metodologia APAC busca trazer a família para a real ressocialização do recuperando, haja vista que tornaria inócua a reabi-

litação e ressocialização do detento, para quando sair do encarceramento, viver em meio ao mesmo centro de violência que lhe ocasionou a prática de atos ilícitos.

Sendo assim, a família, a partir da associação aqui discutida, passa a ser fundamental na participação dos projetos, incluída a educação familiar, seja com a participação de palestras, realização de visitas íntimas ou contato direto com o recuperando através de ligações semanais, dentre outros direitos, que tendem a aproximar o apenado da sua família, com consequente ressocialização mútua.

Conforme artigo 1º do Estatuto da Associação, a APAC (BRASIL, 2012): "[...] é uma associação sem fins lucrativos, com patrimônio e personalidade jurídica próprios, nos termos do Código Civil e legislação afim".

Importante salientar, que o método APAC sobrevive de doações dos sócios, que são as pessoas da comunidade que aderem ao programa institucionalizado, bem como das empresas e admiradores, que realizam doações voluntárias. Ou seja, inexiste manutenção estatal compulsória e, todos os funcionários oferecem os serviços de forma gratuita, com exceção do setor administrativo. Neste passo, os voluntários são devidamente treinados para lidar diretamente com os detentos, preconizando sempre a valorização humana, com direta observância dos direitos humanos.

Com o intuito de efetivar os objetivos almejados pela metodologia APAC foi criado o CRS, em função do apoio necessário aos recuperandos no cumprimento da pena. Deste modo, o CRS busca fazer com que o recuperando cumpra a pena próximo da sua família, realizando trabalhos buscados através de parcerias estabelecidas pela CRS, dentre outros fatores capazes de evitar a reincidência criminal tão rechaçada pela comunidade.

Todo ser humano se alegra ao ser reconhecido pela prática de condutas boas e procedentes, levando em consideração a ética, moral e bons costumes. Do mesmo modo, em observância à progressão da pena, prevista em nosso estatuto processual penal, o método APAC trouxe à baila fomentações para a manutenção de práticas consideradas benéficas pelos apenados através da criação do CTC – Comissão Téc-

nica de Classificação – a qual é responsável pela análise comportamental dos recuperandos. Com a análise acima descrita, o recuperando é analisado periodicamente, de forma a desclassificar eventual periculosidade, doença mental ou até mesmo sobre o grau de sua dependência toxicológica.

Conforme Cartilha Programa Novos Rumos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais confeccionada em 2011, é ofertado um encontro anualmente para reunir todos os recuperandos, e assim cada um no curso de seu cumprimento penal deve comparecer para trocar experiências com os outros recuperandos, exteriorizar testemunhos que aconteceram na mudança de postura para que crie nos apenados o desejo de iniciar/manter a mudança e esquecer os aspectos violentos que os levaram a prática do crime.

É uma teoria que advoga uma pena dirigida em relação ao tratamento do próprio delinquente, com o objetivo de incidir em sua personalidade para que o infrator não venha a cometer novos delitos. Conforme apontado por Zafaroni (2003, p. 225), é uma teoria que:

> Tem por finalidade última das sanções penais, bem em sua forma de penas propriamente ditas, bem nas medidas de segurança e reabilitação, deve ser a reinserção social ou a ressocialização do delinquente, evitando desta forma que, uma vez cumprida sua pena, volte a delinquir. Essa teoria está baseada, portanto, nas ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização e reincorporação.

Porém, é importante salientar que a ressocialização do infrator ainda sofre grande influência do pensamento penal. Ba Lei de Execuções Penais afirma em seu artigo 1º e 10º que a reabilitação do preso:

> Art. 1º 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.

> Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (BRASIL, 1994).

Assim, percebe-se que os objetivos dos referidos artigos é de suma importância para a sociedade, que pode reduzir as taxas de reincidência e consequentemente a criminalidade, e também para o infrator, que pode voltar a viver em sociedade em condições de igualdade com os demais cidadãos.

Como marco inicial dos êxitos obtidos através das APACs, temos a instituição na cidade de Itaúna em Minas Gerais no ano de 1986. Os resultados colhidos foram reconhecidos internacionalmente e nacionalmente se tratando de ressocialização do apenado, motivo pelo qual impulsionou a expansão da metodologia em todo o país, além de vários países no mundo.

Em 2001, foi apresentado o Programa Novos Rumos, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com o único intuito de disseminar a orientação no sentido de criar APACs em todo o território mineiro, tendo em vista a análise dos êxitos obtidos com a criação das associações em algumas comarcas, até então esporádicas.

A difusão da paz social é objetivo insaciável das APACs, e o Programa Novos Rumos trouxe de forma regulamentada pela presidência do TJMG em 2001 uma forma de ajudar, apesar de ser um serviço voluntário na criação e instalação destas associações. De acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2011) o custo de um preso através da metodologia apaquiana é 1/3 menos oneroso que o sistema prisional comum, demonstrando que além de humanizador o projeto é financeiramente benéfico para toda a sociedade.

É de grande importância demonstrar ainda, que enquanto no sistema prisional comum 70% dos desencarcerados voltam a delinquir, através do método APAC este percentual é reduzido para 15%. Ou seja, o êxito do Programa Novos Rumos é encorajador e incentivador para os demais Estados da Federação, uma vez que se trata da única alternativa capaz de reerguer o famigerado sistema prisional brasileiro, com os dados aqui apontados.

Todas as APACs construídas no Brasil seguem o modelo da APAC pioneira da cidade de Itaúna em Minas Gerais, e hoje contamos com

mais de 100 (cem) APACs espalhadas pelo país – somando-se as já implementadas e em fase de implementação –, cumprindo o único objetivo que é a recuperação dos apenados, com estrita observância à disciplina rígida e aos direitos humanos.

Abaixo, depoimento de um ex-recuperando da APAC de Itaúna, Roberto Donizette no ano de 2011:

> Eu fui condenado a 25 anos em dois processos. Cumpri 14 anos de prisão, sendo que sete foram no sistema penitenciário comum, e o restante na Apac de Itaúna. No sistema comum, infelizmente, a gente aprende mais coisas negativas e só ouvimos da administração do presídio que não temos recuperação. Quando cheguei à Apac, trazendo toda essa carga negativa, já acreditava que eu não prestava mais. Aos poucos, através dos voluntários, da direção e dos próprios recuperandos, eu fui descobrindo um outro sentido para a minha vida. Descobri, através de muita luta, renúncia, determinação e fé em Deus, que eu podia ser feliz e fazer alguém feliz, ser luz para a sociedade, construindo uma família e conseguindo um emprego. Hoje trabalho como gerente administrativo da FBAC, supervisionando a correta aplicação do método nas Apacs em funcionamento, e atuo também como educador social, mi- PÁ GINA 52 Coral dos recuperandos da Apac de Paracatu ministrando cursos sobre a metodologia para recuperandos e seminários de formação de voluntários nas comunidades interessadas em implantar Apacs. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Cartilha sobre o Programa Novos Rumos).

Assim, é de grande valia demonstrar os sucessos que vêm sendo obtidos com as instalações das APACs em todo o país, pois é uma aposta esperançosa no impedimento da reincidência criminal e até mesmo da superlotação dos presídios. A APAC modelo de Itaúna desencadeou o êxito em inúmeras comarcas daquele estado, com destaque ainda para a Comarca de Ituiutaba, no triângulo mineiro, inaugurada em setembro de 2008.

Com sete anos de existência e sucesso, a APAC de Ituiutaba atendeu mais de 700 recuperandos através do caráter humanizador da pena, com resultados

altamente satisfatórios. A Associação em comento conta hoje com o apoio de diversos órgãos, dentre eles: Polícia Militar e Polícia Civil, Ministério Público de MG, Tribunal Justiça de MG, Defensoria Pública de MG, FEIT-UEMG, UFU, IFTM, Prefeitura Municipal de Ituiutaba, Câmara Municipal, Sindicato dos Produtores Rurais, Corpo de Bombeiros, Uaitec, Governo de Minas Gerais, além dos voluntários e da comunidade local.

Cumpre demonstrar o entendimento de Luiz Flávio Gomes (2011, p. 25), que somente corrobora a necessidade de utilização da APAC em todo o cenário nacional: "a prisão cautelar é a *extrama ratio* da última *ratio* (que é o direito penal)". Com os efeitos apontados acima, resta comprovado, com efeito, que para a instalação, manutenção e efetividade de uma APAC exitosa, é necessário o cumprimento dos doze elementos já demonstrados no tópico anterior, pois cada elemento desencadeia outro de modo a conduzir um projeto satisfatório com apresentação dos resultados.

CONCLUSÃO

Com uma análise do sistema penitenciário brasileiro, verifica-se uma falência progressiva, originada pela violência local, maus tratos dos condenados, superlotação, proliferação de doenças, dentre outros aspectos negativos. Entretanto, é apresentada uma urgência da execução penal em punir o condenado de maneira que atenda aos anseios da sociedade que busca nada mais que justiça como resposta para o delito praticado. Diante da tentativa frustrada do Estado em conduzir o sistema carcerário comum, sem o aumento da falência já discutida no presente trabalho, surgiu a implementação das APACs como meio de recuperar o indivíduo que foi inserido no meio criminoso, para que este volte a conviver em sociedade com o desejo de melhoria, evitando assim a sua reinserção no campo criminal.

Por um lado, a APAC é considerada um órgão auxiliar do Estado, capaz de ajudar a combater a criminalidade e difundir a ressocialização através do método disciplinar rígido. Por outro lado, a APAC é considerada uma proteção ao apenado, que por sua vez deixa de ser tratado como um criminoso, de modo a se transformar em um ser humano merecedor de cuidado, carinho, educação, saúde, unicamente por ser

garantidor de direitos e deveres constitucionalmente. E vai além, a APAC é considerada ainda uma ferramenta de defesa para a sociedade, tendo em vista que com o êxito na ressocialização de um recuperando, por óbvio a redução de danos para a sociedade é aparente e vantajosa.

