

DIREITO PENAL E SOCIEDADE

PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

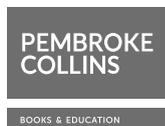
PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela 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)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

CEZAR JORGE DE SOUZA CABRAL,
MARIA LEONILDES BOAVISTA GOMES CASTELO BRANCO MARQUES,
RONALDO ALVES MARINHO DA SILVA,
TATIANA LOURENÇO EMMERICH DE SOUZA

DIREITO PENAL E SOCIEDADE



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2021

Copyright © 2021 | Cezar Jorge De Souza Cabral, Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques,
Ronaldo Alves Marinho Da Silva, Tatiana Lourenço Emmerich De Souza (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.

D598

Direito penal e sociedade / Cezar Jorge de Souza Cabral, Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Tatiana Lourenço Emmerich de Souza (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

684 p.

ISBN 978-65-89891-14-7

1. Direito criminal. 2. Criminologia. 3. Direitos sociais. I. Cabral, Cezar Jorge de Souza (org.). II. Marques, Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco (org.). III. Silva, Ronaldo Alves Marinho da (org.). IV. Souza, Tatiana Lourenço Emmerich de (org.).

CDD 345

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS.....	15
ENCARCERAMENTO MASSIVO: UMA ANÁLISE DA IMAGINADA CORRELAÇÃO DO SUPERENCARCERAMENTO COM A REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE.....	17
<i>Isaias da Silva Moreira de Santana</i>	
MULHERES NEGRAS E VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE O IMPACTO DO RACISMO EM PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO DE MULHERES.....	32
<i>Danielle Bandeira Feijó de Lima</i>	
DEBATE DIALÉTICO SOBRE INFILTRAÇÃO POLICIAL NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	51
<i>Arthur Irwin Rosa Santos Góis</i> <i>Ronaldo Alves Marinho da Silva</i>	
VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: IMPACTO NA SAÚDE PSICOLÓGICA DA MULHER.....	68
<i>Valdehilza Costa Nascimento de Oliveira</i>	
PRODUTOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ESTADO DA BAHIA: ANÁLISE DE CUSTEIO E PROPOSTA DE OTIMIZAÇÃO SISTÊMICA	82
<i>Roberto José da Silva</i>	
NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO: INSTITUTOS DE INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES POLICIAIS NO COMBATE AO CÍBERCRIME NO BRASIL.....	101
<i>Alexandra Fonseca Rodrigues</i> <i>Irann de Almada Cordeiro</i>	

A REPERCUSSÃO DO PARÁGRAFO 3º DO ART. 3-C NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA O INQUÉRITO POLICIAL. UMA OPÇÃO DE POLÍTICA CRIMINAL QUESTIONÁVEL.....	119
<i>Clara Cardoso Machado Jaborandy</i> <i>Tiago Lustosa Luna de Araújo</i>	
A BUSCA PESSOAL E A SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS À INTIMIDADE E À SEGURANÇA PÚBLICA.....	136
<i>Breno da Costa Esteves</i>	
MONITORAMENTO ELETRÔNICO POR MEIO DE TORNOZELEIRAS: UMA ANÁLISE DA EFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA.....	152
<i>Gerson de Jesus Monteiro Junior</i>	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INCLUSÃO SOCIAL E ESTRATÉGIA DE PREVENÇÃO AO ENCARCERAMENTO.....	167
<i>Andrêssa Leal Santos</i> <i>Joab Leonardo Santana de Castro</i> <i>Raquel de Jesus Almeida Dourado</i> <i>Gláycivânia Castro Corvelo Costa</i>	
ANÁLISE ACERCA DO CRIME DE INCÊNDIO SOB A ÓTICA DO CÓDIGO PENAL E DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS.....	179
<i>Gabriela dos Santos Reginato</i> <i>Geisiele de Medeiros</i>	
ANÁLISE DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO ESTADO DA BAHIA EM 2018.....	197
<i>Amanda Barreto Meirelles do Nascimento</i> <i>Luciano Bandeira Pontes</i> <i>Nungi Santos e Santos</i> <i>Núbia Mara Pereira Barbosa</i>	
CASO SARI CORTE REAL E O MENINO MIGUEL: ANÁLISE CASUÍSTICA DA ZONA CINZENTA ENTRE A CULPA CONSCIENTE, O DOLO EVENTUAL E A CAPITULAÇÃO DELITIVA.....	214
<i>Mariana de Arco e Flexa Nogueira</i> <i>Otávio Augusto Mantovani Silva</i>	

FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE DO CRIME EM SERGIPE (2017-2018).....	230
<i>Luciana Muniz Prado de Almeida</i>	
A EVOLUÇÃO DO ESTADO NO ENTENDIMENTO ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DE TRANSEXUAL SER VÍTIMA DE FEMINICÍDIO NO BRASIL DOS DIAS ATUAIS.....	242
<i>Wanderley Elenilton Gonçalves Santos</i>	
A EXCLUSÃO DAS MULHERES NA CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA NA ESFERA PENAL.....	256
<i>Isabela Maria dos Santos Kurtemback</i> <i>Larissa Aline Lopes Damasceno</i>	
BREVE HISTÓRICO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE: DA TEORIA PSICOLÓGICA À CRISE DA TEORIA NORMATIVA PURA.....	270
<i>Lucas Frasson Sant'Ana de Oliveira</i>	
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: REFLEXOS DA PANDEMIA COVID-19 NAS ESTATÍSTICAS CRIMINAIS COLETADAS NA CIDADE DE CURITIBANOS-SC EM 2020.....	287
<i>Carlos Humberto Naves Junior</i> <i>Marco Aurélio de Jesus Pio</i> <i>Márcio Antônio Alves de Oliveira</i>	
REFLEXÕES SOBRE O INIMIGO NO BRASIL PÓS-DEMOCRÁTICO: DE CARL SCHMITT A RUBENS CASARA.....	302
<i>Kerston Marques Silva Benevides</i> <i>Antonio Eduardo Ramires Santoro</i>	
ANÁLISE DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS ENTRE O ARTIGO 243 DO ECA E O ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006.....	319
<i>Larissa Oliveira Machado</i>	
DECRETAÇÃO E CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO JUIZ: DA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO À NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	336
<i>José Guilherme di Rienzo Marrey</i> <i>Maria Livia Custódio Rangel</i>	

SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: A REFORMA CONSTITUCIONAL ESQUECIDA.....	349
<i>Laurinaldo Félix Nascimento</i>	
A ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA E O SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	370
<i>Myllena Theresa de Oliveira de Sousa</i>	
DESIGUALDADE DE GÊNERO, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E CRIMINALIDADE: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A REVITIMIZAÇÃO DA MULHER NO CÁRCERE.....	388
<i>Ana Paula Santos Pimenta</i>	
<i>Aline Martinelli</i>	
<i>Thiago Frederico Martins de Oliveira</i>	
DOM CASMURRO, O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E O IN DUBIO PRO REO: A DÚVIDA ESTÁ A FAVOR DO ACUSADO?.....	406
<i>Marco Aurélio do Carmo</i>	
<i>Marisa Rossafa</i>	
<i>Matheus Hipólito Pio</i>	
<i>Rosemeire Bezerra Araujo</i>	
O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO APENADO: A PANDEMIA NO SISTEMA PRISIONAL.....	423
<i>Alexandra Fonseca Rodrigues</i>	
<i>Alexandre Manuel Lopes Rodrigues</i>	
<i>Amanda Lopes Maia Rodrigues</i>	
A APAC COMO MODELO ALTERNATIVO DE EXECUÇÃO PENAL: O MÉTODO COMO UMA SOLUÇÃO PARA A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	438
<i>Agatha Rayssa Neves</i>	
<i>Ricardo Augusto de Araújo Teixeira</i>	
O EXAME CRIMINOLÓGICO COMO REQUISITO (IN)DISPENSÁVEL PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA.....	454
<i>Álvaro Augusto Diniz Queiroz Carvalho</i>	

A ABORDAGEM JURÍDICA DO SUICÍDIO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	471
<i>Timóteo Ágabo Pacheco de Almeida</i>	
A CRISE DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	484
<i>Andressa Ferreira de Sousa</i>	
<i>Brenda Maria de Castro Alves e Silva</i>	
<i>Giovanna Luiza Oliveira de Holanda</i>	
<i>Vitória Maria Coimbra Alencar</i>	
CRIMINALIDADE E CAPITAL: A INFLUÊNCIA DO CAPITALISMO NO ENCARCERAMENTO EM MASSA.....	502
<i>Nikolas Matheus Carneiro Bastos</i>	
PRIVATIZAÇÕES DE PRESÍDIOS: O LUCRO DO ENCARCERAMENTO.....	515
<i>Lucas Lopes Faria</i>	
A RUPTURA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA À LUZ DA TEORIA DA NULIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	533
<i>Cristovão de Souza Brito</i>	
O INDUZIMENTO À AUTOMUTILAÇÃO É UM CRIME CONTRA A VIDA OU INTEGRIDADE FÍSICA? NOTAS SOBRE AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA LEI Nº 13.968/2019	551
<i>Flávia Haydeé Almeida Lopes</i>	
<i>Francisco Geraldo Matos Santos</i>	
<i>Kássia Karine Dias Figueira</i>	
ATRIBUIÇÃO E COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA APRESENTAÇÃO DE BOA-FÉ DE DOCUMENTO ESTADUAL FALSIFICADO A ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO FEDERAL.....	566
<i>Pedro Roberto Meireles Lopes</i>	
CRIMES COMETIDOS POR MEIO DA INTERNET. DARK WEB: O SUPLÍCIO VIRTUAL.....	580
<i>Marcelo Augusto Lourenço de Gouveia Reis</i>	
<i>Alderico Kleber de Borba</i>	
DO CÓDIGO MELO MATOS À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UM ESTUDO SOBRE O MODELO SOCIOEDUCATIVO NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NO BRASIL.....	598
<i>Larissa Oliveira Machado</i>	

TRÁFICO DE CRIANÇAS: ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E PORTUGAL.....614
Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith

RESUMOS.....635

CRIMES DE COLARINHO BRANCO E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: PERPETUAÇÃO DA IMPUNIDADE?.....637
Mariana de Arco e Flexa Nogueira
Otávio Augusto Mantovani Silva

O SISTEMA BITCOIN E OS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO EM CRYPTOCURRENCIES EXCHANGES.....643
Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

PROGRAMA PARAÍBA UNIDA PELA PAZ: UMA ANÁLISE DA CRIAÇÃO DE POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO CONTEXTO PARAIBANO.....650
Esley Porto

UMA NOVA FORMA DE ABORDAGEM DOS TÓXICOS: A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS ENTORPECENTES ILÍCITOS COMO SOLUÇÃO PARA O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....655
Enrico Zerati Trinca

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) COMO INSTRUMENTO DO PROCESSO PENAL NEOLIBERAL.....661
Kerston Marques Silva Benevides

A LEI DE CRIMES HEDIONDOS EM OPOSIÇÃO AO GARANTISMO.....667
Lucas Frasson Sant'Ana de Oliveira

DIREITO PENAL E CIBERCRIMINOLOGIA: É LEGÍTIMA A EXPANSÃO PENAL NA SEARA DOS CRIMES VIRTUAIS?.....670
Laís Lopes de Sousa

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS É UMA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL?.....674
Alicia Marcy de Carvalho Bellegard
Mariana Cesto

AS IMPLICAÇÕES DA VIGÊNCIA DO DELITO DE STALKING NA LEI Nº 11.340/06.....679
Laura Dalcin Rossato

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
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
Glauucia 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 Brasileiro 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 uma 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 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 *e-book* 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 níveis nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2021)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de abril de 2021 e contou com 13 Grupos de Trabalho com mais de 650 artigos e resumos expandidos de 66 universidades e 38 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *double blind peer review*, o que resultou na publicação dos 13 livros do evento.

Os coordenadores de GTs organizaram os respectivos livros, e no caso de GTs que não tenham tido ao menos 18 trabalhos aprovados, estes foram realocados em outro GT, conforme previsto em edital específico. Os coordenadores de GTs também indicaram artigos para concorrer ao Prêmio CAED-Jus 2021. A Comissão Avaliadora foi composta pelas professoras Débora Soares Karpowicz (UNIASSELVI e RJJE), Mayra Thais Andrade Ribeiro (IBMEC) e Mércia Cardoso de Souza (TJCE). **O trabalho premiado é de autoria de autoria de Fátima Gonçalves Messias Takahashi, intitulado “A representatividade do ministério público na comunidade quilombola-kalunga riachão: um relato”.**

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

ENCARCERAMENTO MASSIVO: UMA ANÁLISE DA IMAGINADA CORRELAÇÃO DO SUPERENCARCERAMENTO COM A REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE

*Isaias da Silva Moreira de Santana*¹

Até os bois gemem sob o peso do jugo, e os pássaros se lamentam na gaiola.

Étienne de La Boétie

INTRODUÇÃO

O debate acerca do cenário calamitoso em que se encontra o sistema prisional brasileiro traz consigo uma densa carga valorativa, pois levanta questões que chocam a consciência coletiva, e conduzem à reflexão acerca do caráter autoritário-punitivista que endossa a cultura do encarceramento em massa no Brasil. Desta forma, abordar a temática da verossimilhança da suposta correlação entre encarceramento e redução da criminalidade à luz da investigação científica, significa, por vezes, entrar em choque com

¹ Acadêmico de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista PIBIC/UFRN. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional (NUPEDI).

boa parte do pensamento enraizado no senso comum da sociedade brasileira, que é induzida, seja por interesses políticos ou midiáticos, a crer em mitos quanto ao superencarceramento e um imaginado impacto desse fenômeno nos índices de criminalidade.

Nas últimas décadas, os índices de criminalidade se elevaram astronômicamente, a sociedade tem sua liberdade cada vez mais tolhida com o aumento de condutas criminosas, e, por esses e outros motivos, a crença nas instituições responsáveis por manter a harmonia social se reduz sobremaneira. Assim, o medo atrelado ao descontentamento com a ineficácia das instituições converte-se em base sedimentadora de pautas autoritárias, punitivistas e vingativas, que encontram respaldo em parte do setor político e social, movido, muitas vezes, pela volúpia do encarceramento; pregando, em alguns casos, um sistema fora do conjunto de liberdades, o que não encontra guarida no Estado Democrático de Direito. Notadamente, é inadmissível que a investigação científica ser seduzida por esse engodo.

Nesta linha de raciocínio, o presente artigo objetiva investigar se o entendimento tão difundido de que o encarceramento massivo guarda íntima relação com a redução da criminalidade é dotado de cientificidade, para tanto, serão analisados os dados de encarceramento de alguns anos anteriores fornecidos pelo relatório do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) e, partindo-se da leitura dos dados e da compreensão dominante na literatura jurídica, será verificada a verossimilhança ou não dessa compreensão corrente na sociedade.