Os resultados apresentados, sobretudo nas APACs de Itaúna e Ituiutaba, no Estado de Minas Gerais foram analisados sob a ótica humanizadora, apresentando resultados de reincidência satisfatórios, haja vista que o recuperando na maioria dos casos voltou a conviver em sociedade, com a família, seguindo nova filosofia de vida.

A metodologia da APAC apesar de apresentar tantos resultados satisfatórios ainda não é estabelecida em larga quantidade em nosso país, sendo que é necessária a colaboração da própria sociedade através de parcerias governamentais, no sentido de publicar nos meios habituais de circulação os benefícios e resultados desta associação tão benéfica para todo o território nacional.

Com a instalação da APAC, seguindo o modelo de Minas Gerais, através do Programa Novos Rumos, é apresentada uma saída para o combate à criminalidade nos estabelecimentos prisionais, bem como à superlotação dos presídios, trazendo uma inovação de tratamento ao recuperando que antes era tratado como um marginal, ao mesmo tempo que responde aos anseios da sociedade com a execução da pena. Em verdade trata-se da valorização do ser humano em conjunto com a garantia da sua dignidade humana dentro do estabelecimento prisional para evitar a perpetuação da prática criminosa.

Portanto, o caráter punitivo da pena passa a ser considerado como última *ratio*, deixando de ser aplicado prioritariamente na respectiva execução. Comprovadamente, este novo modelo – APAC – traz um dever de humanização, que antes não era observado.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno. **A realidade Atual do Sistema Atual Brasileiro**. Disponível em http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario--brasileiro. Acesso em 12/07/ 2020.

BECCARIA ,Cesare. **Dos delitos e das penas**, 2º ed. São Paulo, 1997, editora RT.

BRASIL. Constituição Federal. 1988.

BRASIL. Lei nº 7.210. 1984.

BRASIL. Lei nº 9.099. 1995.

BRASIL. Lei nº 12.403. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.503. 1997.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689. 1941

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Julio Fabrini, **Juizados Especiais Criminais**: Comentários, Jurisprudência, Legislação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998

Resolução **n. 633/2010** do TJMG, de 3 de maio de 2010 – Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Projeto Novos Rumos, no âmbito do Tribunal de Justiça, e sua implementação em todas as comarcas do Estado de Minas Gerais.

Resolução **n. 659/2011** do TJMG, de 30 de maio de 2011 – Altera o nome de Projeto para Programa Novos Rumos.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro** – I. 2ª ed. RJ: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

RESUMOS

FEMINICÍDIO: UM ESTUDO SOCIAL EM BARRA DO GARÇAS/MT

Rodston Ramos Mendes de Carvalho
Gisele Silva Lira de Resende

Resumo: O crescente índice de violência doméstica fez com que o Direito Penal Brasileiro desse uma atenção especial ao crime de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo. Há de se observar que entre os vários casos estudados, constata-se que inúmeras pessoas fora da relação do casal, sabiam da ocorrência de agressões físicas anteriores ao crime de feminicídio. Sendo assim, este artigo tem como foco analisar se a família e pessoas próximas, tanto da vítima do feminicídio como do agressor, contribuíram, mesmo que indiretamente, para a perpetuação das agressões, não denunciando, fazendo com que o quadro se agravasse cada vez mais. A abordagem da pesquisa foi de cunho qualitativo, pela oportunidade de analisar opiniões e informações, usando na técnica de coleta de dados, a entrevista semiestruturada, que permitiu aos entrevistados se expressarem com certa liberdade. Este estudo foi alicerçado em obras importantes e fundamentais como GOMES-2016, ONU MULHERES-2016, BRASIL-2015, VERONESE-2006, LAGARDE-2004, RAMOS-2003, entre outros. Várias infrações penais são praticadas no interior dos lares. Desde agressões verbais, patrimoniais, psicológicas e morais, até agressões sexuais e físicas. Apesar de agora constar no código, de forma específica, o crime de feminicídio, não basta somente a criação do tipo penal, é preciso que esta seja aplicada de forma correta e efetiva, sendo assim, para que a lei venha a ser eficaz, é preciso da colaboração

de todos, tanto das autoridades competentes, lutando para fazer cada vez um melhor atendimento à mulher, quanto das pessoas do povo, denunciando os casos de agressões, mesmo quando a lesão corporal for de natureza leve. Na entrevista foram formuladas setes perguntas básicas, com o fim de compreender como se encontrava o relacionamento do casal e de que forma o entrevistado se comportava diante de tal situação. Concluiu-se que, em todos os casos, mesmo quando o entrevistado sabia que a vítima sofria agressões de natureza física, não se prontificava a denunciar, e ainda mais, nenhum dos familiares ou pessoas próximas chegaram se quer a ligar para polícia. Outro ponto importante, é que dentro da Lei Maria da Penha, caso a mulher sofra agressão física, mesmo que de grau leve, gera ação pública incondicionada, desta forma, qualquer pessoa que presenciou o fato poderia denunciar, algo que nenhum dos entrevistados tinham conhecimento. Desta forma, contribuindo assim, mesmo que de forma indireta, a perpetuação das agressões, até que chegasse em seu estágio final, o feminicídio.

VIOLÊNCIA ESTATAL: A MURALHA REMANESCENTE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO EGRESSO

Fabiana Teixeira Souza Domingos

O Brasil atualmente detém a quarta maior população carcerária do mundo sendo 66% condenados e 34% presos provisórios, cenário em que emerge o grave problema da superpopulação dos presídios e em consequência, a lacuna na ressocialização do egresso.

A sociedade em geral não enxerga com bons olhos aqueles que delinquiram, deixando-os à margem, sem oferecer qualquer oportunidade de emprego ou reinserção social, retirando destas pessoas a percepção de que o cárcere deveria ser apenas uma passagem, um período de cumprimento de uma sanção em decorrência de um crime, e após o cumprimento da pena, elas deveriam retomar suas vidas de maneira digna, sendo o trabalho uma forma de reaver esta dignidade.

Não bastasse a pecha de ser um ex detento, após o cumprimento de toda a pena que lhes foi arbitrada, o indivíduo se depara com a dificuldade quanto à emissão de seus documentos, estes, imprescindíveis para se pleitear um emprego registrado. Muitas vezes, por efetiva lentidão do Estado, os dados não são atualizados, e assim, o egresso não consegue dar baixa nos registros criminais impossibilitando a regularização do Título de eleitor e do Cadastro de Pessoa Física.

Nesse ínterim, um dos maiores entraves encontrados pelo egresso é a pena de multa, a qual vem discriminada no Código Penal no requisito secundário do tipo penal, normalmente em adição à pena

privativa de liberdade. Entretanto, esta pena, caso não seja paga, mantém-se como uma restrição penal pendente, sendo impeditivo para regularização de documentos, mantendo o egresso como um prisioneiro, algemado pela burocracia estatal.

Conforme aduz o artigo 15, III da CF/88, havendo condenação criminal transitada em julgado, ocorrerá a perda ou suspensão dos direitos políticos. De acordo com o artigo 5º, III do Código Eleitoral, não se podem alistar eleitores que estejam privados de seus direitos políticos, temporária ou definitivamente.

Nesse sentido, o egresso, mesmo que já tenha atingido o seu TCP, o Término de Cumprimento de Pena, mas ainda tenha pendente a multa, não consegue reaver sua qualidade de cidadão, sendo-lhe negado o exercício da soberania popular garantido pelo artigo 14 da CF/88 como desdobramento do artigo 1º, parágrafo único, da Magna Carta: "todo poder emana do povo...".

A muralha imposta pelo Estado é mais gravosa do que se imagina, uma vez que a maioria dos sentenciados no Brasil são vítimas da falta de amparo social e escassez de recursos. Após saírem do cárcere, suas vidas encontram-se totalmente desordenadas, sendo qualquer recurso financeiro indispensável para buscar uma nova trajetória, restando inviável o pagamento de qualquer multa.

Vale ressaltar que para muitas destas pessoas, por menor que seja o valor a ser pago, irá fazer muita diferença em seu orçamento, dificultando ainda mais esse recomeço de vida.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo insistentemente ingressa, junto à Vara de Execução, com pedidos de Extinção da Punibilidade Independente do Pagamento da Multa, entretanto, grande parte dos Magistrados de primeiro grau indeferem o pedido, o que enseja Agravos em Execução para apreciação pelo Tribunal de Justiça.

Cumpre destacar que todo este tortuoso caminho é muito demorado em virtude da morosidade do judiciário e ainda, neste longo período, muitos reeducandos, sem ter qualquer oportunidade devido à muralha estatal frente a regularização de sua situação, acabam não encontrando outra alternativa senão o retorno à criminalidade.

Outrossim, toda essa movimentação do Judiciário quanto à extinção da multa, além de ser extremamente morosa, promove gastos es-

trondosos e ao final, digamos que seja dado provimento à Extinção de Punibilidade, a multa se torna dívida ativa junto à Procuradoria Geral do Estado o que emerge dois novos cenários:

- quando o valor é muito baixo, a Fazenda acaba por não executar e a dívida prescreve;
- quando o valor é de alta monta, mesmo que a Fazenda execute, o egresso não terá como pagar.

Desta feita, no modelo atual, a movimentação judiciária produz altíssimos gastos e ao final a multa dificilmente será paga, servindo apenas para empurrar novamente, o latente homem de bem, ao mundo do crime.

Atualmente existe uma Ação Civil Pública por parte da Defensoria Pública do Estado de São Paulo no sentido de extinguir a pena de multa quanto for atingido o Término de Cumprimento de Pena, entretanto existem arestas a serem aparadas, pois o Ministério Público não aceita a possibilidade deste perdão por completo.

Nesse sentido precisamos sopesar qual seria o melhor caminho para a imposição de multa, levando-se em consideração o artigo 59 do Código Penal, quanto à fixação da pena, bem como o artigo 60 do mesmo diploma legal, que versa sobre a situação econômica do réu para a fixação da pena de multa, fazendo valer de fato a individualização da pena.

Faz-se mister ponderar a aplicação da pena de multa ao sentenciado em situação de carência financeira, uma vez que este não irá conseguir pagar esta quantia, o que promoverá a pendência de um crime e o consequente retorno do indivíduo à criminalidade.