Visa-se demonstrar, através do método descritivo-argumentativo, a fragilidade científica ou a concretude da compreensão do aprisionamento e da minoração da criminalidade enquanto faces de uma mesma moeda. E para cumprir com os objetivos mencionados, utilizou-se a discussão teórica de dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no relatório do INFOPEN, bem como revisão literária como guia das conclusões presentes no corpo deste artigo, que de modo algum exaurem o tema posto em questão, mas pode contribuir significativamente para a ampliação do conhecimento científico e sedimentação da compreensão do tema proposto na sua feição demonstrada empiricamente.

1. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O RETRATO DA INCONTINÊNCIA DE ENCARCERAMENTO

A superlotação das celas, precariedade e insalubridade, características comuns da maioria das unidades prisionais que estão presente no Sistema Prisional brasileiro, pouco ou em nada sensibilizam grande parte da sociedade e até mesmo membros do Poder Público, que, em feição cotidiana, demonstram entender que a privação de liberdade é indispensável, não se permitindo dissociar da ideia de pena privativa de liberdade como modelo ideal de sanção.

Notoriamente, uma boa parcela da sociedade aparenta crer que as prisões devem funcionar como um depósito de seres inservíveis para o convívio em sociedade, ignorando o fato de que o problema da Segurança Pública e da criminalidade como um todo tende apenas a agravar-se, em razão do ideário obtuso da cultura jurídica do encarceramento (ASSIS, 2008, p. 74).

É essencial destacar, logo de início, que se tem como panorama geral do sistema prisional, conforme dados oficiais (INFOPEN, 2020, p. 1), uma população encarcerada de mais de cerca 759.518 pessoas, e uma taxa de encarceramento de 358,68 presos para cada 100 mil habitantes, o que deixa o Brasil no pódio nada orgulhoso dos países com a maior população carcerária do mundo, sendo a 3º maior população, em números absolutos, e com a maior taxa de encarceramento entre os países sul-americanos.

Neste vértice, compreende-se ser iminentemente alheio à razoabilidade o entendimento da proporcionalidade entre os dois objetos em exame (ou seja, o encarceramento em massa e a minoração da criminalidade), tendo em vista que, se a lógica da cultura do encarceramento funcionasse no plano da realidade, o Brasil também deveria estar no pódio dos países com índices baixíssimos de criminalidade, fato que não acontece, como será mais bem demonstrado na secção seguinte.

É evidente na vivência cotidiana de qualquer brasileiro, que o país que muito prende, pouco ou nada evolui na minoração dos problemas atinentes às questões que orbitam e intersectam a criminalidade, porque se trata de um fenômeno complexo, que é composto por inúmeras variantes, seja de ordem de política criminal, seja no que se refere às problemáticas sociais corriqueiras, pelo que não há uma solução tão simples como apres-

sadamente lecionam alguns, sendo válida a sabedoria popular de que não há soluções fáceis para problemas complexos.

Diante do exposto, é de clareza solar a necessidade de buscar penas alternativas à prisão, o que confronta o desejo desenfreado de parte da população e de alguns setores políticos que, talvez por ignorância, salvo comprovada má-fé, parecem acreditar que encarcerar e fazer justiça são sinônimos, abandonando sem grande resistência a defesa da liberdade, embalsamando-se em uma visão ultrapassada da administração da justiça criminal, que não se revela eficaz no trato da problemática perquirida.

Pode-se observar, então, como consequência da cultura do cerceamento de liberdade, que o Sistema Prisional brasileiro passou a ter a superlotação como figura imanente. Perspectiva segundo a qual, Santos (2015), professor da Universidade Federal Fluminense, aponta a conduta (cultura) citada como um dos problemas do sistema carcerário, esclarecendo que, por vezes, há prisões injustas e longo tempo de espera pelo julgamento, atreladas a um contingente exacerbado de prisões preventivas. Fato que denota que o Estado Brasileiro possui severas dificuldades na abordagem coesa do sistema de liberdades.

Todos os fatores acima esboçados confluem para que a ocupação do sistema seja inflada, encontrando repouso na “volúpia do encarceramento” (BATTOCHIO, 2018, Julgamento do ex-presidente Lula no STF), em razão de muitos operadores do direito decidirem dar azo a um falso ideal de justiça, representando, na verdade, um justicamento punitivista, encarnados no encarceramento massivo, que denota apenas a desordem do sistema repressivo nacional.

Portanto, a superpopulação carcerária é capaz tão somente de fazer jorrar uma série de outros problemas, dentre eles o agravamento dos índices de criminalidade, porque foi nesse ambiente de omissão do Estado e desrespeito às garantias fundamentais que surgiram as organizações criminosas, orquestradoras de atividades criminosas por si só e majo-rantes da criminalidade adjacente, hoje, notadamente, fora do controle contensivo estatal.

Neste ponto áureo da explanação, é razoável questionar se o cometimento de crimes diminuiu no compasso dos anos em que houve este aumento exponencial do número de pessoas privadas de liberdade, como referenciado alhures, verificando em termos práticos se houveram

avanços na contenção da criminalidade com a majoração do fenômeno de encarceramento.

1.1. O BRASIL NO PÓDIO DOS PAÍSES QUE MAIS PRENDEM, CONSEQUENTEMENTE ESTÁ NO PÓDIO DOS PAÍSES COM MENORES INDICADORES DE CRIMINALIDADE?

Em face do cenário já delineado, é imperioso enveredar na problematização proposta no título desta subseção, qual seja, no Brasil há uma correlação no sentido da redução dos índices de criminalidade por meio do superencarceramento?

É salutar frisar que, no momento em que boa parte dos membros da sociedade se depara com a pergunta que encabeça essa investigação, uma áurea de justicamento pode tomar conta de alguns justiceiros alados, que afirmam categoricamente: para que haja redução da criminalidade é preciso encarcerar, o manejo e aplicação das penas deveriam ser ainda mais preponderantes. Todavia, em virtude da clareza dos dados e da vastidão literária desconexa dessa visão, um estudioso diligente da ciência jurídica, que se debruce no estudo do Sistema Prisional, percebe, de pronto, que essa afirmativa tão difundida no senso comum jamais foi demonstrada empiricamente, porque sua inconsistência científica é evidente, quando observada sob a ótica de um juízo analítico à altura do gênero que se manifesta. Vejamos os dados.

O Brasil ostenta, como dito, o 3º lugar no ranking dos países com maior número de presos, havendo encarcerado prodigamente nos últimos anos, pois, em um período de pouco mais de vinte anos, multiplicou a quantidade de indivíduos privados de liberdade em número superior a 800% (oitocentos por cento), segundo depreensão dos dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública (INFOPEN, 2020, p. 1).

Neste jaez, na forma dos dados observados, em 1990, o Brasil possuía cerca de 90 mil pessoas privadas de liberdade, número que em 2010 chegou a 496,3 mil, culminando no montante exponencial de 726,7 mil presos já em 2016 (INFOPEN, 2016, p.4), e, mais recentemente, chegamos a uma população carcerária de 759.518 mil (INFOPEN, 2020, p.1), fato que demonstra a progressão geométrica dos indicativos prisionais bra-

sileiros, pelo que o país se mantém como o detentor de uma das maiores populações prisionais do planeta.

Neste aresto, caso estivesse correta a compreensão não empírica de que o encarceramento e a redução da criminalidade andam em sintonia, na perspectiva do aumento exponencial do número de pessoas privadas de liberdade nos últimos anos, o Brasil logicamente poderia ocupar também o pódio dos países mais bem avaliados pelo Índice de Paz Global, realizado pelo Instituto de Economia e Paz (IEP, 2020, p. 1), o que não ocorre.

Os estudos realizados pelo IEP (2018, 2019 e 2020) demonstraram que, dentre os 163 países analisados, o Brasil ocupava a posição 106^a dos países classificados de acordo com seu nível de tranquilidade. No ano seguinte, o país decaiu 10 posições e passou a encontrar-se na 116^a posição do *ranking*; e, já no ano de 2020 (IEP, 2020, p.1), o Brasil atingiu a preocupante colocação de 126^a do *ranking*, cenário afetado pela pandemia de Covid-19, a polarização política e crimes relacionados às drogas.

Nota-se que não ocorre essa paripassidade esperada entre prender e reduzir, reprimir e garantir segurança, porque o fenômeno da criminalidade engloba fatores multifacetados, que vão desde o acesso do indivíduo às condições elementares de subsistência, até o manejo do sistema repressivo e da política criminal por parte do Estado, por isso, reduzir a criminalidade perpassa por vários outros caminhos; é cabível a analogia com a medicina: ao tratar um paciente com complicações graves é preciso enfrentar as causas, para além de mitigar os sintomas, pois para chagas complexas exige-se soluções profundas, criteriosas e assertivas.

Nesse viés, o instituto supracitado analisa indicadores como índice de homicídios, acesso às armas, crimes violentos, entre outros, e serve para demonstrar de forma incontroversa que o que ocorre no plano fático brasileiro é bem diferente do que idealizam os defensores da cultura jurídica do encarceramento, porquanto o país prende muito, mas essas prisões pouco ou nada contribuem para a redução dos índices, seguindo esses uma escalonada geométrica a cada ano, porquanto, ignorando-se as causas, não há como posicionar-se proativamente ante os indicativos, e, por isso, evidentemente, não há como colher frutos daquilo que não se plantou.

Todo o exposto é sedimentado pelo que bem anotou Tiago Joffily e Airton Gomes Braga (2017, p. de internet), *in verbis*:

O problema é que a imaginada correlação entre encarceramento, de um lado, e redução da criminalidade do outro, nunca foi demonstrada empiricamente. Ao contrário, as mais recentes e abrangentes pesquisas empíricas realizadas sobre o tema apontam para a inexistência de qualquer correlação direta entre esses dois fenômenos, havendo praticamente consenso entre os estudiosos, hoje, de que o aumento das taxas de encarceramento pouco ou nada contribui para redução dos índices de criminalidade.

Módulo em que, a essa altura da análise do tema em questão, a crença no sentido de um Sistema Prisional encarcerando mais e produzindo melhores resultados no controle do crime perde seu esteio, desmoronando devido a sua fragilidade e deve levar consigo a cultura social e jurídica do encarceramento, pois esta não permanece firme ao confronto com a realidade empírica.

Noutra mão, a discussão em comento acaba dando margem ao debate sobre penas alternativas, e até mesmo sobre a minoração da estrutura penal, porque a frágil compreensão refutada no corpo deste artigo é “uma crença muito difundida, mas que não se sustenta em evidências empíricas” (LEMGRUBER, 2001, p.3-20).

Depara-se, agora, com o desafio de buscar uma solução, tendo ciência que o Estado pródigo no encarceramento não necessariamente é um Estado socialmente harmonioso e seguro.

1.2. “ASSIM FALOU ZAFFARONI”: UM DIREITO PENAL PARA TODOS E PARA NINGUÉM

A frase que nomeia esta subseção homenageia o grande jurista argentino Zaffaroni e faz referência as inquietudes filosóficas de Nietzsche, mais precisamente a sua obra “Assim falou Zaratustra, um livro de todos e para ninguém”, na qual o filósofo alemão tece uma das maiores críticas já feitas aos valores ocidentais, sendo importante pincelar, com base no entendimento da obra nietzschiana, que a começar de Zaratustra “é possível encontrar caminhos para redimir a Terra, logrando espaço para que o espírito se torne novo, transforme-se em criança” (NIETZSCHE, 2018, p.16).

Nesse sentido, assim como Nietzsche critica os valores ocidentais e apresenta Zaratustra como um meio de encontrar caminhos para redimir a Terra, conforme depreende-se de interpretação extraída a partir de sua obra, é salutar criticar os valores que norteiam a cultura social e jurídica do encarceramento e refletir acerca do encolhimento da estrutura repressiva penal e das formas de execução da Justiça Restaurativa, enquanto valor jurídico, figura muitas vezes mística, pouco factível para alguns, ou falsamente compreendida, mas que pode cooperar nessa busca por um novo modelo de Sistema de Justiça Criminal, redimindo essa Terra corrompida pela volúpia de encarcerar e logrando espaço para um novo espírito de Sistema Prisional. Sendo assim, diante de todo o arcabouço fático exposto, precisa-se migrar para a proposição de um caminho que pode auxiliar na solução da problemática em comento, que se avoluma a cada instante.

Na aba da cautela, sem oferecer soluções imediatistas e simplórias para um problema complexo que demanda esforço muito além do que já é empregado pela sociedade, é preciso pensar um pouco acerca da minoração da estrutura repressiva penal, do abandono progressivo do ideário de pena privativa de liberdade como sanção, da substituição da praxe retributiva pela Justiça Restaurativa, como ventilado anteriormente e aprofundado nas linhas seguintes.

No albergue de toda discussão teórica feita no transcorrer deste artigo, caminhando ao fim, é preciso entender a existência da necessidade de voltar-se não apenas contra o enaltecimento da prisão, mas sim contra o agigantamento do sistema penal em sua completude, contra a eliminação ou pouca aplicabilidade, na seara penal, da conciliação, a transação, e, logicamente, a mediação.

Faz-se necessário propor uma modificação no modo gerenciador da atividade repressiva estatal, no sentido da alteração do conjunto legitimador do arbítrio punitivista do Estado, nos moldes hoje positivados, pois se advoga que daqui percolam vários caminhos capazes de cooperar para minoração dos altos índices de encarceramento com repercussões na mitigação da criminalidade.

Por força do exposto, em virtude do caráter autoritário punitivista que está por trás do encarceramento massivo e da errônea compreensão da imaginada correlação com os índices de criminalidade e, por ocasião

do calamitoso cenário prisional, é preciso dar larga voz ao que preconizou Alessandro Baratta (2014, p. 203):

Uma análise realista e radical das funções efetivamente exercidas pelo cárcere, isto é, uma análise do gênero daquela aqui sumariamente traçada, a consciência do fracasso histórico desta instituição para os fins de controle da criminalidade e da reinserção do desviante na sociedade, do influxo não só no processo de marginalização de indivíduos isolados, mas também no esmagamento de setores marginais da classe operária, não pode deixar de levar a uma consequência radical na individualização do objetivo final da estratégia alternativa: este objetivo é a abolição da instituição carcerária.

Obviamente, a proposta de Baratta que supostamente culminaria na abolição do cárcere, notadamente, a utopia proposta pelo abolicionismo penal, serve apenas para promover o debate sobre políticas alternativas com implementação progressiva, porque prescreve toda uma reconfiguração do sistema de liberdades, além de se posicionar como indicativo cirúrgico das imperfeições do atual sistema, todavia, a compreensão deve servir tão somente para modelação de parte do atual modelo, partindo-se da ótica do equilíbrio, negando o extremismo irrealizável de tal teoria.

Assim, cumpre pontuar que a expectativa dirigida ao Estado Constitucional é que ele busque demonstrar uma face resolutiva mais justa, não empregando a sua seara de força em primazia, tendo em vista que o Direito Penal é a *ultima ratio* (último recurso), devendo o Poder Estatal pôr a resolução dos conflitos com fulcro no respeito aos direitos e garantias fundamentais no topo de sua agenda. Mas não é assim que o plano fático é gerenciado, pois o Estado atua de modo muitas vezes temerário ao aplicar a sua faceta mais imponente: o Direito Penal, haja vista que, no intuito de punir, abre-se muitas vezes mão da Justiça, o que simboliza caminhar junto à tolerância da barbárie, ser leniente com a violação de direitos, acostumar-se com a institucionalização do caos carcerário.