Por outro lado, tal pena não deveria ser extinta por completo sem diretrizes claras, uma vez que existem sentenciados que possuem muitos recursos financeiros, haja vista os criminoso da Operação Lava Jato, dentre outros.

Restam cristalinos os percalços trilhados pelo egresso quando este é posto em liberdade, uma liberdade ilusória, pois ele ainda se encontra preso à interpretação criminal quanto ao não pagamento de

uma multa a qual não lhe é possível honrar em virtude de sua condição social precária, além da condição de egresso por si só.

Desta forma, o Estado deveria ter como diretriz, facilitar a ressocialização do egresso, principalmente daquele em situação precária. Poderia buscar parcerias com a iniciativa privada, viabilizando programas de inclusão, oferecendo oportunidades em empresas, programas estes, balizados em políticas públicas adequadas, com incentivos fiscais, fazendo valer os princípios dos Direitos Humanos.

Ademais, a questão da imposição de pena de multa requer revisão, e nos casos de multa remanescente, não sendo viável seu perdão, esta deveria se tornar dívida ativa junto à Procuradoria Geral do Estado no momento do atingimento do TCP, servindo como um impulso ao egresso em seu caminho de ressocialização.

Cumpre ressaltar a falta de amparo do Estado aos menos favorecidos e o quão discriminatório é o sistema judiciário. Senão vejamos:

Existe tendência ao recrudescimento da pena do sentenciado e o Ministério Público não aceita o perdão da multa, entretanto, há algumas lacunas bastantes tortuosas no sistema penal.

Quando temos, por exemplo, um crime de violência doméstica praticado por homens de classe média, ou classe alta, estes infratores não querem de forma alguma que ninguém de seu círculo social tenha conhecimento de seu processo, muito menos do crime cometido e de sua índole agressiva. Para se esconderem e ninguém tomar conhecimento, não constituem advogado, mesmo possuindo plenas condições financeiras para tanto, sendo assim, sem um patrono, são atribuídos a esses criminosos, Defensores Públicos, em respeito ao Princípio do contraditório e da ampla defesa, Defensores Públicos remunerados pelo Estado, ou seja, pagos por toda população, profissionais que deveriam defender pessoas sem recursos para constituir advogado.

Esta fórmula atual, prejudica não só a classe dos advogados, mas a sociedade como um todo! O que poderia ser feito?

Quando constatado que o réu tem plena condição financeira de constituir um advogado particular e não o fizer, ao invés de lhe constituir um Defensor Público, o Magistrado deveria aplicar

multa diária até a constituição do advogado no processo. Desta forma, os valores destas multas poderiam suprir os valores deixados de arrecadar em virtude da isenção da pena de multa em análise, aquela arbitrada atualmente ao réu hipossuficiente, em adição à pena privativa de liberdade.

Faz-se necessário repensar o modelo punitivo e lapidá-lo no sentido de alcançar uma forma mais justa e humana, levando-se em consideração as condições socioculturais e econômicas daquele que delinquir, procurando entender a realidade de cada um e os caminhos que os levaram ao cometimento de um crime.

Referências Bibliográficas

CERELLO, Anselmo. **A suspensão de direitos políticos para o condenado beneficiado pelo sursis e liberdade condicional. Santa Catarina: Resenha eleitoral – Revista Técnica. Disponível em:** <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/a-suspensao-de-direitos-politicos-para-o-condenado-beneficiado-pelo-sursis-e-liberdade-condicional/index5635.html?no_cache=1&cHash=246b2517a5b6440e37e02e2eeeb4706d>. Acesso em: 19 nov. 2018.

Código Penal. – 7ª.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral.** Volume 1. 33ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 12ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Rodrigo Torres; MATTOS, Virgílio de. **Estudos de execução criminal: direito e psicologia**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Belo Horizonte, 2009.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A Pesquisa Científica na Graduação em Direito**, São Carlos, SP, UFSCAR. Disponível

em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pesquisa-graduacaochristinepeter.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ªed. São Paulo: Malheiros, 2013.

UNGARO, Gustavo Gonçalves. **Responsabilidade do Estado e Direitos Humanos**. 1ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OBRIGATORIEDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Amanda Bigatão Reginato

INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro encontra-se em um estado precário, com acúmulo desproporcional de litígios, não desfrutando da merecida apreciação jurisdicional. Assim, pela urgência em aprimorar tais procedimentos, surgiu o acordo de não persecução penal como uma opção de política criminal, tencionando gerar celeridade na solução dos conflitos criminais.

Esse novo instrumento foi introduzido pela Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, momento em que enfrentou demasiada incerteza e insegurança jurídica, eis que inúmeros foram os que se opuseram ao emprego dessa avença, ante a falta de previsão legislativa. (CABRAL, 2018, p. 22).

Contudo, mostrou-se tão indispensável e proveitoso que foi trazido pelo conhecido Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019, por meio do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, de modo que superou esta instabilidade, bem como o fortaleceu para o combate à sensação de impunidade que se sobressai. Ocorre que, em razão de ser ainda um "recém-chegado" na Legislação Penalista e terem sido deixadas lacunas, pairam algumas dúvidas sobre certos preceitos a serem seguidos na prática, ponto este de enfoque a ser retratado.

MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa iniciou-se com a análise da juridicidade da composição de vontades em pauta, desde sua criação via resolução até sua inserção em lei, através de doutrinas, artigos científicos, legislações e jurisprudências, que forneceram esclarecimentos fundamentais para a abordagem do presente tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O acordo de não persecução penal trata-se de negócio jurídico extrajudicial firmado entre o Promotor de Justiça e o investigado, que poderá ser oferecido quando preenchidos os requisitos do art. 28-A, "caput", do CPP, quais sejam, não ser o caso de arquivamento, o increpado confessar formal e circunstanciadamente, o delito não haver violência ou grave ameaça e ter pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, assim como deverá ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Depreende-se, ademais, a presença de hipóteses de não cabimento do sobredito ajuste, o qual será feito em audiência específica, ocasião em que o magistrado irá homologá-lo. Logo, deixa-se de promover a peça acusatória, já que pelo cumprimento integral, será extinta a punibilidade do agente, sem constar em certidão de antecedentes criminais para efeitos negativos, nos termos do art. 28-A, §§ 2°, 4º e 12, do CPP.

Isto posto, denota-se a imprecisão em relação à obrigatoriedade do Ministério Público em propor, pois não há exatidão nas condições do artigo supra, limitando-se a anunciar a mera possibilidade, ou seja, não estipula uma obrigação à autoridade competente, ao passo que também não afirma ser direito subjetivo do acusado.

Existem defensores para ambos os posicionamentos, a exemplo é plausível citar Aury Lopes Júnior que declara ser direito público subjetivo do indiciado obediente aos quesitos normativos. Por sua vez, Higyna Josita assevera que a faculdade do "Parquet" o permite negar a

oferta, sob fundamentação, para viabilizar o exercício da ampla defesa. (JÚNIOR e JOSITA, 2020).

Sucede-se que presumir de imediato um benefício a alguém simplesmente por ter se enquadrado aos regramentos legais, sem qualquer observância ao caso concreto, resultaria em grave afronta à justificativa pelo qual foi desenvolvido o acordo, assim como à vítima, a qual estaria sendo desvalorizada, indo a sentido contrário ao que preza o Princípio da Proporcionalidade, em virtude de visar uma punição correspondente ao que fora cometido pelo transgressor. (RABELO, 2009).

Isso porque o instituto abrange uma vasta extensão de tipos penais com diferentes modos e proporções para atingir a vida de outrem, em consequência, é crucial a cautela àqueles que atuam nos procedimentos criminais. Dessa maneira, cabe privilegiar a discricionariedade do ente ministerial para a ponderação do caminho mais justo e imparcial na entabulação da tratativa, à luz dos Princípios da Oportunidade e Conveniência. (ARAS, 2001).

No mesmo eito, destaca-se que o próprio dispositivo legal do ANPP conduz a essa perspectiva, tendo em vista a sensata ressalva feita "desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime", além de fincar a palavra "poderá", critérios estes de ordem subjetiva que concedem espaço para uma aferição mais razoável de cada feito. A propósito, nesse sentido julgou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC 2064200-84.2020.8.26.0000).

Não significa dizer, entretanto, que a decisão ficará totalmente nas mãos do MP, tampouco haverá permissão para agir com seletividade, porquanto o autuado detém mecanismos para impugnar eventual recusa e poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28-A, §14, do CPP.

Por isso, embora inexista entendimento consolidado entre os Tribunais Superiores, constata-se a tendência na concretização deste intento, a fim de que não haja extrapolação aos direitos resguardados a todos os indivíduos, seja o delinquente, seja o ofendido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, à vista da detalhada compreensão dos desígnios e pressupostos para o seu implemento, não há que se falar em um direito instantâneo e absoluto, sendo inevitável a mitigação à obrigatoriedade do acordo de não persecução penal.

Mais a mais, sem olvidar da necessidade em aperfeiçoar o seu exercício, a partir da uniformidade dos pronunciamentos judiciais, é possível extrair que a sua juridicidade colaborará para elidir a criminalidade subsistente, motivo pelo qual resta demonstrada a importância da discussão dessa temática, dada a potencialidade de interferência na sociedade e de modificação nas formalidades da estrutura forense.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Princípios do processo penal**. Disponível em https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/2. Acesso em 18/11/2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** 24 ed. - São Paulo: Ridel, 2017.

BRASIL. **Conselho Nacional do Ministério Público.** Resolução n. 181/2017. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277. Acesso em 20/10/2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Habeas Corpus Criminal 2064200-84.2020.8.26.0000; Relator: Xisto Albarelli Rangel Neto; 3ª Câmara de Direito Criminal; Julgamento: 21/06/2018; Publicação: 05/05/2020. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=2B20C7C5D3B4A50D88A97E14ED588660.cjsg3. Acesso em 25/06/2020.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo**

de não persecução penal. 2.ed. - Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

JÚNIOR, Aury Lopes; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal (Consultor Jurídico)**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal. Acesso em 20/06/2020.

RABELO, Graziele Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-proporcionalidade-no-direito-penal/#_ftnref43. Acesso em 23/06/2020.

TRÁFICO DE PESSOAS COM FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL :UMA ANÁLISE DOS DISCURSOS APRESENTADOS NAS MÍDIAS SOCIAIS

Isa Debora Pinto Lopes
Maynara Costa de Oliveira Silva

RESUMO:

O tráfico de pessoas com fins de exploração sexual é um crime invisível que usurpa os sonhos de muitas mulheres de diferente etinias ,essa prática é capaz de distruir vidas e muitas vítimas nunca voltarão a sua origem ou com alguma promessa comprida por seus algozes.Sua expansão vem se tornando preocupante,pois com as novas tecnologias e uso incontrolável das redes sociais esse comércio de vidas humanas vem se expandido de uma forma assustadora podendo fazer dezenas de vítimas por conexão.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de pessoas ; expoloração sexual; crime; redes sociais.

INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas é uma forma de recrutamento ou usurpação humana que vem evoluindo nas últimas décadas. Seu comércio vem ganhando espaço nas redes sociais, onde jovens em especial mulheres

tornam-se alvos fáceis, pois são facilmente seduzidas com promessas de vida segura e carreira promissora não sabendo estas que estão apenas perpetuando e consolidando a teia dessas organizações criminosas ao aceitarem o convite de mudança de vida.

> Dados extraídos das Organizações das Nações Unidas (ONU), afirma que este comércio ilícito é a terceira forma de crime mais rentável, ficando atrás somente do tráfico de armas e drogas. Em seus relatórios, esta fonte de negócio movimenta cerca de R$ 31,6 bilhões de dólares anuais, decorrentes do aliciamento de pelo menos dois milhões de mulheres no mundo todo. Os países industrializados obtemperam por metade dessa soma (15,5 bilhões de dólares), ficando o resto com Ásia (9,7 bilhões de dólares), países do Leste Europeu (3,4 bilhões de dólares), Oriente Médio (1,5 bilhão de dólares), América Latina (1,3 bilhão de dólares) e África (159 milhões de dólares). Estima-se que o lucro das redes criminosas com o trabalho de cada ser humano transportado ilegalmente de um país para outro chegue a 13 mil dólares por ano, podendo chegar a 30 mil dólares no tráfico internacional, segundo estimativas do escritório da Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC,2019).

O Tráfico de seres humanos é um crime invisível que pode ser exercido em qualquer localidade do globo, seus algozes podem estar lado a lado de suas futuras presas ou por trás de computadores ou smartfones. A escolha do alvo independe de linguagem, etnia, religião e normas de um país, tendo características mais fortes em locais onde a pobreza e miséria se misturam.

Este tipo de violação é forma mais cruel de denegrir a condição humana, a primeira coisa que lhe usurpam são seus sonhos. Pessoas são facilmente seduzidas pela esperança ilusória de uma vida mais digna, trabalho rentável, casamento dos sonhos e de repente se veem encurraladas nas garras do tráfico onde o que a esperam é uma rotina de estupros, variados tipos de violência física, fome, drogas e constantes torturas.

OBJETIVOS

Conscientizar mulheres e jovens que o tráfico de pessoas é real e seus algozes podem ser meros expectadores das diversas mídias a espera de uma oportunidade.

METODOLOGIA

Ancorada em estudos bibliográficos,com pesquisas baseados em dados oficiais,literatura específica e depoimento de vítimas resgatas.

RESULTADOS/ CONCLUSÃO

Os resultados apresentados são extraídos de organizações que lutam no combate a esse tipo de crime,mas que infelizmente só podem ser mensurados nessas estatíticas pessoas regatadas,ou seja os números reais são bem mais preocupantes.

O tema em destaque visa a divulgação e conscientização do público mencionado para esse crime invisível aos olhos da sociedade,mas que fatura milhares de cifras com a exploração de jovens e mulheres que buscam por condições de igualdade e somente encontram a degradação humana. O Estado deveria ter políticas que no mínimo fortificassem os tratados e mesas redondas acerca deste tema, inserindo mais campanhas em canais de comunicação,palestras educativas nas escolas públicas e particulares ,afim de informar a crianças e adolescentes os cuidados em relação a esse tema e a facilidade como mais vítimas estão sendo atraídas, devido ao acesso livre e desenfreado as mídias sociais em que tudo é permitido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,** Brasília, DF: Senado, 1988. Acessado em 19.08.19.

BRASIL. Brasileiro. Lei no. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Organização Anne Joyce Angher. 26ª. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FINLEY, Moses I**. Escravidão antiga e ideologia moderna**. Tradução de Norberto Luiz Guarinello. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

PISCITELLI, Adriana. Entre **as "máfias e a ajuda"**: a construção de conhecimento sobre tráfico de pessoas Cadernos Pagu, n. 31, p. 29–63, 2008.

VIEIRA Vera; CHART Clara. **PESQUISA "PERCEPÇÃO DA SOCIEDADE SOBRE O TRÁFICO DE MULHERES**. São Paulo.1ªEdição. Associação Mulheres pela Paz Local: 2016.

Artigos em periódicos:

Brasil: **o berço do tráfico de mulheres e da exploração sexual**. Danielly Ferlin Silvestrini.Publicado em 06/2014. Elaborado em 03/2011. https://jus.com.br/artigos/29110/brasil-o-berco-do-trafico-de-mulheres-e-da-exploracao-sexual.Pesquisado em 27./04/2019.

https://nacoesunidas.org/**direitoshumanos**/Pesquisado em 11/04/2019.

https://www.justica.gov.br/sua-protecao/**trafico-de-pessoas**/Pesquisado em 30/07/2019.

DIREITO PENAL ANALISADO SOB A ÓTICA DO CONTEXTO PANDÊMICO

Rafaela Alves Gusmão

RESUMO

O intuito do artigo é analisar o direito penal no momento pandêmico ocasionado pelo vírus Covid-19 e discorrer sobre a possibilidade de o descumprimento das regras de segurança adotadas tipificar crimes tais como de epidemia, lesão corporal, desobediência, infração de medida sanitária preventiva ou em algum dos delitos previstos nos arts. 131 e 132 do Código Penal que tratam da periclitação da vida e da saúde. Ademais, o artigo aborda sobre as leis criadas na atual pandemia, tais como a Lei Federal nº 13.979/2020 de 06 de fevereiro de 2020 e as portarias nº 356, de 11 de março de 2020 e a Portaria Interministerial nº 5 de 17 de março de 2020. Outrossim, o estudo tem enfoque na situação do vírus no Brasil, tendo em vista que a aplicação do Direito Penal brasileiro no espaço segue, sobretudo, o princípio da territorialidade. Conclui-se que embora o descumprimento pelo indivíduo das medidas adotadas pelos municípios e estados para a restrição do vírus possam levar ao questionamento se é possível a aplicação de sanção penal além das previstas nos arts.330 e no art.268 do Código Penal, seria necessário uma análise minuciosa de cada caso, tendo em vista que são crimes de perigo concreto, exceto lesão corporal, e por isso re-

querem maior comprovação . Além disso, quanto à lesão corporal, esta estaria, no contexto pandêmico, em concurso de crimes com o art. 268 CP e, portanto, seria desnecessária sua aplicação na maioria dos casos.

Palavras-chave: Covid-19. Direito Penal. Medidas. Pandemia. Preceitos. Saúde.

INTRODUÇÃO

Segundo o Ministério da Saúde, a Covid-19 é uma doença que ocasiona infecções respiratórias graves e é causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, cujo primeiro indício de surgimento foi datado no fim de dezembro de 2019, na China. Contudo, no início de março de 2020, o novo coronavírus foi caracterizado pela OMS como uma pandemia — epidemia que se dissipa por diversas regiões do globo terrestre. Atualmente, no Brasil, o número de casos confirmados ultrapassa 1.668.589 e o total de óbitos é de cerca de 70 mil, segundo levantamento realizado pelas Secretarias estaduais de saúde.

Tendo em vista os diversos planos apresentados pelo executivo municipal, pelas secretarias de saúde estaduais e pelo Ministério da Saúde, com o objetivo de apresentar medidas para a contenção do coronavírus, torna-se necessário o debate sobre a colaboração necessária à retenção do vírus e, consequentemente, se há responsabilização penal devida àqueles que descumprem com as regras de segurança impostas.

METODOLOGIA DA PESQUISA

O resumo expandido utiliza como metodologia um estudo baseado em contextualização, teses e estudos sobre direito penal e pandemia. O objetivo é, com suporte de técnicas hermenêuticas, analisar os delitos penais de forma sistemática, histórica e gramatical, sob o espectro do coronavírus, e compreender até que ponto o descumprimento das medidas impostas tipificaria um dos crimes trazidos no estudo em questão.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

No Código Penal brasileiro, posto na conjuntura pandêmica do coronavírus, a saúde pública e integridade física da pessoa humana são bens jurídicos que podem ser expostos em perigo ou efetivamente lesionados por diversos crimes previstos no ordenamento jurídico. Entre estes, encontra-se o crime de epidemia, disposto no art. 267 do CP: **"**Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos(...)". Ademais, a atenção ao estudo deste delito deve se dar em relação ao tipo objetivo, pois o verbo "causar epidemia" permite inferir que, se a epidemia já está inserida, seria impossível o agente dar causa. Portanto, a exemplo, para que pratique a conduta criminosa, o sujeito ativo – que sabe ou deve saber estar infectado com o vírus – deve adentrar uma região que não ainda foi afetada pela Covid-19, com a intenção de disseminar a doença (dolo direto) ou assumir o risco de propagá-la (dolo eventual) ou transmiti-la de forma culposa (por imprudência, imperícia ou negligência).

Outrossim, o crime de epidemia é de perigo concreto, logo, seria desnecessária a contaminação por Covid-19 para a sua consumação. Contudo, o perigo deve ser demonstrado e, além disso, por ser crime material, deve haver comprovação de que o ato do agente gerou a epidemia. Dessa forma, sendo difícil a comprovação do crime de epidemia, sua análise no contexto da Covid-19 torna-se ineficiente.