Não é excessivo lembrar que, no modelo normativo de direito do garantismo penal, imanente ao Estado Constitucional, a liberdade é regra e o sistema de liberdades deve ser encarado com verdadeira carga huma-

nista, a fim de que seja devastado o dramático teatro performático do tribunal, abrindo-se espaço para questionamentos que versem sobre o exercício simples e direto do diálogo entre os envolvidos em conflitos sociais graves, em busca de uma resposta justa a cada caso concreto, em estrita observância à dignidade dos cidadãos, seja à vítima, seja o infrator, que devem ser reinseridos no convívio social em um contexto de restauração da normalidade.

Portanto, a mitigação da aplicação por excelência da estrutura repressiva do sistema penal constitui-se como um caminho, não o único, mas o com maior expressividade contributiva, para que a sociedade enverede paulatinamente por uma boa gestão no campo da delinquência, evitando o isolamento social do infrator, perquirindo alternativas para a solução das questões relacionadas aos índices que orbitam a temática da criminalidade.

Isso porque é preciso ser progressista no trato com a resposta aos conflitos ínsitos ao convívio humano, haja vista que o retrocesso ou a estagnação não combinam com o que se espera de um Estado Democrático de Direito, que veda o retrocesso social nas suas variadas acepções.

Desse modo, se faz necessário que o espírito se torne novo, transforme-se em criança, que uma nova abordagem e um olhar otimista sejam difundidos; vozes audazes de mutação estrutural são bem-vindas, a cassação sumaríssima dos sustentáculos de perpetuação da opressão também, porque o indivíduo é dotado de valor quase divino ao ser enxergado de forma equitativa sob a ótica efetiva da dignidade da pessoa humana, que passa, sem dúvidas, por um debate sobre a Justiça Restaurativa.

1.3. A APLICABILIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NA SEARA PENAL COMO MEDIDA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO

Nos casos que se enquadram no albergue da bagatela ou nos casos dos crimes de dano ao patrimônio da vítima, dever-se-ia instalar uma audiência, a ser realizada do modo mais amistoso possível, para composição dos danos e resolução do conflito, na presença do representante do Ministério Público, da vítima, do autor do fato, acompanhados por seus advogados ou assistidos pela Defensoria Pública, apresentando-se, por fim, proposta substitutiva da sanção penal pela sanção cível, com aplicação imediata,

razoavelmente, nos casos de menor complexidade e de possibilidade de restauração aproximada do *status quo*.

Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2020, p.318), ao refletir sobre Justiça Restaurativa, fixa os seguintes apontamentos:

A denominada Justiça Restaurativa, aos poucos, instala-se no sistema jurídico-penal brasileiro, buscando a mudança do enfoque supramencionado. Começa-se a relativizar os interesses, transformando-os de *coletivos* em *individuais* típicos, logo, disponíveis. A partir disso, ouve-se mais a vítima. Transforma-se o embate entre agressor e agredido num processo de conciliação, possivelmente, até, de perdão recíproco. Não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado. A ação penal passa a ser, igualmente, flexibilizada, vale dizer, nem sempre obrigatoriamente proposta. Restaura-se o estado de paz entre pessoas que convivem, embora tenha havido agressão de uma contra outra, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público.

Assim, advoga-se que, nos casos de notória insignificância ou de dano ao patrimônio, a audiência conciliatória e/ou de mediação substituiriam a prisão do infrator, condicionado o benefício à reparação do dano, respondendo na seara cível aquele que conflitou com a lei, porquanto deve-se velar pelo ideal de implementação da Justiça Restaurativa no sistema jurídico-penal. Por exemplo, determinada pessoa furta um celular de outra, não seria razoável privar a liberdade do infrator, desde que houvesse meios de restituir a coisa subtraída, pois mais importa restaurar o equilíbrio social do que retribuir em termos carcerários o desajuste da conduta, inclusive monetariamente para o Estado seria de maior valia, pois reduziria os seus custos com o eventual preso em seu sistema carcerário.

Tal proposta não é nova, mas contribui na defesa de um modelo substitutivo ao encarceramento, prezando-se pela resolução dos conflitos na seara cível, pois, a cada instante, é reforçada a tese de que as tratativas dos conflitos sociais de forma iminentemente penal pouco ou nada contribuem para a redução dos índices de criminalidade; e comumente não é

efetivado o caráter pedagógico que deve reger a sanção estatal, assim como não há a persecução da restauração do equilíbrio social.

Na forma deste procedimento alternativo ventilado, que não é inédito, sendo um reflexo das audiências preliminares existentes nos Juizados Criminais, é cediço defender que sendo aceita a transação, o descumprimento da medida aplicada permitirá a retomada do procedimento usual punitivo.

Desse modo, o autor do fato ficaria à disposição do Ministério Público quanto ao oferecimento da denúncia e a aplicabilidade do rito comum das tratativas de questões delituosas, pois o infrator deliberadamente optou pelo descumprimento, sendo, então, legítima a aplicação da pena, já que resultaria necessária para combater o delito, conforme exposto por Santiago de Mir Puig (PUIG, 2013, p.41), ao refletir sobre a legitimação da pena:

Os retribucionistas creem que a pena serve à realização da Justiça e que se legitima suficientemente como exigência de pagar o mal com outro mal. Os prevencionistas estimam, noutra prisma, que o castigo da pena se impõe para evitar a delinquência na medida do possível e que somente está justificado o castigo quando resulta necessário para combater o delito. Retribuição e prevenção supõe, pois, duas formas distintas de legitimação da pena. Rechaço a legitimação que oferece a retribuição. Inclino-me pela prevenção.

Portanto, a medida contribuiria sobremaneira com a redução dessa engrenagem crescente das unidades prisionais, pois consistiria em uma alternativa ao encarceramento como modelo primário, que carrega uma série de retrocessos, porquanto mostra-se apenas como uma etapa admisional das facções criminosas que hoje dominam, ao arrepio da lei, essas instalações prisionais.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da presente exposição, que se fez inevitavelmente analítica, torna-se possível compendiar as principais ideias desenvolvidas ao longo do texto da forma que segue: inicialmente, nota-se a ineficiência no en-

carceramento massivo na implicação em diminuição dos índices que orbitam as questões relacionadas à temática da criminalidade, tendo em vista a ausência clara e evidente dos efeitos positivos imagináveis que a majoração do superencarceramento supostamente seria capaz de produzir.

Conclui-se, na sequência, que a cultura do encarceramento e o alto grau de prisões preventivas figuram como um dos fatores que cooperam para a superlotação das unidades prisionais, mas esse cenário de aprisionamento vertiginoso não possui o condão de colocar o Brasil no pódio dos países com os melhores indicadores de baixa criminalidade, porque essa imaginada correlação é inconsistente factualmente.

Nos últimos passos dessa investigação científica, tem-se que a redução da estrutura repressiva estatal, substituindo-se a tratativa na seara penal pela seara cível, é apresentada não como o único, mas como um expressivo caminho para que o controle social da delinquência seja mais eficaz e os indicadores de criminalidade possam diminuir, porque a resolução dos conflitos sociais não devem sempre passar pelo crivo do Direito Penal, fato claríssimo quando se entende as variantes que compõe o fenômeno da criminalidade e defende-se um modelo de Justiça Restaurativa com foco no equilíbrio social.

É salutar perquirir os caminhos alternativos, inclusive com a substituição gradual da primariedade da pena, porque esse modelo fracassou ao longo da história nos seus fins de controle da criminalidade e rompeu com o ideário de efetivação de Direitos Humanos tracejado para o Estado Constitucional, pois não é minimamente efetivo e acaba violando cotidianamente os direitos e garantias fundamentais.

Em face do exposto, encerra-se o panorama delineado ao longo deste trabalho com a compreensão de que o atual sistema se mostra destoante com as vozes do coro constitucional, pelo que os “justiceiros alados”, que tecem seus comentários utilizando-se do tacão do autoritarismo e não percebem as condições sub-humanas do cárcere como uma problemática séria, erguendo a bandeira da amotinação permanente de indivíduos, não encontram legitimidade científica para a defesa dessa realidade de grave negligência, por respeito ao dever-ser constitucional.

Neste viés, o julgamento moral apriorístico, sedimentado no senso punitivista contemporâneo, sobremaneira prejudica a boa gestão do campo da anormalidade condicional de comportamentos reprováveis ao bom convívio

vio social, pelo que defender novos modelos de gestão dos conflitos não significa abdicar da noção de que há ações indesejáveis no cotidiano relacional, mas sim advogar por uma visualização deste espectro para além da retórica retribucionistas, valendo-se da noção de que as boas práticas dependem menos de instituições penais fortes e mais da boa gestão social das intempéries.

Conclui-se, assim, que posta está a reflexão: já não é chegada a hora dos métodos alternativos-substitutivos ganharem força? O sistema jurídico-penal não deveria permitir a percolação dos valores da Justiça Restaurativa em seus variados espectros? As arbitrariedades de toda ordem e o uso costumeiro da feição mais severa do Direito Penal não deveriam desarraigarem-se do plano fático brasileiro? O ideal é, ainda que minimamente, destinar um recorte dos casos ao trato na seara cível, como expressão de respeito ao sistema constitucional de liberdades e a noção de direito penal enquanto último recurso.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Revista CEJ, ano XI, n. 39, p. 74-78, out-dez. 2007.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- BATTOCHIO, José Roberto. **Sustentação oral na defesa do ex-presidente Lula no STF**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/leia-sustentacao-oral-batochio-defesa-lula-stf>>. Acesso em: 04 fev. 2021.
- FERRAZ, Hamilton Gonçalves; JOFFILY, Tiago. **Democracia e Encarceramento em Massa: Provocações de Teoria Política ao Estado Penal Brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 152, n. 2019, p. 383-422, fev. 2019.
- INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, atualização – junho de 2016. Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/disdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

_____. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, atualização – junho de 2020. Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/disdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

INSTITUTO PARA ECONOMIA E PAZ; IPEA. **Índice Global da Paz, 2018**. Disponível em: <<https://pt.countryeconomy.com/demografia/populacao-carceraria?anio=2018>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

_____. **Índice Global da Paz, 2019**. Disponível em: <<https://pt.countryeconomy.com/demografia/indice-global-paz?anio=2019>>. Acesso em 08 de fevereiro de 2021.

_____. **Índice Global da Paz, 2020**. Disponível em: <https://pt.countryeconomy.com/demografia/indice-global-paz> >. Acesso em: 11 fev. 2021.

LEMGRUBER, Julita. **Controle da criminalidade: mitos e fatos**. Revista Think Tank, v. 5, n. 15, p. 3-20, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montevideo-Buenos Aires: Editora B de f, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. 1. ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16.ed. São Paulo: Editora Forense, 2020.

SANTOS, Rogério Dultra dos. **Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico**. Série Pensando o Direito. v. único, n. 54, p. 113, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

MULHERES NEGRAS E VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UMA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE O IMPACTO DO RACISMO EM PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO DE MULHERES

Danielle Bandeira Feijó de Lima²

INTRODUÇÃO

A questão da violência de gênero contra a mulher é um tema que está sempre presente nos debates no Brasil, nos mais diversos cenários de estudo, como a psicologia, direito e sociologia. Mesmo com o tema sendo tão abordado, não foi possível ainda, utilizar os mecanismos de proteção igualmente em favor de todas as mulheres, isso porque, é inegável a maior vitimização de mulheres negras a despeito da interseccionalidade.

Na primeira e segunda seções, respectivamente, veremos o entendimento lacônico do conceito de machismo, através da análise dos processos de discriminação de gênero e do racismo, sob o aspecto dos processos estruturais de discriminação racial, bem como na terceira seção, um breve histórico dos marcos jurídicos brasileiros para a proteção de mulheres vítimas de violência de gênero e os índices de violência no Brasil, que se encontram na quarta seção, e irão nos guiar para um melhor entendimento da profundidade e urgência no debate deste tema. Na quinta seção,

² Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

demonstraremos o quanto importante é a tratativa dessas vítimas de formas diferentes, com políticas públicas específicas, pois a negligência ao pensar em “democracia racial”, acaba por criar uma segunda vitimização.

Este artigo tem como objetivo demonstrar os impactos do racismo nos processos de vitimização de mulheres e chamar a atenção para a urgência na criação de mecanismos específicos de proteção à essas vítimas. Espera-se ainda, secundar o esclarecimento deste tema, não só para quem vivencia, mas também para que toda a sociedade leiga referente a esse assunto tome ciência da problemática, uma vez que essa parcela de vítimas é ignorada, tanto pelo Estado quanto pelo resto da sociedade. Para tanto, foi utilizado de forma metodológica a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

1. UMA INTRODUÇÃO AOS PROCESSOS DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

O conceito de machismo se dá fundamentalmente a partir da ideia de que o homem seria um ser superior em relação a mulher. Essa ideologia se baseia em induzir os sujeitos a acreditarem em uma falsa realidade, na qual o homem tem o direito e dominação, impondo a submissão da mulher, utilizando-se desses argumentos para dividir os mesmos em polo dominante e polo dominado, assim, objetificando a mulher.

Para entender melhor o machismo, devemos percorrer um breve caminho histórico até os dias atuais. No início da civilização, as sociedades viviam fundamentalmente da prática da caça e da coleta de pequenos animais, portanto, não havia a necessidade de grande força física para a subsistência. As mulheres possuíam um papel central nessa sociedade pois eram consideradas sagradas por terem a capacidade de dar a vida, bem como auxiliar na fertilidade da terra e dos animais, portanto, o feminino e o masculino eram igualmente importantes, mesmo havendo a divisão de tarefas entre os sexos, não havia desigualdade, assim relata Badinter:

A prática da caça é responsável pelo desenvolvimento da inteligência nos homens, mas a prática da coleta pelas mulheres também requer habilidades, energia e inteligência, principalmente se for considerada a necessidade de dar, paralelamente, atenção aos filhos. Além disso, ambas as atividades exigem a socialização de seus participantes, que precisam aprender a cooperar com seus

companheiros (as) de tarefa, para garantir a sobrevivência individual e do grupo.

Por esses motivos, essa sociedade é chamada de matricêntrica. Nessa sociedade não era comum haver guerras, pois não existia a necessidade da conquista por novos territórios, mas quando se iniciou a necessidade pela caça de animais maiores, a força física passou a se tornar fator essencial para a subsistência das sociedades, gerando então a competitividade e a supremacia masculina. A busca em conquistar novos territórios tornou os homens supervalorizados e considerados “heróis” de seus grupos. Diante dessa realidade, houve a ruptura da harmonia que existia entre os sexos.