Também é pertinente se pautar o crime previsto no art.131 do Código Penal: perigo de contágio de moléstia grave. Segundo este, constitui delito "Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio(...)". Analisando o tipo objetivo, ressalta-se que não se há definição certa de "moléstia grave", apenas um rol de doenças apresentadas pelo Ministério Público, tais como tuberculose, HIV, etc. Portanto, embora a COVID-19 seja considerado um vírus de grande repercussão, devido à pouca informação disponível no momento e à falta de vacina, é impreciso incluí-lo neste rol. Além disso, a ocorrência de dano é desne-

cessária, pois basta a exposição ao perigo. Contudo, é necessária sua demonstração no caso concreto, o que exigirá análise mais profunda, assim como no crime de "epidemia".

Outrossim, há o crime previsto no art.132 do CP, que dispõe "Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente(...)". O sujeito passivo neste delito é pessoa(s) certa(s) e determinada(s) e o perigo deve ser "direto e iminente", ou seja, também consiste em crime de perigo concreto, formal e instantâneo. Assim, para que a conduta de um indivíduo contaminado por Covid-19 seja tipificada pelo art.132, seria necessária comprovação de real contaminação, o que consistiria em uma efetiva exposição a vida ou a saúde de outrem. Além disso, o autor teria ou deveria saber que está contaminado e agir com dolo direto ou eventual. Todavia, se o agente consegue efetivamente contaminar o sujeito passivo, tipificará o crime de lesão corporal dolosa ou culposa, pois haverá um dano efetivo.

Por fim, analisa-se o crime de lesão corporal (art.129 do CP), que dispõe "Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem(...)". Contudo, na situação pandêmica atual, a conduta que tipifica este delito encontra-se em concurso de crime com o art.268 do CP, que já possui previsão também na Lei Federal 13.979/20 a qual dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da pandemia, tais como as ditas em seu art.3 – como o isolamento; a quarentena; entre outras. Além disso, como forma de complementar a regulamentação da Lei Federal 13.979/20, o Ministério da Saúde instituiu a Portaria nº 356 e o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Ministério da Saúde editaram a Portaria Interministerial nº 5. Respectivamente, a primeira Portaria avoca em seu art. 5º sobre a responsabilização no caso de descumprimento das medidas. Tal artigo deve ser analisado junto ao disposto pela Portaria Interministerial nº 5, que também estabelece regras de isolamento e quarentena, mas que apresenta uma disposição de suma importância, pois em seus artigos 4º e 5º dispõe que o descumprimento de certas medidas presentes no art.3 da Lei Federal nº 13.979/20 poderiam sujeitar o indivíduo a responsabilização penal pelos crimes previstos nos arts.268 e 330 do Código Penal.

CONCLUSÃO

Com respaldo na análise minuciosa da estrutura do tipo penal dos crimes previstos no Código Penal que poderiam ser enquadrados no contexto pandêmico, conclui-se que, embora o ato daqueles que, estando infectados, descumprem as medidas de segurança adotadas, exponha em risco ou até mesmo transmita o coronavírus para indivíduos não infectados, tal conduta não poderia ser tipificada nos crimes apresentados: epidemia, lesão corporal, perigo de contágio de moléstia grave, ou perigo para a vida ou saúde de outrem.

Entretanto, considerando o disposto pela Lei Federal nº 13.979/2020 e por ambas Portarias aqui já citadas, o descumprimento das medidas previstas acarreta responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes infratores com aplicação das sanções dispostas nos art. 268 e art. 330 do Código Penal, respectivamente, crime de infração de medida sanitária preventiva que dispõe "Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa(...)" e no crime de desobediência "Desobedecer a ordem legal de funcionário público(...)".

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei n. 2.848,** de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Portaria Interministerial n. 5,** de 17 de março de 2020. Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de

06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco--de-2020-248410549>. Acesso em: 25 jun.2020.

BRASIL. **Portaria n. 356**, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de--marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 25 jun. 2020.

A POLÍTICA NACIONAL DO TRABALHO NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL: A EFETIVAÇÃO DO TRABALHO DO PRESO ENQUANTO FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA

Eduarda Alana de Gouvêa Tavares

Introdução:

A Lei de Execução Penal e o Código Penal Brasileiro, adotando a Teoria Unificadora da Pena, atribuem à pena as funções repressiva e preventiva. Essa última refere-se à ressocialização do condenado, alcançada por diversos elementos da pena, dentre os quais se destaca o trabalho dos presos.

Neste sentido, busca-se analisar a efetivação do trabalho penitenciário enquanto função ressocializadora da pena, conforme disposto na Política Nacional de Trabalho no Âmbito do Sistema Prisional. Tendo como marco teórico a Teoria Unificadora Dialética de Claus Roxin, a qual defende a função exclusivamente preventiva da pena, pela qual se alcançaria uma ressocialização ampla do preso, em paralelo às disposições e objetivos da mencionada Política Nacional.

Assim, por uma metodologia interpretativa e qualitativa, considerando questões, contextos e objetivos que envolvem o tema e, apresentando uma perspectiva crítica sobre objeto estudado,

pretende-se concluir pela compreensão do trabalho do preso enquanto função expressamente ressocilizadora da pena, desde que efetivadas as disposições da referida Política Nacional de Trabalho de maneira eficaz, em comunhão de esforços entre Estado, presos e sociedade.

Resultados e Discussões:

O ordenamento jurídico-penal brasileiro adota a Teoria Unificadora da Pena ao estabelecer, conforme disposto no Código Penal (BRASIL, 1940), que as sanções penais aplicadas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. As funções da pena elencadas seriam a retributiva e a preventiva, em paralelo, tal como dispõe a referida Teoria. Nota-se que a retribuição, fundada na necessidade e proporcionalidade da pena em relação ao delito, é ressaltada na fase processual, enquanto a prevenção, baseada na ressocialização e harmônica integração social do preso, se vê relevante na fase executória.

A Teoria adotada combina elementos das Teorias Absolutas e Relativas das Penas, defendendo que a pena teria caráter retributivo e preventivo, concomitantemente, uma vez que retribuiria a prática do delito na medida da culpabilidade do condenado de forma a, pelo cumprimento da pena de maneira ressocializadora, prevenir que este volte a delinquir. Haveria, portanto, um fundamento retributivo com fins preventivos.

Ao aprofundar-se nesta unificação das Teorias, Claus Roxin defende serem necessárias restrições recíprocas às Teorias unificadas, motivo pelo qual formula uma Teoria Unificadora Dialética (BITENCOURT, 2015), pela qual o fim da pena somente pode ser preventivo, mas sem afastar a culpabilidade trazida ao contexto do Direito Penal pelas Teorias Absolutas (ROXIN, 1997).

Logo, segundo Roxin, a pena, imposta pelo Estado nos limites do princípio da culpabilidade, deveria atender à finalidade de ressocialização do condenado e pacificação social, seguindo o princípio da estrita necessidade. Tal ressocialização seria realizada com a cooperação daquele e se daria de maneira ampla, reeducando, reabilitando e reinserindo-o na sociedade.

Um dos aspectos voltados à ressocialização, seja na Teoria Unificadora ou na Dialética de Roxin, seria o trabalho do preso, que foi assim visto a partir da evolução da natureza e finalidades das penas. A regulamentação mais recente, trazida pela Lei de Execução Penal – LEP (BRASIL, 1984), aborda esse trabalho como direito e dever do apenado.

Enquanto direito, relaciona-se ao trabalho como direito social elencado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estaria associado à dignidade humana. Relaciona-se também a uma série de benefícios da execução promotores da liberdade do condenado. Já enquanto dever associa-se à necessidade de execução por todos os membros de um Estado fundado na valorização social do trabalho, indissociável à dignidade. E também à necessidade de sua realização a fim de obstar o ócio que perfaz a rotina carcerária.

Assim, a atividade laboral, desde que executada em adequadas condições, respeitando as capacidades dos presos, seria elemento da pena capaz de auxiliar na função ressocializadora dessa, recuperando moral e socialmente o condenado e, fornecendo-lhe melhores condições de reingresso na comunidade.

Neste panorama o trabalho enquanto direito-dever do apenado corresponde, em contrapartida, a um dever estatal. O Estado deve ser capaz de propiciar ao preso condições e oportunidades de exercício de um trabalho compatível com suas aptidões, em nítida obrigação de garantir a execução dessas atividades, uma vez que atribuiu à pena função preventiva a ser alcançada pela ressocialização, sendo o trabalho uma das formas dessa.

Contudo, a regulamentação trazida pela Lei de Execução Penal traça apenas diretrizes acerca da realização efetiva do trabalho do preso e assistência para sua reintegração por meio desse, merecendo, assim, regulamentação pormenorizada. Logo, faz-se necessária a elaboração de outras medidas legislativas para, em paralelo a LEP, criar formas eficazes de execução do trabalho do preso, proporcionando uma futura reinserção social dos apenados de maneira ampla.

Neste sentido, vê-se na Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – PNAT, instituída pelo Decreto nº 9.450/18

(BRASIL, 2018), uma das formas para a melhor execução das mencionadas diretrizes. Por essa, busca-se regulamentar claramente o trabalho penitenciário, de forma a ampliar e qualificar a oferta de vagas e incentivar a formação profissional de presos e egressos do sistema prisional, havendo real investimento pelo poder público no sentido de prestar a devida assistência a esses e cumprir tal função da pena.

Com princípios e objetivos expressos, a Política trata do trabalho do preso como nítido elemento ressocializador, permitindo uma interpretação relacionada à Teoria de Roxin. Neste viés, segundo a PNAT, o trabalho, então, deveria ser executado pelos apenados e incentivado pelo Estado e sociedade, no intuito de ver aquele futuramente reintegrado à comunidade de maneira ampla, sendo reeducado, reabilitado e reinserido na sociedade devido à execução do trabalho com a mencionada função. Ressalta-se que para a efetivação do trabalho penitenciário com caráter ressocializador e, consequentemente, da Política em questão, dispõe-se acerca de uma responsabilidade compartilhada entre Estado, preso e sociedade.

A partir dessa responsabilidade, as funções preventiva geral e especial da pena, tal como defende Roxin, seriam plenamente alcançadas, pois o trabalho enquanto elemento da pena atenderia à ressocialização do condenado em si, por sua instrução e qualificação. Ainda, possibilitaria uma pacificação e integração social entre o preso e comunidade, em razão da conscientização dessa e colaboração, ainda que indireta, com a execução do trabalho do apenado e do egresso.

Portanto, as disposições da PNAT ao buscar efetivar as diretrizes da LEP, em consonância com valores e direitos salvaguardados por outros diplomas normativos, possibilitaria maior eficácia ao trabalho do preso enquanto função ressocializadora da pena, o que levaria a caminhos socialmente mais construtivos. Essa construção social, que integra pena, preso e sociedade, estaria de acordo com a Teoria de Roxin, garantindo função ressocialiadora ampla tanto à pena quanto ao trabalho adstrito a essa.

Importante salientar que a Política Nacional, a despeito de toda a eficácia que se propõe a garantir ao trabalho do preso, merece algumas críticas. Uma vez que sua parte prática encontra problemas na execu-

ção e fiscalização, tendo em vista a atual situação do sistema carcerário brasileiro e da própria execução penal. Além da difícil inter-relação com outros órgãos do poder público e empresas contratantes com esses para a devida implementação e verificação da PNAT, diante a existência de realidades distintas de trabalho e demanda naqueles.

Conclusões:

Diante das funções retributiva e preventiva da pena adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se analisar um dos elementos voltados à prevenção através da ressocialização do preso, qual seja o trabalho penitenciário. Buscando efetivar de maneira mais eficaz a função ressocializadora desse, disposto como direito-dever, foi elaborada a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, que o regulamenta especificamente com o caráter ressocializador amplo, elencando princípios, objetivos e métodos para sua efetivação.

Logo, tal Política associa-se diretamente à Teoria Unificadora Dialética de Claus Roxin por ver no trabalho penitenciário, enquanto elemento da pena, exclusiva função preventiva nitidamente ressocializadora ampla. Que envolveria a prevenção especial e geral em comunhão de esforços entre Estado, presos e sociedade, a fim de reabilitar e reintegrar o condenado à comunidade.

No entanto, cabem críticas quanto à efetivação daquela de maneira eficaz, por envolver uma série de fatores externos, que podem ser óbice à sua execução. Neste sentido, faz-se necessário grande esforço principalmente estatal para que as regulamentações da Política não se tornem apenas letra de lei, mas garantam a efetivação do trabalho do preso enquanto função ressocializadora da pena.

Referências:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.

planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11/03/2019.

_____, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11/03/2019.

_____, **Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018**. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, edição 142, p. 1, 25/07/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9450.htm. Acesso em: 11/03/2019.

_____, **Lei no 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: 11/03/2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito.** Primera edición. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1997.

COMENTÁRIOS SOBRE AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 69/2014 AO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS (DOS CRIMES CONTRA OS ANIMAIS DE COMPAINHA)

Nathaly Veloso Lehnen

Não há dúvidas de que a relação entre o homem e o animal é muito antiga, embora não se tenha nada registrado isso começou muito antes dos sistemas escritos, mas elementos históricos podem comprovar esse fato como as pinturas rupestres e artefatos que simbolizam diretamente a relação que o homem tinha com outros animais, sejam numa relação de inimigo ou não, e consequente processo de domesticação de determinadas espécies e expansão da relação homem e animal ao longo das civilizações.

O presente trabalho tem o escopo de abordagem crítica reflexiva acerca da neocriminalização trazida pelo legislador português sobre os crimes contra os animais de companhia conforme artigos 387 a 389 do Título VI do Código Penal Português por meio da Lei nº 69 de 29 de agosto de 2014. Desses artigo retiramos as seguintes críticas: a conceituação de animal de companhia como mero objeto das ações típicas e não um sujeito passivo em virtude do interesse humano; exclusão de uma grande parte da variedade de animais inclusive aqueles que são destinados à fins agrícolas e/ou pecuária ou espetáculos comerciais e

afins; não há esclarecimentos sobre o que seriam os maus tratos físicos ou danos psicológicos resultantes de comportamentos de natureza sexual ou no caso de abates/mutilações e demais ações que impliquem em sofrimento; há a punição pelo abono apenas se colocar em perigo a alimentação ou os cuidados do animal; e as penas impostas são acessórias e nem mesmo há a previsão do destino do animal após a condenação do indivíduo.

Deste modo, a criação da lei nos leva à pesquisa a fim de entender qual foi a real necessidade ou intenção do legislador em conceder a tutela penal aos animais domésticos em específico, pois a existência de um bem jurídico digno de tutela penal é inescusável a análise de sua necessidade, subsidiariedade, adequação e proporcionalidade a salvaguardar direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Assim, é preciso estudar o bem jurídico na tentativa de entender a real justificação da tutela penal concedida.

Portanto, diante disso ficou demonstrado que acerca dos crimes contra os animais de compainha o bem jurídico não é matéria madura suficiente e de unânime conformidade a justificar a tutela penal atribuída. Restando claro que a atuação do legislador em conceder tal tutela não só contrapôs a proposta inicial de suprir a lacuna de um regime sancionatório (da Lei nº 92/95) mas também desrespeitou princípios norteadores e basilares do Direito Penal, que está devidamente amparado por uma estrutura das ordenações axiológicas jurídico-constitucionais. Logo, a ausência de um bem constitucionalmente protegido, a não verificação da necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade da tutela penal não induz outra saída a não ser cogitarmos um caso de inconstitucionalidade.

Existem muitos documentos internacionais que concedam a tutela aos animais, mas infelizmente nem sempre a quantidade de lei resulta em alguma solução de problemas. Digo isso porque infelizmente atualmente muitas condutas são reprovadas pela sociedade e estas são postas frente ao Direito a fim de buscar justiça ou até mesmo extingui-las. Vejo isso como real compositor de um quadro de punitivismo exacerbado como uma forma de resolução dos problemas que tem sido clamado cada vez mais pela população. Não se trata aqui dizer que os animais não mereçam proteção jurídica, mas sim afirmar que perante

a esfera penal e a respectiva tipificação, não visualizo a real necessidade em buscá-la para solucionar os casos apenas de maus tratos e abandonos dos animais de compainha em específico. Está em jogo aqui a forte ligação com valores éticos e morais que estão presentes em cada sociedade a depender de cada cultura. Por isso a imposição normativa penal sobre certas condutas nem sempre é a mais viável, pois um reconhecimento preciso e atuante do homem sobre diversas situação que aconteçam na sociedade é imprescindível, afinal diversas punições existem em virtude da sua própria ação.

Portanto, enquanto a sociedade não evoluir reflexivamente sobre essas questões e valores torna-se um tanto difícil buscar apenas o Direito Penal como uma única solução. Diante disso temos o atrito entre a efetividade e normatividade, uma vez que há lei mas nem sempre são eficácias para o fim que são propostas, e consequentemente surge aqui o chamado Direito Penal simbólico, falho na sua pretensão protetiva, e frustrante aos olhos da comunidade. Restando ao legislador neste caso a retificação a fim de reparar a ausência de legitimação jurídico-constitucional encontrada.

A metodologia desta pesquisa teórica investigativa analítica baseou-se em fontes bibliográficas doutrinais de materiais documentais e plataformas digitais. A formatação textual segue as orientações da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Segue abaixo as obras principais que foram utilizadas como base bibliográfica para a presente pesquisa:

ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico portegido nos crimes de maus-tratos e abandono de animais. Disponível em: http://julgar.pt/sete-vidas-a-dificil-determinacao-do-bem-juridico-protegido-nos- crimes-de--maus%E2%80%91tratos-e-abandono-de-animais/.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 5ª edição, 2006.

ARAGÃO, Alexandra. *A natureza não tem preço… mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda).* Coimbra Editora, Vol. IV, 2012.

BECHARA,Ana Elisa Liberatone S. *"O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual".Revista liberdades, IBC-CRIM, ISSN: 2175-5180.*Disponível em:http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_i d=3

BECK, Ulrich;GIDDENS Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

BRANDÃO, Nuno.*"Bem jurídico e direitos fundamentais:entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso",In.* J. Faria Costa et al (orgs), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade.Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.

CAEIRO,Pedro.*Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da" justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema*.Revista do Ministério Público,ano 2000, nº 84.

COSTA, António Pereira da. *Dos Animais:O Direito e os Direitos*. Coimbra Editora,1998.

_____. *Perigo em Direito Penal*, *Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*.Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2000.

_____. *Beccaria e o direito pena: três estudos.*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo.*Direito Penal-Parte Geral-Tomo I (Questões Fundamentais a doutrina geral do crime).* Coimbra Editora, 2ª edição, 2007.

DUARTE, Maria Luísa .*A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-membros*. Lisboa: Editora Lex, 1997.

_____. *Direito da União Europeia e o estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?, in Animais: deveres e direitos*, textos organizados por

Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, ICJP.Lisboa: Editora OH! Multimedia,2015.

ÉTICA ANIMAL (s/a). *O que é senciência. Disponível em:* https://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/introducao-a-senciencia/senciencia-animal/.

FARIA, Raul [et.al].*Animais: Deveres e Direitos* (Conferência promovida pelo ICJP em 11/12/2014). E-BOOK, ISBN 978-989-8722-05-8. Lisboa,2015,148. Disponível em: https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view.

JORGE,Sónia Filipa Silvestre.*Dos crimes contra animais de companhia: uma análise crítica* . Coimbra, 2018.

LEVAI, Fernando Laerte.*Direito animal: uma questão de princípios*.Disponível em:http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-animal-uma-quest%C3%A3o-de- princ%C3%ADpios.

MENDES, Paulo de Souza. *Vale a pena o direito penal do ambiente?*Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2000.

OSÓRIO,Rogério.*Dos crimes contra os animais de compainha-Da problemática em torno da Lei 69/2014, de 29 de agosto- (O direito da carraça sobre o cão)*. Disponível em: http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/10/20161006-ARTIGO-Dos-crimes- contra-os-animais-de-companhia.pdf.