A sociedade veio sofrendo inúmeras mudanças e, com elas, a mulher foi cada vez mais sendo submetida às vontades do homem, desde a submissão de seu próprio corpo até da sua liberdade, e foi nesse contexto que nos tornamos uma sociedade patriarcal, naturalizando esses processos socioculturais e, desde então, vivemos uma realidade onde a mulher é subjugada e inferiorizada de forma absolutamente natural pelos homens. Esse sistema está profundamente inserido na nossa sociedade, onde vemos, inclusive, mulheres reproduzirem discursos em defesa de condutas machistas. Para esse sistema damos o nome de “*machismo estrutural*”, aquele que está enraizado na sociedade, onde as condutas machistas são tão facilmente aceitas e inconscientemente reproduzidas que são passadas por gerações como bagagem cultural, e assim explica Drumontt (1980):

O machismo enquanto sistema ideológico oferece modelos de identidade, tanto para o elemento masculino como para o elemento feminino: Desde criança, o menino e a menina entram em determinadas relações, que independem de suas vontades, e que formam suas consciências: por exemplo, o sentimento de superioridade do garoto pelo simples fato de ser macho e em contraposição o de inferioridade da menina.

Essa bagagem cultural é passada através de gerações no próprio seio familiar, onde a masculinidade muitas vezes se põe a prova através de agressões físicas e emocionais, criando um padrão que será reproduzido pelas gerações futuras e extrapolando o âmbito familiar.

Essa situação torna-se ainda mais delicada quando falamos do impacto do machismo em relação às mulheres negras, pois impõe justamente os desdobramentos da interseccionalidade entre gênero-raça-classe.

1.1. O CASO BRASILEIRO

No Brasil, a colonização portuguesa trouxe particularidades quanto ao machismo e patriarcado em relação às mulheres negras. A sociedade era institucionalmente patriarcal, e a sexualidade das mulheres brancas era controlada, a fim de conservar sua castidade e assim garantir o repasse dos bens da família para herdeiros legítimos de senhores das propriedades, brancos e ricos. Esse controle, de certo modo, trazia uma proteção institucional às mulheres brancas e ricas, proteção essa que era bem menor em relação às mulheres brancas e pobres e inexistente em relação às mulheres negras. Nesse contexto, estas assumiram posição de inferioridade referente a sua cor e tinham seu controle de fertilidade como forma de manutenção e continuidade da mão de obra escrava, já que seus filhos também tinham como destino a escravidão.

No período colonial, além do trabalho doméstico, as mulheres negras eram trazidas para “servir” sexualmente aos senhores de escravos e a prática do estupro de mulheres negras não se tratava de crime, mas era vista como sinal de virilidade, cultura que influencia até os dias atuais na visão social estereotipada através da hiper sexualização da mulher negra

[...] e se mostra quando verificado as altas taxas de famílias chefiadas por mulheres solteiras, e em sua maioria negras. Essa cultura trouxe junto consigo uma rejeição à estética e fisionomia das mulheres negras, sendo depreciadas e tendo sua autoestima minada, enquanto se exaltava a beleza branca e as características eurocêntricas que compõem o padrão de beleza aceitável da sociedade brasileira.

2. SOBRE PROCESSOS ESTRUTURAIS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Para entendermos a base do racismo no nosso país, devemos voltar à época da colonização do Brasil, quando começaram a chegar os primeiros

negros raptados de seu país de origem para serem comercializados como escravos. Nessa época os negros eram trazidos apenas com o intuito de servirem de mão de obra barata, visto que o país estava no início de seu pleno desenvolvimento.

Para que a dominação do homem branco sobre os escravos fosse eficaz, criou-se uma cultura onde os brancos eram vistos como pessoas superiores às não brancas e a violência foi sempre um marco para positivar essa dita superioridade racial.

Após anos de muita luta e sofrimento do povo preto escravizado no nosso país, em 1850 iniciou-se uma onda abolicionista, com a Lei Eusébio de Queirós, que pôs fim ao tráfico de escravos transportados nos “navios negreiros”, passando pela Lei do Ventre Livre em 1871, Lei dos Sexagenários, em 1885, que beneficiou os escravos com mais de 65 anos e, finalmente, em 1888, foi promulgada a lei que abolia a escravidão, a Lei Áurea, resultado de uma forte campanha popular e da resistência escrava, que liberava cerca de 700 mil escravos que haviam no país, porém, essa lei conferiu-lhes apenas uma “liberdade jurídica”, pois formalmente encerrou-se a escravidão sem assegurar a inclusão social dos recém-libertos, o que fez muitos continuarem a viver sob as mesmas relações de exploração. A vida dos então ex-escravos não foi mais fácil e continuou a ser marcada por grandes desafios, pois a falta de políticas públicas que visassem reverter a imagem culturalmente instalada na sociedade de que os negros seriam seres inferiores aos demais, levou a sociedade a uma segregação racial por conta do extremo preconceito, uma vez que

[...] ao desvalorizar a população negra da classe trabalhadora, a burguesia pode impor a piora de suas condições de vida e dificultar seu acesso ao mercado de trabalho. Assim, ao inferiorizar essa parcela da classe pode pagar menores salários, não conceder ou cortar direitos, manter o exército de reservas e garantir que o Estado se omita diante da garantia dos serviços públicos básicos (saneamento, transporte, Saúde e Educação)

A realidade era de incentivo ao “branqueamento” da sociedade, que se baseava na ideia de que a herança genética e cultural africana seria um obstáculo para o pleno desenvolvimento social.

Estes conceitos racistas também contam com o apoio religioso: mesmo a igreja católica sustentava que os negros sofriam de “sangue infectado”. A natureza gritantemente racista das estruturas políticas do poder não é difícil de discernir; durante a administração de Getúlio Vargas, a 18 de setembro de 1945, através do Decreto-Lei nº 7967, o governo regulamentava a entrada de imigrantes de acordo com “A necessidade de preservar e desenvolver a composição étnica da população – as características mais desejáveis de sua antecedência europeia”.

Ademais. Deve-se levar em conta a revolta dos ex-senhores dos escravos, os quais tinham grande influência sobre as autoridades e reprimiam os libertos sob argumentos de vadiagem, vagabundagem, mendicância etc., já que

A elite branca brasileira já tinha em sua própria sociedade os elementos necessários para forjar sua ideologia racial. Tinha aprendido desde o período colonial a ver os negros como inferiores. Tinha também aprendido abrir exceções para alguns indivíduos negros ou mulatos.

Esses argumentos se mantiveram juridicamente até alguns poucos anos atrás, quando foi enfim aprovado o fim do crime de mendicância (Art. 60 do decreto-lei nº 3.688/41, revogado pela Lei nº 11.983/2009), não menos espantoso, o crime de vadiagem, que segue incólume da Lei de Contravenções Penais. Instrumentos que foram usados por anos para a violenta onda de violência e encarceramento negro, como nos relatam historiadores, escritores e músicos, como Nilton Campolino.

Delegado chico palha
Sem alma, sem coração
Não quer samba nem curimba
Na sua jurisdição
Ele não prendia
Só batia
Era um homem muito forte
Com um gênio violento

*Acabava a festa a pau
Ainda quebrava os instrumentos
Ele não prendia
Só batia
Os malandros da portela
Da serrinha e da congonha
Pra ele eram vagabundos
E as mulheres sem-vergonhas
Ele não prendia
Só batia*

Mesmo depois de tantos anos da abolição da escravidão, a exclusão social e econômica segue reverberando efeitos e fazendo com que o povo preto siga ocupando lugar de base da pirâmide social, quando chegam a ocupar, pois parcela da população negra sequer conseguem este espaço, como exemplo, os presos.

Assim como o machismo, o racismo e todas as demais classificações de preconceito existentes se fundamentam em uma superioridade entre determinados grupos, os opressores e os oprimidos. Os opressores utilizam-se de discursos e atos de desqualificação para com os oprimidos afim de legitimar sua crença, enquanto contam com o apoio social de pessoas e entidades com pensamentos similares, o que faz com que seus atos e discursos ganhem força ao longo dos anos.

3. UMA INTRODUÇÃO AOS MARCOS JURÍDICOS PARA A PROTEÇÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência de gênero contra a mulher vem sendo praticada desde muitos anos e naturalizada perante a sociedade, pois os lugares de poder e tomada de decisões foram majoritariamente ocupados por homens.

A violência contra a mulher vem sendo camuflada na desculpa de se resumir a problemas meramente familiares e o discurso no sentido de que a resolução desses problemas cabia unicamente aos membros da família, não sendo dever do estado intervir.

O homem sempre se apropriou da política, do poder de escolha, do direito de exercer profissões, de estar livremente em sociedade, enquanto a mulher devia ser vista apenas em trabalhos com costura, alimentação, o que resultou nas relações de dominância, violência e violação dos direitos humanos contra a mulher.

Ao passar dos anos e com a evolução da sociedade, as mulheres foram despertando para essa realidade de opressão e buscando seus próprios lugares na sociedade, e aos poucos começaram a se relacionar com a política, lutando para obter seu direito ao trabalho, além de outras pautas. Faz-se necessário abordar alguns marcos jurídicos importantes para a compreensão da problemática aqui abordada, pois não se pode abordar a condição da mulher negra no país sem antes ponderar sobre sua historicidade.

Podemos iniciar essa linha do tempo com a Revolução Francesa, marco jurídico importantíssimo, pautado pelos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, onde as mulheres começavam a buscar lugares diferentes na sociedade, como o trabalho fora do lar. Embora fosse uma necessidade do momento em que estavam vivendo, as mulheres conquistaram o direito de trabalho, ainda que na época a remuneração fosse menor que a dos homens.

Em que pese a importância da Revolução Francesa, ela sequer deu conta das mulheres. Prova disso foi a necessidade de as mulheres confeccionarem sua própria declaração de direitos que, infelizmente, não foi adotada.

Nesse contexto da conquista do direito ao trabalho fora do lar, constatamos claramente uma vitória, mas, se olharmos com um olhar crítico, podemos considerar que essa vitória não foi democrática pois, não incluiu a mulher negra, visto que estas sempre trabalharam, cuidaram das casas das mulheres brancas, amamentaram os filhos das mulheres brancas, e mesmo depois de livres, as mulheres negras seguiram trabalhando para sustentarem, sozinhas, seus lares e filhos, como a grande ativista dos direitos das mulheres e abolicionista afro-americana discursou:

Aqueles homens ali dizem que as mulheres precisam de ajuda para subir em carruagens, e devem ser carregadas para atravessar valas, e que merecem o melhor lugar onde quer que estejam. Ninguém

jamais me ajudou a subir em carruagens, ou a saltar sobre poças de lama, e nunca me ofereceram melhor lugar algum! E não sou uma mulher? Olhem para mim? Olhem para meus braços! Eu arrei e plantei, e juntei a colheita nos celeiros, e homem algum poderia estar à minha frente. E não sou uma mulher? Eu poderia trabalhar tanto e comer tanto quanto qualquer homem – desde que eu tivesse oportunidade para isso – e suportar o açoite também! E não sou uma mulher? Eu pari 13 filhos e vi a maioria deles ser vendida para a escravidão, e quando eu clamei com a minha dor de mãe, ninguém a não ser Jesus me ouviu! E não sou uma mulher?

Sojourner Truth, em 1851, já sentia sua invisibilidade diante dos movimentos feministas, e ao arrepio da realidade, notou que os discursos proferidos em favor das mulheres não a incluíam, que ela sequer era considerada. Após anos de luta das mulheres junto aos movimentos feministas, no ano de 1946, a ONU criou a CSW – Comissão de Status da Mulher, que tinha a função de promover o direito das mulheres na área política, social e educacional.

Em 1979, realizou-se a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), a qual foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Esta convenção foi resultado do movimento feminista internacional que visava à condenação da discriminação contra a mulher em todas as suas formas e manifestações. Foi também nesta convenção que a violência contra a mulher passou a ser reconhecida como crime contra a humanidade.

No correr dos anos, passaram a integrar na agenda da ONU, inúmeras convenções, conferências e tratados relacionados a violência contra a mulher e a saúde da mulher, dos quais o Brasil é signatário dos principais tratados que visam implementar e assegurar os direitos humanos das mulheres.

Em 1980, o Brasil criou e instalou as chamadas “delegacias de defesa da mulher”, que são órgãos especializados da polícia civil que visam fornecer atendimento adequado às vítimas de violência doméstica e sexual. Devemos destacar que nessa época surgiam inúmeros problemas relacionados a saúde da mulher, como a mortalidade materna, doenças sexualmente transmissíveis e gravidez indesejada. Foi então que a violên-

cia contra mulher ganhou visibilidade, em 1981, quando o país ratificou a CEDAW e passou a compartilhar da defesa dos direitos das mulheres de forma mais efetiva.

Apenas em 1983 foi criado o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), o que representa um marco para a saúde da mulher. Porém, o objetivo deste programa voltava-se apenas, para a saúde reprodutiva da mulher.

Devemos trazer enfoque para a questão da saúde da mulher negra como contraponto, que mais uma vez foi negligenciada pelo Estado, uma vez que os problemas de saúde relacionados à mulheres brancas não alcançam a totalidade dos problemas de saúde enfrentados pela mulher negra, podemos citar como breve exemplo a taxa de violência obstétrica que sempre foi maior em comparação entre mulheres negras do que não negras, isso *quando* essas mulheres tem acesso ao serviço de saúde, pois em virtude do racismo institucionalizado, muitas dessas ficavam a sorte de atendimentos desumanos.

Foi a partir de 1988 que o movimento feminista ganhou mais força, com o chamado *lobby* do batom, quando da revisão do texto constitucional, que em seu artigo 5º estabeleceu que todos os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, situação significativamente diferente das constituições anteriores que se referiam apenas aos homens como cidadãos e conseqüentemente, sujeitos de direitos fundamentais.

Em 1995, o Brasil faz parte da convenção de Belém do Pará, uma Convenção Interamericana que teve como objetivo prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, porém, mesmo com objetivos tão importantes, essa convenção não surtiu efeitos imediatos e foi só em 2003 que o Brasil criou a Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM). Esta secretaria tem o objetivo de promover a igualdade entre os gêneros e combater a violência, preconceito e discriminação.

Ainda em 2003, devido ao aumento da frequência na procura dos serviços por mulheres vítimas de violência, o governo homologa a Lei nº 10.778, em 24 de novembro de 2003, lei essa que torna obrigatória a notificação de todos os casos de violência contra a mulher, assistidas em serviços de saúde, público ou privado, dentro de território nacional (Lei nº 10.788/2003, de 24 de novembro).

Em 2006 foi criado o dispositivo legal com maior impacto no combate à violência contra mulher, a intitulada *Lei Maria da Penha*, Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Esta lei cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Dentre estes é citada a punição aos agressores e disposição sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, além de alterar o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e criar as casas-abrigos que recebem as mulheres em situação de risco ou em violência doméstica (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006).