PALMA,Fernanda.*Direito penal do ambiente – Uma primeira abordagem(-*Direito do Ambiente). Instituto Nacional da Administração, 1994.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, "*Tiro aos Pombos" – Jurisprudência Criadora de Direitos*, ARS IUDICANDI, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, Diana Maria Meireles.*Os animais: sujeitos de direito ou direitos de um sujeito?*Coimbra, 2015.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal do ambiente: uma aproximação ao novo Direito Português*.Revista de Direito Ambiental, Ano 1, nº 2, São Paulo, Revista dos tribunais, abr/jun., 1996.

SÁNCHEZ, Alfredo Chirino [et al.]."*Direito penal como crítica da pena : Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário"* em 2 de setembro de 2012 / organizadores Luís Greco, Antonio Martins. Madrid : Editora Marcial Pons, 2012.

SILVA,Suzana Tavares da. *O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*.Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23213/1/tetralema%20da%20proporcionali dade.pdf.

VALDÁGUA,Maria da Conceição.*O Estatuto dos animais-Na ciência, na ética e no direito (curso de verão FDUL/CIDP,2017), Revista Jurídica Luso Brasileira, Ano 3,nº6, 2017.*

TORRÃO, Fernado. *Societas delinquere potest? - Da responsabilidade individual e colectiva "nos crimes de Empresa" .*Coimbra:Editora: Almedina,2010.

DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE PORN REVENGE E SEXTORTION, BEM COMO OS EFEITOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AOS CASOS CONCRETOS

Hugo Roberto Xavier Silva Junior
Leonardo Fagundes Matuzinho

INTRODUÇÃO

Tendo como premissa[26] o fato de que todo delito se consuma, em última análise, em virtude da desinteligência humana – que se desenvolve entre os sujeitos das mais distintas formas, sejam elas sociais, psicológicas ou até mesmo por meio da união de ambas – mister enfatizar as nuances que permeiam o surgimento de condutas que, atualmente, podem se encaixar – a depender das circunstâncias – em mais de um tipo penal.

Nesse sentido, algumas reflexões concernentes aos crimes sexuais devem ser pontuadas, sobretudo em relação àqueles que suscitaram em

26 Autores: Hugo Roberto Xavier Silva Junior (hugpjunior@gmail.com) e Leonardo Fagundes Matuzinho (leofagundesm@gmail.com), graduandos do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá/UEM, sob orientação da Prof.ª. Drª. Gisele Mendes de Carvalho, professora Associada da Universidade Estadual de Maringá

virtude dos avanços tecnológicos posteriores ao advento da internet. Sob esse prisma, verifica-se que o Código Penal Brasileiro – sancionado em 1940 – padece de evolução, sendo imperiosa sua mudança no intuito de que sejam contempladas as sanções para os novos crimes dos quais, dia após dia, se insurgem e trazem, muitas vezes de maneira inédita, interpretações jurisprudenciais, as quais, dada a natureza inovadora do delito recém-apreciado, por vezes, se contradizem.

No âmbito do ciberespaço, deparamo-nos com os mais distintos delitos, a exemplo daqueles de natureza sexual, dos quais abordaremos no decorrer deste projeto.

Dentre tais crimes, importante mencionar as condutas típicas caracterizadoras da pornografia de vingança, porn revenge, bem como diferenciá-las daquelas que definem outra prática criminosa recém-conhecida: a chamada sextorsão.

Em relação às primeiras condutas, tem-se que as mesmas decorrem da divulgação não autorizada de imagens (fotos, vídeos) de cunho sexual, cujo agente, geralmente, inconformado com o término do relacionamento, por vingança, divulga as fotos e vídeos íntimos da parceira, das mais diversas formas, na rede mundial de computadores.

Em relação às condutas caracterizadoras da prática de sextorsão, tem-se que esta se verifica na medida em que, por meio de chantagens, busca o agente alguma forma de satisfação sexual, obrigando – mediante ameaça de divulgação de fotos ou segredos – que a vítima – virtualmente – satisfaça sua lascívia.

Pretende-se, por meio deste trabalho, estudar o histórico das práticas de vingança privada de cunho sexual no Brasil, bem como os avanços jurisprudenciais e legais a essas práticas relacionadas, além de trazer ao debate as formas de aprimorá-lo para que também contemple essas novas modalidades criminosas.

OBJETIVOS

1.1. GERAL

Por meio deste trabalho, propõe-se a análise comparativa entre os crimes de sextorsão e pornografia de vingança, analisando-se os efeitos

da legislação brasileira aos casos concretos, bem como sugerindo-se, ao final, maneiras de combate a estas práticas, inclusive por meio de políticas públicas.

1.2. ESPECÍFICOS

Tecer comparações jurídicas entre as condutas relacionadas às práticas de sextorsão e de pornografia de vingança, destacando-se os bens jurídicos que são violados através das práticas de *porn revenge* e *sextortion;*

Analisar a evolução histórico-social da legislação sobre crimes sexuais no Brasil;

Comparar a legislação nacional com a internacional naquilo que concerne à prática de *porn revenge*;

METODOLOGIA

O estudo sobre as temáticas *sexting*, *revenge porn* e estupro virtual foi baseado na análise da evolução histórico-cultural, correlacionado com a construção dogmática dos ordenamentos jurídicos e das jurisprudências.

Assim, com o propósito de demonstrar a carência de normatização, bem como a relação desses delitos com o tipo penal dos crimes contra a dignidade sexual, o presente trabalho valer-se-á da revisão bibliográfica, do método comparativo, do sistemático e do lógico-dedutivo, como procedimentos técnico-jurídicos.

RESULTADO E DISCUSSÃO

Com o avanço da Internet a sociedade sofreu muitas mudanças, ocorridas por meio da facilitação de acesso a um direito que por muito tempo foi objeto de restrição, censura e variadas intervenções estatais: o direito à informação. O direito à informação foi potencializado pelas ferramentas da web, facilitando a vida da população mundial.

Contudo, esse ambiente cibernético não trouxe somente benefícios, também propiciou a abertura de portas para o aprimoramento de

práticas criminosas, que inovam diariamente seus métodos, tornando-se objeto de análise e estudos nos âmbitos do Direito.

Dentre os crimes que se desenvolvem na web, merecem destaque os crimes contra a dignidade sexual, especialmente as práticas de *porn revenge* e *sextortion*, as quais foram objeto de estudo do presente trabalho. A legislação brasileira por muito tempo foi omissa em relação à prática de pornografia de vingança, sendo esta tipificada apenas por meio da lei 13.718/2018, que alterou disposições do Código Penal.

Esta tipificação veio tarde demais, haja vista que desde muito tempo há notícia do vazamento de *nudes*, tendo o ordenamento jurídico penal remanescido omisso em relação a esta realidade, especialmente no que tange à necessidade gritante de se adotar – para a prática de tal ilicitude – a adoção de penas mais duras ao agente criminoso.

Com a tipificação tardia da conduta de *porn revenge*, muitos criminosos foram processados, julgados e condenados com base no crime de que trata o artigo 139 do Código Penal (difamação), o qual possui pena máxima bem mais branda, se comparada com aquela prevista na legislação atual.

Quanto à prática de *sextortion*, poucos são os casos no Brasil de que se tem notícia. A Justiça Piauiense foi pioneira, no Brasil, ao decretar a prisão de um criminoso pela prática de *sextortion*, ao enquadrar referida conduta no crime de estupro (FERREIRA, 2017).

No entanto, ainda há controvérsias no mundo jurídico em relação à possibilidade ou não de se entender a conduta de sextorsão como estupro. Há quem defenda a tese de que o enquadramento desta prática no crime supracitado fere diversos princípios do Direito Penal, como o da Legalidade e o da Anterioridade, e de que o tipo penal constante do artigo 213 não é claro sobre o que seriam os atos libidinosos.

Muitos países ainda não possuem legislação específica, haja vista o fato de a pornografia de vingança ser prática criminosa relativamente nova. A tendência que se verifica é a criminalização do porn revenge, bem como ampliação das discussões acerca da nocividade de tal delito nos dias atuais.

De acordo com dados do site INTERNETLAB (2018), diferentes países têm adotado estratégias jurídicas para o combate a essa prática

delitiva, em busca de atualizar a legislação para sanar os problemas do presente século.

Nos Estados Unidos, ainda não há lei federal específica quanto à prática de porn revenge, apenas existindo dois projetos de lei em tramitação no Congresso Americano. Todavia, 38 estados americanos já criminalizaram a pornografia de vingança (COMO PAÍSES..., 2018). Um exemplo disso é que recentemente entrou em vigor uma lei, do Estado da Virgínia, passando a considerar como crime a prática de deepfake (PINTO, 2019), na qual imagens e/ou vídeos são criados (falsamente) por meio de inteligência artificial. Com esta alteração legislativa, a pessoa que manipular fotos/vídeos por meio de inteligência artificial também será punida, sendo que a pena para a prática de porn revenge, na Virgínia, pode chegar até 12 meses de prisão, além de multa no valor dois mil e quinhentos dólares.

A Alemanha, por sua vez, criminalizou a prática de pornografia de vingança por meio de entendimento da Corte Federal de Justiça (Bundesgerichtshof), de que as imagens do ex-parceiro devem ser apagadas por quem as detenha, quando solicitado (SECO, 2019).

Dessa forma, vislumbra-se que apesar de avançar a nível local, o aperfeiçoamento das legislações sobre a pornografia de vingança ainda é moroso, sob a ótica global, haja vista o fato de a pornografia de vingança ser prática criminosa relativamente nova. Mas deve, gradativamente, ser absorvido nos ordenamentos jurídicos, dadas as consequências e a repercussão social que o tema gera ao redor do mundo.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, há que se destacar que a Lei 13.718/2018, que alterou o Código Penal, propiciou mais proteção às pessoas vítimas da prática de *porn revenge*, conduta que merece ser muito estudada, tanto no âmbito jurídico, quanto no social e psicológico.

Quanto à prática de *sextortion*, entende-se, ao menos por ora (até que haja normatização específica), que o enquadramento de da conduta de sextorsão como estupro é razoável, propiciando aplicação de sanção adequada à gravidade do crime em apreço, o qual lesa múltiplos

bens jurídicos quando da sua consumação, existindo grandes desafios para o efetivo combate a esta prática criminosa, sendo a adoção de políticas públicas uma das frentes interessantes de enfrentamento deste problema social.

REFERÊNCIAS

SECO, Raquel. **Assim se luta contra o pornô de vingança**. [*S. l.*], 15 jun. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/14/actualidad/1560532497_362604.html. Acesso em: 14 jul. 2020.

COMO PAÍSES enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas?. [*S. l.*], 25 maio 2018. Disponível em: http://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/#unitedstates. Acesso em: 14 jul. 2020.

PINTO, Gabriela. **ESTADO dos EUA inclui deepfake em lei contra pornô de vingança.** [*S. l.*], 6 jul. 2019. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/software/143478-estado-eua-inclui-deepfake-lei-porno-vinganca.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

FERREIRA, Sabryna. **O que é estupro virtual?**. [S. l.], 2017. Disponível em: https://posocco.jusbrasil.com.br/noticias/497174996/o-que-e-estupro-virtual. Acesso em: 14 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC): UMA ALTERNATIVA AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Ana Cristina Mendes
Valéria Mendes Pinheiro

O sistema prisional brasileiro está cada vez mais afastado de um dos seus objetivos a que se destina, qual seja, a ressocialização, ficando limitada ao enfoque ligado a punição. A Lei de Execução Penal brasileira prevê o cumprimento da decisão criminal, bem como viabilizar condições para a integração social do condenado. Mas na prática a situação encontra-se muito afastada do seu desiderato. (BRASIL, 1984)

A partir de inquietações e buscas por esclarecimentos e frente aos números e resultados apresentados pelo Sistema Prisional Brasileiro surge a necessidade de pesquisar métodos prisionais alternativos ao tradicional, como meio para buscar soluções para o problema do encarceramento. Tanto sua forma de punir, como na forma de recuperação do apenado, contanto que não seja a que o devolve a sociedade sem ressocializar.

Neste sentido, objetiva-se, em especial, conhecer o método alternativo APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, o qual é dedicado à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade.

Para desenvolver a pesquisa sobre o método APAC será utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica visando conhecer a história,

as experiências e os resultados já obtidos, a partir de estudo e análise de teorias, em conjunto com documentos, bem como da análise de resultados apresentados pela Associação.

O responsável pela criação do modelo de ressocialização de presos, o método APAC, foi o advogado Mário Ottoboni, no ano de 1972, tendo seus méritos, inclusive, reconhecidos pela ONU.

A APAC é uma entidade civil de Direito Privado, com personalidade jurídica própria, dedicada à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. A metodologia é baseada na valorização humana, e vinculada à evangelização como uma das condições de recuperação. Visa, ainda, em sentido *lato*, a proteção da sociedade, a promoção da Justiça e o socorro às vítimas. Neste método, os presos são chamados de recuperandos, os quais são os próprios responsáveis pela sua recuperação. (TJ/MG, 2009, p. 11)

Segundo informação da APAC, a população carcerária aumentou em mais de 250% nos últimos 14 anos, informando que o Brasil está entre os países que mais prende no mundo, ocupando o quarto lugar neste ranking sendo que o índice de reincidência chega a 75%, ou seja, apenas 25% dos apenados são ressocializados.

Já os números do método APAC, conforme informações da Associação, são muito animadores e mostram uma luz a ser seguida, pois o índice de recuperação é de 92% em contraponto ao método tradicional que gira em torno de 25%. (APAC, 2020)

O método APAC, nos termos das informações constantes no sítio da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (2020), é aplicado há 40 anos, e tem por objetivo a proteção da sociedade, a promoção da Justiça e o socorro às vítimas. O método tem amparo Constitucional e infraconstitucional para atuar nos presídios, possui seu Estatuto resguardado pelo Código Civil e pela Lei de Execução Penal. Nesta metodologia são os próprios apenados os corresponsáveis pela sua recuperação e contam com assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestada pela comunidade.

Trata-se de uma abordagem e metodologia de trabalho diferenciada. Segundo dados do TJ/RS (2018):

> Nas unidades da APAC não há agentes penitenciários nem armas. Os próprios internos, com ajuda da comunidade, são responsáveis pelo gerenciamento enquanto trabalham, recebem qualificação profissional e cuidam de tarefas básicas de manutenção, como faxinas, lavagem de roupas e preparo de refeições. Profissionais, na forma de voluntariado, colaboram com a assistência dos internos nas áreas jurídica, educacional, profissionalizante e outras.

O método APAC é fundamentado em doze elementos fundamentais, os quais são resultados de muitos estudos e reflexões na busca dos resultados almejados e, para sua eficiência e eficácia devem ser utilizados em conjunto, pois somente assim é possível atingir os resultados perquiridos. Todos os envolvidos devem estar preparados para que nada falhe na aplicação do método. (OTTOBONI, 2018, p. 65)

Somados aos elementos fundamentais, o amor incondicional e a confiança são defendidos por Ottoboni (2018, p.) como os aspectos subjetivos de suporte de toda a metodologia, os quais devem ser uma constante na condução das atividades. Segundo o criador do método APAC, o amor e a confiança devem estar sempre presentes "por meio de gestos concretos de acolhida, de perdão, de diálogo, sem distinção, por parte dos voluntários, no relacionamento com os recuperandos", sobrepondo-se aos demais elementos "pois devem ser virtudes cultivadas com todo o vigor cristão na aplicação da metodologia".

Neste sentido, importante trazer a lume fato que traduz em realidade a convicção de Ottoboni, quando aduzia "APAC é coração":

> "Do amor ninguém foge."
>
> Essas palavras brotaram da boca de um recuperando que tinha fama de ser fugitivo. E, com as chaves da cadeia nas mãos, ao invés de fugir da APAC ele disse isso:
>
> "Do amor ninguém foge." (FBAC)

A partir de estudo e análise do método APAC em conjunto com doutrinadores e informações oficiais, bem como da análise de frag-

mentos de textos acerca do tema buscou-se sintetizar e sistematizar os elementos, visando-se melhor esclarecimento e novas visões doutrinárias acerca do assunto. Neste mesmo norte de entendimento, buscou-se em APAC-Partenon (2010) o entendimento sobre a visão do método objetivo da APAC: "... promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena. Seu propósito é evitar a reincidência no crime e oferecer alternativas para o condenado se recuperar". Esta metodologia não se traduz em beneficio ao detento, mas em oferecer alternativas ao recuperando e, assim, evitar a reincidência no crime.

No que diz respeito à metodologia APAC, esta é baseada em uma disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado, buscando a proteção de todos, a promoção da justiça e o socorro às vítimas. (APAC-Partenon, 2010)

O método é amplamente aplicado no Estado de Minas Gerais, também já disseminado a nível nacional, com APACs organizadas em 17 Estados da Federação, inclusive com unidades sem a presença da polícia e de agentes penitenciários, sendo motivo para o Conselho Nacional de Justiça recomendar a expansão da metodologia. (ANDRADE, 2014, p. 16)

Ainda, segundo Andrade (2014, p. 16) as APACS já estão sendo desenvolvidas em diversos países do mundo, em torno de 23, tais como Noruega, Áustria, Chile, Colômbia, Estados Unidos, Costa Rica, Colômbia e Alemanha, os quais se encontram em diversas fases de desenvolvimento.

Da breve pesquisa acerca da temática envolvendo a Associação APAC, advém a asserção da importância deste instituto, eis que visa promover a humanização nas prisões, não excluindo a finalidade punitiva da pena, com o fim de buscar a ressocialização e consequente não reincidência do recuperando. E para que esse objetivo seja viável, a metodologia usada consiste em ofertar formas para que ele possa se recuperar.

Ademais, diante do cenário que se encontra o sistema prisional brasileiro, sendo a penitenciária a escola do crime, onde de fato não há busca pelo resgate do preso como ser humano, resultando apenas

no agravamento das circunstâncias, tanto para o preso, como para a sociedade, necessário se faz acreditar na APAC como alternativa para um sistema que não está demonstrando resultados diante de um de seus reais objetivos, a ressocialização do preso. (ANDRADE, 2014, p. 68)

Da mesma forma tem-se a noção da amplitude e complexidade destes conceitos e seus muitos desdobramentos, impedindo assim o esgotamento da temática, o que de forma alguma foi intenção deste trabalho. Diante da importância do tema, se faz necessário melhor aprofundamento e análise.

Ao final denota-se a importância da abordagem desta pesquisa, visto que é possível vislumbrar que os objetivos da APAC possam resultar na expansão e aperfeiçoamento do sistema punitivo brasileiro.

Referências

ANDRADE, Durval Angelo. APAC, a face humana da prisão. 2 ed. Belo Horizonte: O Lutador, 2014.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: http://ww1.al.rs.gov.br/jefersonfernandes/Imprensa/OutrasNot%C3%ADcias/APACCanoas.aspx. Acesso em: 13 julho 2020.

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htmf. Acesso em: 13 julho 2020.

APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. Disponível em:

https://www.apacpartenon.com/quem-somos. Acesso em: 13 julho 2020.

FBAC , Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. Disponível em: http://fbac.org.br/index.php/pt/marioottoboni-2/dr-mario-fala-sobre-apac. Acesso em: 14 julho 2020.

OTTOBONI, Mário. Vamos matar o criminoso? Método APAC. Ed. Paulinas, 2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Especialistas analisam modelo da APAC que terá primeira unidade no RS nos próximos meses. 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/especialistas-analisam-modelo-da-apac-que-tera-primeira-unidade-no-rs-nos-proximos-meses/. Acesso em: 13julho 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Cartilha novos rumos na execução penal. Projeto novos rumos na execução penal. 2009

DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS – VOL. 3

Antônio Eduardo Ramires Santoro,
Claudia Aparecida da Silva Pires, Flavio Mirza Maduro,
Rodrigo Grazinoli Garrido (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Setembro de 2020