Apesar de a Lei nº 11.340/2006 ser um grande mecanismo de proteção às mulheres vítimas de violência, ela não vem funcionando para a parcela de vítimas negras, ao contrário do que se esperava, os assassinatos de mulheres negras, depois da Lei Maria da Penha continuaram subindo, como muito bem destacou a ativista Jurema Werneck para as participantes do II Diálogo Nacional sobre Violência Doméstica:

A Lei Maria da Penha, que foi uma luta do movimento de mulheres, não impediu um único assassinato das mulheres negras. Muito pelo contrário: os assassinatos, depois da Lei Maria da Penha, continuaram a subir”. Nada alivia essa falha, mas o que explica essa falha? A gente precisa falar sobre isso”.

Após sancionada a Lei nº 11.340/2006, notou-se que as mulheres faziam as denúncias contra seus agressores e logo em seguida desistiam. Essa conduta se explica pela crença no arrependimento do companheiro, porém, também foi notado que em seguida, o agressor retornava com as mesmas práticas, foi então que em 2012 através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424 que conferiu natureza pública e incondicionada à ação penal fundada na Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Dessa forma, a mulher após a denúncia contra o companheiro por agressão não poderá mais desistir da ação, o processo fica sob responsabilidade do Ministério Público.

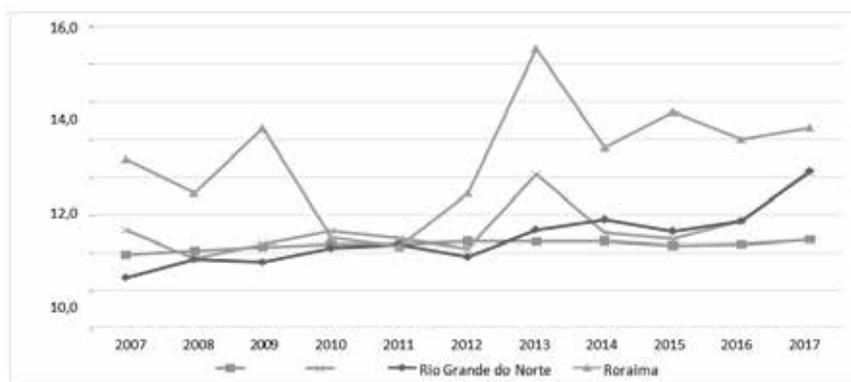
No ano de 2014 foi publicado no Mapa da violência que as taxas de homicídio de mulheres passaram de 2,3 (em 1980) para 4,8 (em 2012) homicídios por 100 mil mulheres, ou seja, a taxa mais que duplicou. E diante desse fato, foi necessária a criação de uma lei específica para o com-

bate ao feminicídio, e assim, em 9 de março de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.104, a qual prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, sendo incluído no rol dos crimes hediondos.

4. UMA ANÁLISE DA REALIDADE: O QUE OS NÚMEROS MOSTRAM

De acordo com o mapa da violência de 2019, foi constatado que no ano de 2017 houve um aumento no número de homicídios femininos no Brasil, com cerca de 13 assassinatos por dia, o número total de mulheres mortas foi de 4.936, o que se trata do maior número já registrado desde 2007. Foi verificado também o crescimento de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país, durante os anos de 2007 a 2017.

A seguir, veremos de forma mais exemplificada esses dados através dos gráficos extraídos do site do IPEA:

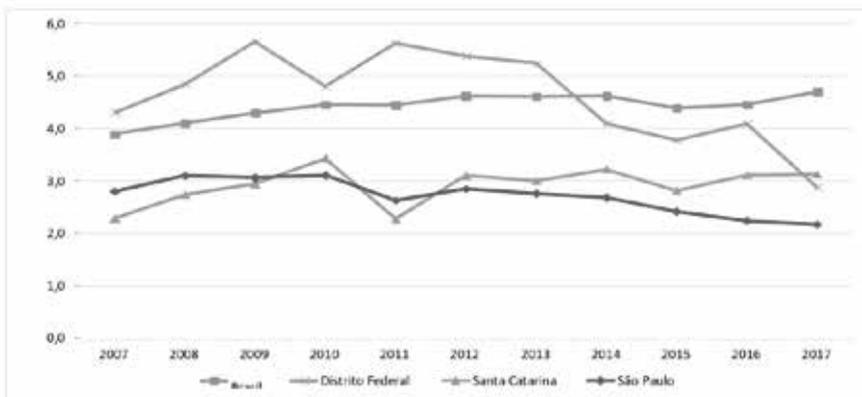


Evolução da taxa de homicídio por 100 mil mulheres no Brasil e nas três UF's com as maiores taxas em 2017 (2007-2017)

Considerando-se as maiores diminuições decenais, Distrito Federal, Espírito Santo e São Paulo apresentaram as maiores reduções, entre 33,1% e 22,5%. O caso do Espírito Santo chama a atenção na medida em que até 2012, o estado aparecia como campeão na taxa de homicídios femininos no país. Embora tenha apresentado crescimento entre 2016 e 2017, parece ter havido uma redução consistente da violência letal contra as mulheres no estado, provavelmente reflexo das diversas políticas públi-

cas implementadas pelo governo no período e que priorizaram a o enfrentamento da violência baseada em gênero.

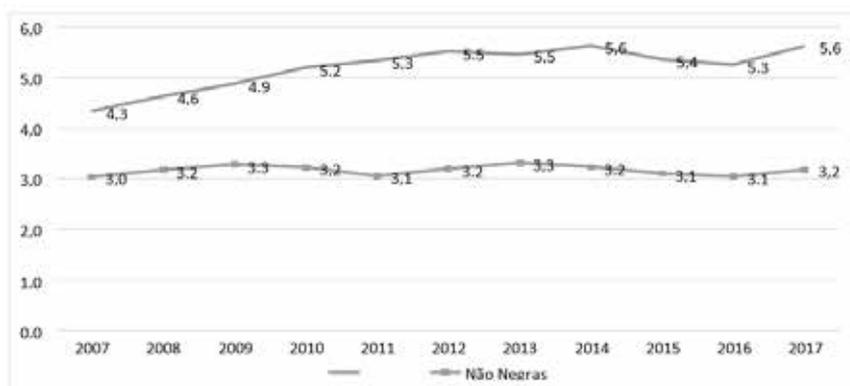
Já no ano de 2017, o estado de São Paulo responde pela menor taxa de homicídios femininos, 2,2 por 100 mil mulheres, seguido pelo Distrito Federal (2,9), Santa Catarina (3,1) e Piauí (3,2), e ainda Maranhão (3,6) e Minas Gerais (3,7). Em termos de variação, reduções superiores a 10% ocorreram em seis Unidades da Federação, a saber: Distrito Federal, com redução de 29,7% na taxa; Mato Grosso do Sul, com redução de 24,6%; Maranhão com 20,7%; Paraíba com 18,3%, Tocantins com 16,6% e Mato Grosso com 12,6%³



Evolução da taxa de homicídios por 100 mil mulheres no Brasil e nas três UF's com as menores taxas em 2017

A seguir veremos mais um gráfico, que nos dará a dimensão da desigualdade racial a partir da comparação das vítimas de homicídio negras e não negras

3 Atlas da violência 2019. Ipea e FBSP. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784>. Acesso em: 14 set. 2020



Evolução da taxa de homicídios femininos no Brasil, por raça/cor (2007-2017)⁴

Como podemos ver, a taxa de homicídios de mulheres negras teve um aumento muito maior do que comparado com as mulheres não negras. De acordo com o IPEA:

[...] a taxa de homicídios de mulheres não negras teve crescimento de 4,5% entre 2007 e 2017, a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu 29,9%. Em números absolutos a diferença é ainda mais brutal, já que entre não negras o crescimento é de 1,7% e entre mulheres negras de 60,5%. Considerando apenas o último ano disponível, a taxa de homicídios de mulheres não negras foi de 3,2 a cada 100 mil mulheres não negras, ao passo que entre as mulheres negras a taxa foi de 5,6 para cada 100 mil mulheres neste grupo.

A desigualdade racial pode ser vista também quando verificamos a proporção de mulheres negras entre as vítimas da violência letal: 66% de todas as mulheres assassinadas no país em 2017.⁵

4 Fonte: IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica e MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM. O número de homicídios de mulheres na UF de residência foi obtido pela soma das seguintes CIDs 10: X85-Y09 e Y35-Y36, ou seja: óbitos causados por agressão mais intervenção legal. Aqui nós agregamos a classificação de raça/cor do IBGE, onde chamamos de “negras” as somas de pretas e pardas e “não negras” a soma de brancas, amarelas e indígenas. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

5 Atlas da violência 2019. Ipea e FBSP. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784> . Acesso em: 14 set. 2020

Os números também ligam o alerta para a questão da saúde da mulher negra, como foi verificado por Santos em um de seus artigos

O percentual de mulheres negras que não possuem acesso ao exame ginecológico é 10% superior ao número de mulheres brancas; pesquisa de 2004 revela que 44,5% das mulheres negras não tiveram acesso o exame clínico de mamas, contra 27% das mulheres brancas; entre 2000 e 2004, a infecção por HIV/AIDS subiu de 36% para 42,4% entre as mulheres negras, enquanto na população feminina branca, a incidência de casos diminuiu, no mesmo período. Vale salientar, ainda, que as mulheres negras possuem menor acesso à anestesia durante o parto e a esterilização cirúrgica; apresentam menor expectativa de vida se comparada às mulheres brancas; e, 58% dos óbitos de jovens negras por causas externas referem-se a assassinatos.

5. "IGUALDADE RACIAL"? SOBRE O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL

Essa ideia de democracia racial vem sendo usada desde muitos anos no nosso país, logo após a independência do Brasil, quando em 1838 o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro realizou um concurso denominado: “ Como escrever a história do Brasil”, onde o vencedor foi um estrangeiro chamado Karl Von Martius, que definiu o Brasil composto por três rios, um rio grande e caudaloso, como sendo o “rio branco”, um rio um pouco menor, que seria o “rio vermelho” e um rio ainda menor, que seria o “rio negro”, essa definição já trazia a ideia de que o Brasil era uma mistura, mas uma mistura com hierarquia. Essa definição ganhou ainda mais peso quando em 1933, Gilberto Freyre lançou seu livro “Casa Grande Senzala”, um sucesso no Brasil e no exterior, que conta a história de uma democracia racial, suavizando os efeitos da escravidão e dando a ideia de uma miscigenação harmônica, onde os povos indígenas, brancos e pretos viviam em real harmonia.

A UNESCO em 1950 criou um programa para tentar mostrar que o Brasil seria um exemplo de democracia racial, fato que não saiu como o esperado, como nos revela o sociólogo Florestan Fernandes através de seu estudo com o antropólogo francês Roger Bastide que no Brasil: o pre-

conceito não só existia como também “guardava profundas raízes com a escravidão e, o que é muito significativo, também o seu fim”.

O sociólogo notou que o Brasil sofria de um tipo de preconceito muito peculiar, que seria o *preconceito de ter preconceito*, como definiu a historiadora Lilia Schwarcz, o preconceito velado, aquele que tentavam encobrir a todo custo, ou seja, o brasileiro era racista e preconceituoso mas negava o tempo todo.

Essa ideia de democracia racial e miscigenação harmônica se revela ainda mais cruel e mentirosa quando pensamos nas mulheres negras. A proporção de mulheres em relação aos homens trazidos da África era de uma para cinco e ao chegarem, essas mulheres eram impedidas pelos senhores de constituírem família para que continuassem a servir as mais sórdidas finalidades, desde “favores libidinosos” até prostituição. Portanto, essa miscigenação tanto defendida pelos antigos escritores não se tratava de um produto da vontade própria das partes e sim do estupro dessas mulheres.

Para falarmos em uma justa democracia racial, deveríamos viver em uma realidade com trocas reais de cultura, história e vida entre negros e não negros, mas ao contrário dessa realidade, o que vemos é uma marginalização dos indivíduos e principalmente da cultura negra, onde essa cultura é reduzida apenas em “movimento folclórico”, uma forma de etnocídio disfarçado de respeito.

O Brasil ainda hoje cultiva essa triste herança, racista e patriarcal, onde quem paga o preço mais alto são as milhares de mulheres negras que seguem negligenciadas e vulneráveis às várias faces da agressão do homem branco e os números apresentados na seção anterior nos evidenciam que não existe democracia racial, ainda mais quando falamos em violência contra a mulher negra. A história nos mostra que as mulheres negras vêm sofrendo abusos sexuais, físicos e psicológicos desde o Brasil colônia, e que ela é culturalmente sexualizada e inferiorizada em detrimento as mulheres não negras. Os números escancaram a ineficácia das políticas públicas e leis de proteção as mulheres, pois a mulher negra nunca foi tratada como igual às demais mulheres. Portanto, enquanto o crescente número de mulheres pretas mortas no nosso país não for visto e sentido como a morte das mulheres não negras, as leis continuarão sendo ineficazes, pois não estão impedindo a morte de sequer uma única mulher negra.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que o racismo estrutural tem um grande impacto no processo de vitimização de mulheres negras, e que as ferramentas de proteção às mulheres não vem sendo aplicada de forma a garantir a proteção das mulheres negras.

Os instrumentos legais defendem de forma contundente a igualdade no tratamento das mulheres vítimas de violência de gênero, porém os dados apresentados no presente artigo nos evidenciam que mesmo diante dos avanços legais ora apresentados, os dados vêm mostrando uma crescente estatística quando falamos em violência de gênero contra mulheres negras.

Este artigo descreveu inúmeros marcos jurídicos importantes para a proteção das mulheres, mas deixou claro que a situação da mulher negra vem, historicamente, sendo negligenciada, uma vez que a própria história de nosso país colocou a mulher negra em um patamar dentro de nossa sociedade onde as demandas são grosseiramente diferentes.

Diante dessa realidade, são inúmeras as análises que iremos encontrar, porém, o presente artigo não tomará qualquer solução como única e sim se utilizará deste espaço para mostrar diferentes ângulos da realidade e mostrar que é premente a necessidade de discutir e analisar a interligação da situação de maior vulnerabilidade da mulher negra resultante do contexto de racismo, pobreza, sexismo e todos os outros aspectos já apresentados no decorrer do artigo.

Concluo esclarecendo que o presente artigo foi idealizado como um grito que precisa ecoar nas diferentes direções até que nossas leis deixem de ser apenas letras mortas e passem a salvar a vida das mulheres negras que vem sendo invisivelmente agredidas e mortas, de diferentes maneiras, pela sociedade.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade, Feminismos Plurais**.

São Paulo: Pólen, 2019.

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural, Feminismos Plurais**. São

Paulo: Pólen, 2019.

Atlas da violência de 2019. Ipea e FBSP. Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784. Acesso em: 14 set. 2020.

BADINTER, Elisabeth. **Um é o outro**. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina. 2003. Disponível em: www.repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89370. Acesso em: 23 set. 2020.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa, Feminismos Plurais**. São Paulo, Pólen, 2019.

BRASIL. LEI nº 13.104/2015 de 09 de março. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 14 de out. 2020.

CAMPOLINO, Nilton. **Delegado chico Palha**. Interpretação de Zeca Pagodinho. Disponível em: www.letras.mus.br/zeca-pagodinho/681927/. Acesso em: 28 set. 2020.

COLLINS, Patrícia Hill. **Em Direção A Uma Nova Visão: raça, classe e gênero como categorias de análise e conexão**. São Paulo: SOF, 2015

COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República: Momentos Decisivos**. São Paulo. Editora UNESP, 1998.

DRUMONTT, Mary Pimentel. **Elementos Para Uma Análise do Machismo**. Perspectivas, São Paulo, 3: 81-85, 1980.

ESPAÇO SOCIALISTA. **Capitalismo e a Necessidade do Racismo**. 2014. Disponível em www.espacosocialista.org/portal/2014/08/capitalismo-e-a-necessidade-do-racismo/. Acesso em: 28 set. 2020.

NASCIMENTO, Abdias do. II Festival de Artes e Culturas Negras e Africanas (FESTAC), 1977.

PEROTONI, Cleonice. Eu uso chapinha: o que há por trás disso? II CONGRESSO NACIONAL AFRICANIDADES E BRASILI-DADES. 2014. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo.

Disponível em: www.periodicos.ufes.br/cnafricab/article/view/9513
Acesso em: 14 set. 2020.

RAMALHO, K. S., Silva, S. T., Lima, S. M., & Santos, M. A. **Política de saúde da mulher à integralidade: Efetividade ou possibilidade?** Cadernos de Graduação: Ciências Humanas e Sociais Fits. 2012.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de Fala. Feminismos Plurais**. São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen, 2019.

SANTOS, D. T., & Marques, A. D. 2014. **A convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres no Brasil: Implicações nas políticas públicas voltadas às mulheres indígenas**. Revista Di@logus.

SEREZA, Haroldo Ceravolo. **Florestan, a Inteligência Militante**. São Paulo: Boitempo, 2005.

TRUTH, Sojourner. **INTERVENÇÃO NA WOMEN'S RIGHTS CONVENTION EM AKRON, OHIO**, OHIO, Estados Unidos, em 1851. Disponível em: www.geledes.org.br/e-nao-sou-uma-mulher-sojourner-truth/. Acesso em: 14 set. 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. USP. **Declaração dos direitos da mulher e da cidadã – 1791**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html> Acesso em: 23 set. 2020.

DEBATE DIALÉTICO SOBRE INFILTRAÇÃO POLICIAL NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Arthur Irwin Rosa Santos Góis*⁶

*Ronaldo Alves Marinho da Silva*⁷

INTRODUÇÃO

O debate doutrinário e jurisprudencial sobre as ferramentas de combate ao crime organizado no Brasil ainda se arraiga nos instrumentos de investigação criminal previstos no Código de Processo Penal. Contudo, desde o início do século XXI a legislação pátria abarcou a infiltração policial de agentes e, com a criação desse instrumento de captação de provas, veio o debate sobre o seu cabimento na moldura constitucional brasileira. Nesse sentido, o presente artigo busca fazer um debate dialético entre a infiltração policial, em suas modalidades, e o Direito Constitucional, visto como catálogo de direitos fundamentais. Tal estudo busca construir, cien-

6 Pós-Graduando em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Advogado.

7 Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Coordenador do Projeto de Extensão Reformatório Penal/UNIT. Vice-líder do Grupo de Pesquisa Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional. Associado pelo do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Professor Adjunto da Universidade Tiradentes. Delegado de Polícia Civil do Estado de Sergipe.

tificamente, o debate constitucional do tema que já foi parar nas barras do Poder Judiciário, por mais de uma vez.

Para isso, primeiramente, deve-se vislumbrar a evolução histórica da infiltração policial, desde seu início no Direito Brasileiro, mediante a Lei nº 10.217/2001, até chegar à lei mais recente que tratou do tema, qual seja, a Lei nº 13.964/2019. Tal releitura permitirá que se faça uma hermenêutica teleológica da infiltração policial ao vislumbrar como foi a evolução legislativa do tema no Brasil.

Em seguida, analisar-se-á quais os excertos do Direito Constitucional que podem figurar como aparentes conflitos de normas, com relação a infiltração policial. Isso porque, há tópicos como o direito a intimidade e a vida privada, bem como o afastamento do nefasto instituto do agente provocador. Para tanto, será necessário delimitar conceitos constitucionais afeitos a matéria para promover-se o debate dialético do tema.

Passo seguinte, o presente artigo analisará os instrumentos da legislação sobre infiltração policial tem para preservar a constitucionalidade do presente objeto. Nesse sentido, observar-se-á a responsabilidade do Estado-juiz, bem como os mecanismos que devem ser atendidos pelos órgãos acusatórios para evitar que a infiltração policial venha a ser eivada de inconstitucionalidade, seja ela na física ou mesmo virtual, maculando toda a investigação, com patente violação ilegal da intimidade do cidadão. Tal análise é de fundamental importância por trazer a academia ao debate sobre a infiltração policial e, futuramente, consolidar uma doutrina que possa servir de espaços de interpretação que contribuam para a proteção dos direitos fundamentais e não inviabilize a atuação dos aparelhos estatais de persecução penal.

Para esta análise, utilizamos o método dedutivo, com pesquisa doutrinária e a jurisprudência mais atualizada e relevante sobre o tema infiltração policial e sobre o Direito Constitucional, a fim de subsidiar o presente debate. Com esse arcabouço será possível alcançar os objetivos supramencionados.

1. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

No contexto internacional, a origem da infiltração policial, para os professores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva, remonta

aos tempos bíblicos. Tal instituto teria sido utilizado pela primeira vez por Judas Iscariotes que, estando no meio dos discípulos de Jesus de Nazaré, o teria exposto aos guardas romanos (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 389).

Claro que nesse momento não havia a menor menção a método ou controle dessa infiltração. Nesse sentido, é pacífico que o primeiro programa a utilizar a infiltração policial como método foi a Brigada de Segurança, comandada por Eugéne François Vidocq, no século XIX, na França. Tal ação se constituiu em recrutar criminosos contumazes no país europeu e oferecer a eles a oportunidade de voltar a se imiscuir no itinerário criminoso, para que trouxessem informações sobre as células criminosas, em troca de benefícios penais. (PEREIRA, 2017, p. 99).

Logo, o discurso de que a infiltração policial é um instrumento recente não se sustenta, sendo aplicado em diversos países na atualidade, o que impõe ao país a sua discussão e aprimoramento diante de novos fenômenos da macrocriminalidade e das inovações tecnológicas. O que ocorre no Brasil é uma lentidão no processo legislativo, aliado a um conservadorismo muito forte do ponto de vista do processo penal. Enquanto isso, países do Mercosul como o Paraguai, mediante a Ley n. 1.340, já tinha implementado a infiltração de agentes para o combate ao tráfico de drogas em 1988 que o Brasil.

Ao avançar mais na linha histórica, tem-se a primeira lei que trouxe a infiltração policial em território nacional, Lei nº 10.217/2001, que acrescentou o inciso V do art. 2º a Lei nº 9.034/1995, prevendo a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência no seio de organizações criminosas (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 391). Contudo, a referida lei de organizações criminosas levantou diversas polêmicas que inviabilizaram a infiltração policial de agentes. Por exemplo, em que pese a lei trazer a necessidade circunstanciada autorização judicial, a lei não respondeu quem poderia pleitear pela infiltração policial, nem os limites de atuação do agente infiltrado (PEREIRA, 2017, p. 104).

Além do mais, apesar de a Lei nº 9.034 ter sido taxada como a primeira lei de combate às organizações criminosas, ela cometeu o erro trivial de não trazer no corpo legal o que viria a ser uma organização criminosa, fazendo apenas uma referência ao crime de quadrilha ou bando, hoje com a denominação de Associação criminosa (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 33).

Diante de todas essas críticas, não havia a menor possibilidade da utilização de infiltração policial em território brasileiro. Posteriormente, a Lei nº 11.343/2006 veio trazer a infiltração policial como instrumento especial de investigação. Contudo, nada se falou sobre o procedimento a ser observado (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 200). Esse instrumento de investigação, tal qual as leis anteriores, seguiu sem efetividade. Isso somente mudou em 2013, com a Lei nº 12.850, um verdadeiro marco para o combate as organizações criminosas e para todos os meios especiais de investigação, incluído aí a infiltração policial (NUCCI, 2015, p. 5).

Assim, apesar de surgirem novas leis que vieram dar passos além no campo da infiltração policial, ainda hoje a Lei nº 12.850/2013 é tida como uma lei geral sobre o tema. Dessa forma, caso a lei subsequente seja silente no que tange a critérios práticos desse meio de captação de provas, o Estado-juiz deverá aplicar, em regra, essa lei. (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 196).

Contudo, em que pese todo esse avanço legislativo trazido pela Lei nº 12.850/13, as organizações criminosas continuam se aperfeiçoando. Nessa linha, principalmente na década de 2010, o Parlamento brasileiro teve a real dimensão de que a internet é campo fértil para a prática de crimes. Além disso, nesse campo, os instrumentos como prova testemunhal, busca e apreensão e os demais instrumentos de investigação previstos no Código de Processo Penal não seriam capazes de desarticular, por exemplo, associações criminosas ou organizações criminosas que atuam nesse meio (OLIVEIRA; KOZAN, 2019, p. 87).

Diante desse problema, o legislador criou a Lei nº 13.441/2017, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 190-A a 190-E), para criar a infiltração policial cibernética. Nesse caso, pela primeira vez a utilização desse instrumento será por meio da rede mundial de computadores, permitindo a infiltração virtual. Essa foi uma das maiores inovações no tema e trouxe outro fôlego sobre esse meio de angariar provas, já que, sem a necessidade de ter um agente físico, abre-se um novo leque no tema (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 532). A investigação se dá com o disfarce de um agente de polícia judiciária por detrás de um usuário fictício e que, se passando como um consumidor de materiais ligados a crimes sexuais contra crianças e adolescente, consegue angariar endere-

ços, identificação civil do sujeito criminoso ou mesmo marcar um local para a entrega de material ilícito (PEREIRA, 2017, p. 108).

Diante da capacidade inovadora desse instrumento, no bojo da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), foi aprovada em 2019 a Lei nº 13.964, que aperfeiçoou a infiltração policial de agentes. Para tanto, a lei permitiu a infiltração policial cibernética também em meios digitais.

Esse crescimento vertiginoso na quantidade de leis que permitem a infiltração policial faz com que seja de extrema relevância que a academia debata sobre esse novo meio de investigação. Assim, compreende-se hoje, de forma pacífica, que a infiltração policial é um instrumento de investigação excepcional e com caráter de *ultima ratio*, em que o um agente estatal pertencente ao aparato das polícias judiciárias, seja ela federal ou civil, mediante prévia e fundamentada autorização judicial, se imiscui numa célula criminosa, a fim de entender seu funcionamento, identificar integrantes e coletar provas que não poderiam ser descobertas sem o uso deste meio (SILVA, 2015, p. 93).

Com isso, tendo em vista que é muito difícil derrubar a materialidade e a autoria advinda de prova de infiltração policial, o debate se desloca para a constitucionalidade e/ou legalidade das provas oriundas da infiltração policial. Nesse sentido, se encontra balizado o presente estudo que, agora, pretende trazer à baila os pontos polêmicos advindos dessa prova.

2. DOS ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DA PROVA ORIUNDA DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

O debate sobre a legalidade e constitucionalidade da infiltração policial é muito relevante. Isso porque, reza o Código de Processo Penal em seu art. 157, *caput* e §1º, alterado pela Lei nº 11.690/1988, que são inadmissíveis as provas ilícitas e as delas derivadas (BRASIL, 1941).

Diante disso, um deslize legal em uma investigação pode condená-la totalmente. Sendo assim, deve-se trabalhar nos parâmetros legais e constitucionais, sob pena de se dar perdimento a todo um processo criminal. Tal passo é de fundamental relevância, pois cria balizas normativas para a investigação criminal e, conseqüentemente, visa todo o aparato repressor estatal (AVENA, 2019, p. 464).

Trata-se, assim, da consagração do princípio “*fruits of the poisonous tree*”. Nesse sentido, se a infiltração for ilegal, as provas coletadas durante a sua execução contaminarão a investigação e ela estará fadada a ser anulada, quando a peça inquisitorial for submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa (MORAES, 2019, p. 132).

Nessa toada, o primeiro argumento que vem é o direito de intimidade e da vida privada, previstos no art. 5º, inciso X da Constituição Federal. Assim, o agente infiltrado, com o fim de desbaratar a célula criminosa, se imiscuiria no seio mais íntimo de muitos investigados. Sendo assim, isso poderia ser uma criação de um estado policalesco que não vê limites para angariar provas de processo criminal (BRASIL, 1988).

Para se realizar melhor esse debate, cumpre dizer que a intimidade é o que se tem de mais privado do ser humano, como relações no seio familiar e amizades. De outra banda, a vida privada está relacionada aos relacionamentos sociais do cidadão, como o trato comercial, de trabalho e de estudo (MORAES, 2019, p. 58). Sendo assim, somente caberia ao indivíduo divulgar ou não os dados referentes a sua vida privada. Trata-se, assim, de um direito negativo em face do Estado e de terceiros que não podem agir para angariar informações da vida privada ou da intimidade do indivíduo sem um justo motivo, delas dispor livre e impunemente (TAVARES, 2020, p. 551)

Surgiu então o debate sobre se a infiltração policial seria a chancela do Poder Legislativo para um Estado policalesco, indesejável no mundo moderno e fadado a ferir a Constituição da República. Ocorre que esse meio de obtenção de prova nada mais é do que a intervenção do Estado em uma atividade criminosa. Logo, a devassa que se faz na vida do cidadão é diante da necessidade de se investigar a prática contínua de ilícitos penais e não sobre aspectos privados (SILVA, 2015, p. 96).

Além do mais, especificamente no tópico da infiltração policial deferida com base na Lei nº 13.441/2017, temos que a princípio da intimidade e da vida privada deve ser flexibilizado frente aos crimes contra a criança ou adolescente. Se o direito constitucional assim não o permitisse, estar-se-ia infringindo outro princípio constitucional, princípio da proteção insuficiente, violando a regra básica da unicidade constitucional que determina que a Constituição Federal deve ser lida como um todo e não em partes. (BARROSO, 2019, p. 303).

Dessa forma, o Estado tem o dever de trabalhar para proteger as crianças e adolescentes e isso deve ser levado em conta pelo Poder Judiciário na aritmética dos direitos fundamentais carreados ao caso concreto. Nesse sentido, caberá ao Estado-Juiz, diante do caso concreto, verificar o justo motivo da infiltração policial e sopesar indícios e direitos do investigado. Além do mais, é importante reafirmar que nenhum direito fundamental é ilimitado, sob pena de se haver um atropelamento dos demais direitos fundamentais e a implosão do próprio sistema de direitos e garantias fundamentais (OLIVEIRA; KOZAN, 2019, p. 94).

Faz-se necessário apresentar outro aspecto de fundamental relevância nesse debate, que é o distanciamento do agente infiltrado da figura do agente provocador. Esse último é o agente estatal que se disfarça de cidadão e faz, provoca ou incentiva a prática de infração criminal. Ato contínuo, quando o cidadão pratica a conduta criminoso, o agente estatal, de pronto, efetua a prisão em flagrante (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 196). Logo, a agente provocador, *prima facie*, desrespeita de forma cabal o princípio da moralidade administrativa. Isso porque, o agente público, no caso em tela, o policial, estaria agindo com o fim precípua de gerar o intuito criminoso na cabeça do agente. Diante de tal enredo fático, não há princípio ético que sustente tal pensamento (CARVALHO FILHO, 2020, p. 22).

Ademais, o Direito serve, dentre outras teses, a frear o intuito estatal quando está a apurar uma infração penal. Não se pode instituir um verdadeiro “vale tudo” em busca de “mentes criminosas”. Logo, qualquer instituto que se assemelhe ao agente provocador deverá ser rechaçado pelo Estado-juiz quando da análise do caso concreto (LOPES JR; 2014, p. 834).

Diante de tal celeuma, a doutrina se debruçou sobre o tema, qual seja, se o agente infiltrado seria um agente provocador chancelado pelo Estado. Mas, o que se verifica como ponto de cisão entre esses institutos é o momento da atuação do agente. Isso porque, enquanto o agente provocador, como dito alhures, age antes de haver um crime para criar na cabeça do agente o *animus* de praticá-lo, o agente infiltrado entra quando a célula criminoso já está em curso e, em nenhum momento, a incentiva.

Percebe-se, assim, uma clara distinção entre o agente infiltrado e o agente provocador. Enquanto aquele é apenas um personagem da trama

preexistente e gerada no seio de uma organização criminosa também já preexistente, o agente provocador é o ator principal de uma novela por ele desenvolvido (SOUSA, 2015, p. 46).

Diante disso, não há o que se confundir entre agente infiltrado e o agente provocador. Isso sem prejuízo de, em sede de investigação, o juiz verificar que houve atuação exacerbada do agente infiltrado debandando para o agente provocador. Nesse caso, nada impede que o magistrado dê perdimento a toda a investigação. Tanto assim o é que o Tribunal Superior Eleitoral, em sede matéria afeita a competência criminal do tribunal, asseverou em arresto da lavra do Min. Henrique Neves da Silva:

RECURSO ESPECIAL E AÇÃO CAUTELAR. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CARGO VEREADOR. INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS. FLAGRANTE PREPARADO. PROVA ILÍCITA. [...]

3. A atuação do agente infiltrado não se resumiu à de mero observador dos acontecimentos, participando ele ativamente no desenrolar dos eventos que culminaram na prática do ilícito eleitoral, de modo a ficar caracterizado o flagrante preparado. Ilícitude da prova colhida e daquelas derivadas (TSE. Recurso Especial Eleitoral (Respe) n° 67604/RO. Rel. Min. Henrique Neves da Silva. j. 13 nov. 2014. DJe. 19 nov. 2014).

Ao ser exposto esse ponto, existe considerável debate acerca do direito legal que o advogado tem de ter acesso aos autos do inquérito policial, até mesmo para contradita-los no posterior procedimento judicial. Isso porque o Estatuto da Advocacia, que goza de hierarquia de lei ordinária, determina como direito do advogado esse acesso em processos findos ou em andamento (BRASIL, 1994).

Tal direito é uma decorrência lógica do princípio do devido processo legal e da ampla defesa. Sendo assim, o advogado e o seu patrocinado somente podem exercer a defesa, por decorrência lógica, de algo que conhecem. Até para que, diante da acusação, possam utilizar todos os instrumentos jurídicos previstos no Direito pátrio (TAVARES, 2020, p. 623).

Contudo, muito argutamente, o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) traz exceção quando se tratar de medidas

cautelares sigilosas, quando não será franqueado o acesso ao advogado, enquanto estiverem em andamento. No caso da infiltração policial, tal medida ganha especial relevo, tendo em vista que, se fosse permitido o carreamento de autos de inquérito policial, o próprio agente infiltrado teria sua integridade física ameaçada (GONZAGA; NEVES; BEIJATO JUNIOR, 2019, p. 40).

E deve-se ir além, já que o que se colhe no inquérito policial não é prova, mas sim indício. Para que o indício se transforme em prova, deverá passar pelo crivo do contraditório em sede de processo criminal, que ocorrerá em momento posterior.

Como exposto alhures, tal medida se justifica pela ponderação entre a necessidade de dar acesso ao inquérito para a defesa, ao mesmo tempo que se preserve a identidade do agente de polícia e a coleta de provas. Destaque-se, contudo, que tal identidade deve ser preservada *ad eternum*, já que o Estado também tem o dever de preservar a integridade física dos seus agentes quando atuam lastreados pelo Poder Judiciário e, consequentemente, pela legalidade e constitucionalidade (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 537).

Dito isso, passo seguinte deve-se trazer ao debate quais os instrumentos legais lançados pelo legislador para evitar o uso demasiado do agente infiltrado. Tais instrumentos, como se verá adiante, tem como objetivo trazer o instituto a guarida constitucional e legal, determinando balizas sólidas para a atuação para todos os atores processuais

3. INSTRUMENTOS LEGAIS PARA A UTILIZAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

Em última análise, o Direito Penal e o Direito Processual Penal são a última trincheira antes que o Estado adentre em searas muito sensíveis como o direito de ir e vir do cidadão. Logo, o Direito Processual Penal deve ser visto sob a lupa do texto constitucional, a fim de dar garantias ao jurisdicionado durante o processo criminal. Nesse sentido, como a infiltração policial flexibiliza direitos fundamentais, em face do dever do Estado de apurar infrações penais, o legislador criou ritos e normas rígidas para a sua aplicação.

O que se depreende da lei é que o legislador pensou em aprimorar os instrumentos de combate as organizações criminosas e demais crimes graves listados sem, contudo, olvidar a necessidade de preservação da constitucionalidade do instrumento em cotejo a ser verificada caso a caso pelo Estado-Juiz, na sua postura de terceiro imparcial (SOUSA, 2015, p. 79). Essa salvaguarda traz consequências processuais delicadas. Isso porque uma infiltração policial que não respeita os limites arbitrados pelo juiz, quando do seu deferimento, ou mesmo realizada sem prévia autorização judicial, é algo inservível. (SILVA, 2015, p. 95).

Nesse sentido, a legislação não deixou o magistrado togado descoberto de critérios. O mais importante e mais comentado é o fato de que a infiltração policial deve ser a *ultima ratio* de todos os meios de investigação do sistema persecutório. Logo, o Ministério Público e a Polícia Judiciária têm de demonstrar para o juiz e convencê-lo de que o instrumento da infiltração policial é o único meio disponível para a coleta da prova penal (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 394).

Tal raciocínio é utilizado na maioria das provas processuais penais especiais. Nesse sentido, lógica semelhante é utilizada na interceptação telefônica que, tal qual a infiltração policial, é uma medida especial única para a coleta daquelas provas do crime. Por isso mesmo que a fundamentação do magistrado, em sede de deferimento de uma dessas formas de investigação, deve ser substancialmente relevante (CABETTE, 2015, p. 32).

Se a prova puder ser produzida por outro meio que seja menos invasivo, esse deve ser o meio que o delegado tem de lançar mão. Sendo assim, não demonstrado que a infiltração policial é a única medida de angariar a prova e que esse instrumento é proporcional, o magistrado deverá negar o pedido (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 534).

Outra garantia trazida pela legislação é a qualificação de quem poderá ser agente infiltrado. Assim, não é qualquer cidadão ou mesmo qualquer policial que poderá figurar nessa posição. Assim sendo, de início a Lei nº 10.217/2001 previa a possibilidade de infiltração policial tanto de agentes de polícia, quanto de agentes de inteligência. Contudo, com relação a esse último tipo de agente, a doutrina verteu críticas. Isso porque a Lei nº 9.883/1999, que implementou o Sistema Brasileira de Inteligência (Sisbin) e, conseqüentemente, a Agência Brasileira de Inteligência (Abin), não

previu qualquer competência de agentes de inteligência na investigação de crimes, mesmo os que abarquem competência federal (BRASIL, 1999).

Logo, a previsão legal criou um desvio de finalidade para o agente da Agência brasileira de Inteligência. Diante dessa celeuma, as demais leis se utilizaram do silêncio eloquente para afastar a figura do agente de inteligência do instituto da infiltração policial. Tal silêncio deve ser entendido como uma vedação de agentes pertencentes aos órgãos afeitos a inteligência levem a efeito a infiltração policial (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 392)

Nesse diapasão, é mister que se diga que a legitimidade do agente de operar a infiltração, fruto do debate legislativo acerca das leis que abarcam a matéria, é verdadeira guarida principiológica sob o apanágio do princípio da legalidade. Sendo assim, o delegado de polícia e o Ministério Público devem apresentar um agente que se predisponha a assumir tal missão, até porque o art. 14, inciso I da Lei nº 12.850/2013 autoriza que o agente policial se recuse a participar de missão dessa natureza.

Além disso, um dos pontos mais discutidos pelos doutrinadores que se debruçam sobre o tema da infiltração policial é fato da proporcionalidade do agente de polícia na execução da medida. Nesse sentido, é pacífico que o agente infiltrado terá que praticar crimes no curso de sua infiltração, até mesmo para angariar confiança dos integrantes do grupo, coletar indícios ou provas e, assim, atingir seu desiderato, mas esse não pode exagerar em sua atitude para além dos limites da decisão que deferiu a medida (NUCCI, 2015, p. 91).

Imagine-se, por exemplo, uma infiltração policial corretamente requerida e deferida para investigar uma associação ou organização criminosa que pratique hodiernamente o crime do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), qual seja: o de produzir, reproduzir, filmar, gravar, registrar ou mesmo dirigir gravação de cenas de sexo que envolva criança e adolescente. Diante dessa situação, o agente infiltrado cibernético, lastreado no art. 190-C do ECA, se mostra ávido para a compra do produto ilícito e o armazena em seu computador. Nesse caso, em que o agente é bem-sucedido na ação, conseguindo o produto e demais dados sobre o produtor do vídeo, o que, em tese, configuraria o crime previsto no art. 241-B do mencionado estatuto, que nada mais é do que armazenar

esse tipo de conteúdo ilícito (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 538).

Assim, ocorreria uma celeuma que inviabilizaria o próprio instituto do agente. Tal previsão é rapidamente solucionada pelo Direito Penal interno e pelo próprio Estatuto que regulou o instituto, pois não haveria um comportamento ilícito por parte do agente, já que a sua conduta é autorizada por lei (GOMES; DA SILVA, 2015, p. 405).

Diante de uma determinação estatal, nesse caso de natureza jurisdicional, o policial cumpre seu dever e averigua a existência de crime. Assim, o objetivo não é delituoso, pelo contrário, é alcançar os eventuais agentes por trás do delito e cessar a ação criminosa (BITENCOURT, 2019, p. 442). Contudo, conforme dito acima, para a garantia da constitucionalidade da medida, o agente deve agir na linha estreita delineada na decisão que deferiu a infiltração policial. Dessa maneira, o caminho natural para a ação fora dos limites estabelecidos na decisão autorizadora é a inutilização da prova obtida sem prejuízo da responsabilidade mencionada (SILVA, 2015, p. 99).

Essa averiguação é trincheira de constitucionalidade dentro da infiltração policial, deve ser avaliada mediante os relatórios encaminhados pelo agente infiltrado durante a operação e, posteriormente, submetidas ao escrutínio do processo penal. Tal previsão está encartada no art. 10, §5º da Lei nº 12.850/2013 (SOUSA, 2015, p. 96).

Nesse sentido, a constitucionalidade da medida e sua adequação aos meios legais devem e serão averiguadas pelo *Parquet*, delegado de polícia e Poder Judiciário no curso de sua realização e, posteriormente, pela defesa do(s) acusado(s).

Ademais, a infiltração policial, *pari passu* com qualquer prova do processo penal, não tem sua produção deferida *ad eternum*. Isso porque, primeiramente, o processo precisa ter um fim e durar um prazo razoável, conforme se verifica no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República. Além do fato de que, nos termos alhures expostos, a infiltração policial flexibiliza direitos fundamentais e essa flexibilização não pode perdurar por anos a fio.

A primeira legislação que trouxe prazo para a infiltração policial foi a Lei nº 12.850/2013, em seu art. 10, §3º, qual seja, inicialmente de 6 (seis)

meses, com possibilidades de renovações previamente autorizadas e fundamentadas pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2013).

A posteriori, com a edição da Lei nº 13.441/2017, mais precisamente no art. 190-A, III do ECA, deu mais um passo em restringir temporalmente infiltração policial. Esse dispositivo afirma que esse meio de obter prova na modalidade cibernética só pode ser determinada por prazo de 90 (noventa) dias, com possibilidade de renovação até o limite máximo de 720 (setecentos e vinte) dias. Criou-se, assim, o primeiro limite temporal máximo para a infiltração policial.

Nessa esteira, já se adiciona um obstáculo a investigações infundáveis que utilizem esse meio de investigação criminal. Além do mais, a renovação não deve ser automática. Isso porque a lei ordena, no art. 10, §3º da Lei nº 12.850/2013 e art. 190-A do ECA, com redação dada pela Lei nº 13.441/2017, que no momento do eventual pedido de renovação da infiltração policial o *Parquet* deverá levar ao Poder Judiciário, baseado nos relatórios e demais provas angariadas, motivação idônea a demonstrar a necessidade de renovação da medida anteriormente deferida. Tal conduta, novamente, busca dar o devido respeito a Constituição da República (ROSSATO, LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 535).

Logo, o que se demonstra nesse trabalho é que há a possibilidade da utilização da infiltração policial, dentro dos limites da Constituição da República de 1988. Bem como, esse instrumento não inviabiliza o escrutínio da defesa no processo penal, mediante contraditório.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, nota-se que o agente infiltrado é um meio de investigação criminal que está em franca evolução legislativa. Assim, é necessário que haja mais debate sobre o tema da infiltração de agentes, principalmente nas arcadas. Nesse sentido, o que se verificou foi que, primeiramente, esse debate é deveras importante, isso porque, caso fosse considerada inconstitucional a infiltração de agentes, esse instrumento deveria ser abandonado pela aplicação incontestada da supremacia constitucional. Ademais, depois da promulgação da Constituição da República de 1988, toda a matéria legal deve ser submetida ao filtro da Carta Magna.

Ao se problematizar tal aspecto, é possível se vislumbrar que as leis que trataram do tema da infiltração de agentes de polícia buscaram dispor de mecanismos que limitassem a atuação desse meio de obtenção de prova. Isso porque, ao ser esse um meio invasivo que flexibiliza direitos e garantias fundamentais, não pode ser usado em regra, mas sim como exceção, em casos específicos.

Logo, o que se verificou no presente estudo é que há instrumentos de guarida constitucional que serão cotejados pelo Poder Judiciário e Ministério Público em primeiro momento e, posteriormente, pela defesa, que guarnecem o instrumento da infiltração policial dentro da Carta da República de 1988. Tais instrumentos se concretizam na necessidade de autorização judiciária prévia, limite temporal, disposição como *ultima ratio* e principalmente, pelo acesso a defesa em sede de processo criminal para que possa ser contraditado, confirmando sua legalidade e constitucionalidade ou declarando-a como prova obtida de forma ilícita.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** v.1. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <encurtador.com.br/kwS09>. Acesso em: 04 jun. 2020.
- _____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <encurtador.com.br/iotOT>. Acesso em: 03 jun. 2020.
- _____. **Decreto nº 5.017**, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Or-

ganizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <encurtador.com.br/bgDG7>. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <encurtador.com.br/FLN89>. Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. **Lei nº 9.034**, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <encurtador.com.br/wWY25>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. **Lei nº 9.883**, de 7 de dezembro de 1999. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, e dá outras providências. Disponível em: <encurtador.com.br/qJUX7>. Acesso: 04 jun. 2020.

_____. **Lei nº 10.217**, de 11 de abril de 2001. Altera os arts. 1º e 2º da Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <encurtador.com.br/deow0>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <encurtador.com.br/cqE-GR>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <encurtador.com.br/ruQ02>. Acesso em: 4 jun. 2020.

- _____. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <encurtador.com.br/bhipS>. Acesso em: 04 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <encurtador.com.br/PTX14>. Acesso em: 03 jun. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral (Respe) nº 67.604/RO**. Rel. Min. Henrique Neves da Silva. j. 13 nov. 2014. DJe. 19 nov. 2014. Disponível: <encurtador.com.br/xF-GPS >. Acesso em: 03 jun. 2020.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei nº 12.850/2013**. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- GONZAGA, Karina Penna Neves; NEVES, Karina Penna; BEIJATO JUNIOR, Roberto. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. 2 reimp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Franco Henrique; KOZAN, Mariana Batista. A figura do agente infiltrado virtual e a relativização de direitos fundamentais: dignidade sexual de crianças e adolescentes. **Revista GESTO: Revista de Gestão Estratégica de Organizações**. Universidade Paranaense (UNIPAR): Santo Ângelo/PR, 2019. 7. n. 1. p. 86-101. jan./jun. 2019. Disponível em: <encurtador.com.br/DBMV3>. Acesso em: 22 maio 2020.

PARAGUAI. **Ley n° 1.340**, de 22 de novembro de 1988. Que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes. Disponível em: <encurtador.com.br/DEH17>. Acesso em 30 jan. 2018.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Agente infiltrado virtual (Lei n° 13.441/17): primeiras impressões. **Revista do Ministério Público**. Ministério Público do Estado de Goiás. n. 33. (jan/jun. 2017). p. 97-116. Disponível em: <encurtador.com.br/nyV49>. Acesso em: 22 maio 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Segunda Câmara Criminal. **Apelação Criminal n° 70078813201**. Rel. Des^a. Rosaura Marques Borba. Disponível em: <encurtador.com.br/lpt49>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n° 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei n° 12.850. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial**: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: IMPACTO NA SAÚDE PSICOLÓGICA DA MULHER

Valdehilza Costa Nascimento de Oliveira

INTRODUÇÃO

A violência doméstica acontece em toda a sociedade, sem distinção de raça, cor, idade, educação ou condição socioeconômica, sendo, à mais comum entre as mulheres. As mulheres, porém, são as maiores vítimas e embora ocorra em todos os níveis sociais, torna-se predominante nas classes menos favorecidas.

O presente artigo abordará sobre a Violência Institucional que é um tipo de violência que precisa ser constantemente discutida socialmente, por ser tão grave quanto outras formas e por afetar sobretudo as mulheres que são pobres, negras, imigrantes, lésbicas ou transexuais, haja vista o fato de que a maioria de seus companheiros, embora nem sempre demonstrem, se revelam violentos, ciumentos e possessivos, o que não só as torna reféns, mas as degradam e portanto, as tornam submissas aos seus caprichos, ou controlam suas ações, seus comportamentos, suas crenças e até mesmo suas decisões.

Dentre esses aspectos acima mencionados e causadores de distúrbios femininos, pode-se aludir de imediato, à questão saúde psicológica da mulher, que é um dos problemas que mais causam conflitos, depressão e temor, como alguns especialistas observam e a própria sociedade testemunha, a mulher violentada ou torturada, sofrerá alteração na sua conduta,

apresentará diferentes danos emocionais, diminuição da autoestima, ou poderá ficar prejudicada física, moral e espiritualmente.

A Lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Pena, traz no caput do artigo 5º, que 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.

O artigo faz uma releitura do capítulo 5 da obra: *Violações dos Direitos Humanos das Mulheres* e busca mostrar como essas ocorrências causam sequelas e provocam impactos psicológicos em mulheres que sofrem agressões de seus parceiros, de amigos ou namorados, de pessoas com as quais elas mantem contato mais próximo e que muitas vezes, não conseguem se defender por não tê-los percebidos como ameaças.

Em síntese, o artigo tematiza a Violência Institucional no que se refere a um dos maiores impactos desse tipo de agressão, a denominada “vitimização”, uma violência ainda pouco discutida, especialmente porque a mulher agredida é que se torna a responsável por tudo o que lhe acontece e conforme define a jurista e professora Maria Helena Diniz (1998) “vitimização é o ato de tornar alguém vítima; ação ou efeito de vitimar pessoa ou grupo”.

Objetiva tratar ainda essa produção científica, sobre a violência feminina no meio judiciário, o que no final, acaba sendo eles próprios os causadores dessa violência institucional. A violência doméstica é vista como um fenômeno complexo, com causas culturais, econômicas e sociais, aliada à pouca visibilidade de muitas mulheres, à ilegalidade e principalmente, à impunidade e a violência doméstica contra mulheres.

Por conta de inúmeros casos de violência feminina, de feminicídios, é que se enaltece o poder e a força física masculina e a história de desigualdades culturais entre homens e mulheres, frutos de papéis estereotipados, que não só legitimam como exacerbam a violência.

1. VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

A violência institucional é aquela que é geralmente praticada por ação ou omissão nas instituições prestadoras de serviços públicos tais como delegacias, hospitais, postos de saúde, escolas, Judiciários etc. Perpetrada

pois, por agentes que deveriam garantir uma atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos.

Na seara da violência institucional, pode ser encontrar desde a dimensão mais ampla, como a falta de acesso aos serviços de saúde e a má qualidade dos serviços prestados, até mesmo como expressões mais sutis, mas não menos violentas, tais como os abusos cometidos em virtude das relações desiguais de poder entre profissional e usuário.

Uma forma, infelizmente, muito comum de violência institucional ocorre em função de práticas discriminatórias, sendo as questões de gênero, raça, etnia, orientação sexual e religião, um terreno fértil para a ocorrência de tal violência. Infelizmente essa violência pouco discutida socialmente, é tão grave quanto as outras formas; e afeta sobretudo as mulheres que são pobres, negras, imigrantes, lésbicas ou transexuais.

Violência como as outras que ataca diversos gêneros, classes de pessoas, pelo simples fato de aparentar uma indefesa. Afirmamos, que não de se estranhar que sinta medo ou até mesmo receio de socorre-se aos órgãos de apoio.

Todavia, essa violência praticada em instituições públicas acarreta alguns dos tipos mais comentados e sofridos por mulheres que são os atendimentos públicos; as recusas em prestar socorro e orientações; ações de forma discriminatória e preconceituosa; e a omissão para os relatos de casos de violência.

Na atualidade, pode-se afirmar que a violência institucional já se tornou habitual no Brasil, a vítima enfrenta um duro sistema jurídico que duvida de sua palavra, o que leva à perda de confiança na polícia, delegacias especializadas e no Judiciário. Uma mulher que tenha sido destrutada no acesso à justiça, por exemplo passa a evitar esse ambiente por ficar angustiada, com medo, já que a violência faz com que essa pessoa reviva constantemente aquela situação, o que “reforça a vitimização”.

2. PROTEÇÃO À MULHER ASSITIDA PELO JUDICIÁRIO

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), vai criar mecanismos jurídicos para coibir e punir a violência doméstica e familiar, tendo como base a Constituição Federal em seu artigo 226, § 8º em que o Estado deve assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram,

criando mecanismo para coibir a violência no âmbito de suas relações. Tendo como base o caput desse artigo, o Estado vai entender que a família é a base da sociedade, nisso o artigo 1º da Lei nº 11.340/2006 resolveu apontar ela como um segmento base da Carta Magna de 1988.

Art. 1º 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, 1988).

Sua estruturação pode ser entendida a partir de três eixos principais de medidas de intervenção: criminal; proteção dos direitos e da integridade física da mulher; e de prevenção e educação. O Título I determina em quatro artigos a quem a lei é direcionada, ressaltando ainda a responsabilidade da família, da sociedade e do poder público para que todas as mulheres possam ter o exercício pleno dos seus direitos.

Com o advento da Lei Maria da Penha, políticas públicas devem ser implantadas pelo Poder Legislativo a fim de garantir eficácia à lei e a integridade das vítimas. A nova lei obriga os Estados a garantir à mulher em situação de violência doméstica ou familiar, proteção policial, quando necessário, comunicando, de imediato, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Obriga também encaminhar a ofendida até o hospital, posto de saúde ou instituto médico legal, fornece transporte para a agredida e seus filhos até local seguro sempre que haja risco de morte. Deve-se colocar à disposição da ofendida agente que lhe forneça segurança para a retirada de seus pertences, sempre que necessário, do local da ocorrência, informando-lhe seus direitos garantidos pela lei ora em vigor.

Logo, as mais altas cortes do país Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendem pela não aplicação do prin-

cípio da insignificância que pode ser considerado uma espécie de tentativa de recuperação da legitimidade do Direito Penal. Nesse caso, nos delitos que envolvem contravenções penais praticados contra a mulher com violência ou grave ameaça em razão do grau de reprovação da conduta.

Súmula 589 do STJ: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. (Súmula 589, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017).

Com isso, os Tribunais Superiores estabelecem alguns requisitos necessários para que possa alegar a insignificância da conduta, sendo, a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Através da Lei Maria da Penha vão ser criados diversos mecanismos de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. O próprio artigo 3º dessa lei, irá assegurar expressamente às mulheres vítimas de violência doméstica as condições para o exercício efetivo do direito ao acesso à Justiça.

Pode-se destacar que a Defensoria Pública, depositou tal encargo de garantir à vítima o acesso ao Juizado de Violência Doméstica, através de um atendimento específico e humanizado. Nisso vemos que sem a garantia efetiva e real de ingresso no Poder Judiciário de nada valeriam as enunciações legais de direitos fundamentais.

Por força das referidas Convenções, o Brasil assumiu o dever de adotar leis e implementar políticas públicas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Sonegar o acesso à Justiça a essas mulheres em situação de vulnerabilidade é condená-las a morte ou ao eterno cativeiro de sofrimento dentro do amargo lar.

3. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A VITIMIZAÇÃO DA MULHER

No Brasil e no mundo, o movimento de mulheres desenvolve esforços buscando estabelecer um elo entre a violência contra as mulheres e os

direitos humanos. Na maioria dos casos vemos a mulher sendo a vítima de sua própria realidade, a qual está inserida dentro de seu cotidiano, seria a chamada “vitimização”. Isso ocorre com uma ação ou o efeito de ser mulher, vítima de uma conduta praticada por um terceiro, por si mesmo, ou ainda por um fato natural, o qual, podemos destacar três tipos de vitimização: Vitimização Primária, Vitimização Secundária e Vitimização Terciária.

3.1. VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA

Quando mulher vítima é inserida nesse âmbito, vemos um fato delituoso ou criminoso em que ocorre na Vitimização Primária, que dessa omissão ou ação do agressor surgem danos tanto nas esferas físicas, psíquica ou moral.

Dessa ocorrência de um fato típico, surge para a vítima o constrangimento físico, psicológico e, muitas vezes, material, dependendo da natureza da infração da relação com o causador do perigo ou até da personalidade da vítima. Logo, que sua consequência pode variar de acordo com o crime, sendo eles, os danos serão Físicos “lesões ou maus-tratos” ou serão materiais “furtos ou roubo”. Pode-se ver as várias consequências desta vitimização, que pode haver um impacto duradouro na vida da vítima.

De imediato vemos que a vitimização primária é que irá dar o início neste processo, pois antes da ocorrência de um dano, certamente não existe vítima. Já destacamos logo, que a vítima pode ser qualquer pessoa de qualquer gênero, mas o maior destaque se encontra no sexo feminino por conta da porcentagem de violências sofridas por marido, companheiro e namorado ou ex-marido, ex companheiro e ex-namorado.

A pesquisa “Violência e Assassinatos de Mulheres” (Data Popular/ Instituto Patrícia Galvão, 2013) revelou que o problema está presente no cotidiano da maior parte dos brasileiros, sendo 54% conhecem uma mulher que já foi agredida por um parceiro e 56% conhecem um homem que já agrediu uma parceira. No contexto atual, deve-se refletir que as taxas de um dado estatístico, no período de 2013 para 2020, vieram crescendo por conta do isolamento provocada pela pandemia da corona vírus e que se encontra neste processo, em quase todos os países.

3.2. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Na Vitimização Secundária também chamada de ‘sobrevitimização’, é quando a mulher vai procurar a tutela do Estado para a solução do problema a qual vivência e que na maioria das vezes acaba afetada pela morosidade da justiça diante dos casos postos para julgamento e também, a total ausência de fiscalização no cumprimento das medidas de proteção que são requeridas, junto a Delegacia ou ao próprio magistrado.

A mulher, quando inserida nesse âmbito, acaba por haver mais julgamento por esses agentes, na maioria das vezes são questionadas, como no caso em que Graciele Dalla Libera, bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; conta alguns casos que ela reviveu no tempo em que estagiou para uma Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher, um desse caso interessante se tratava de um caso de agressão, em que o ex-companheiro desferiu um soco na face da vítima, causando-lhe lesões corporais, em razão de ter descoberto uma traição e contraído o HIV. O juiz, fazendo seu trabalho, condenou o ex- companheiro, mas logo, ao final da audiência, fez a seguinte afirmação que compartilhou entre seus companheiros: “o cara deveria era ter batido mais, isso sim.”

Vê-se através da ilustração, o ataque invisível a vítima. Ela consegue a justiça, mas a justiça fala mal pelas costas dela, o que a deixa com um sentimento de insegurança e impunidade.

3.3. VITIMIZAÇÃO TERCIÁRIA

Já na vitimização terciária, a mulher vítima de violência tenta procurar um amparo ou assistência de seus familiares, que a julgam por suas escolhas, dão brocas como “eu te avisei que ele não presta” ou “você não quis me ouvir antes, agora quer me ajuda!”, ou até ingnorada. Perante essas reações, a vítima passa a se encontrar em uma posição delicada e especial, necessitando de um cuidado mais adequado e especializado, de minimizar e reparar os diversos danos a ela direcionado.

Tanto a vitimização secundária quanto a terciária acontecem frequentemente, causando o distanciamento da vítima para com a justiça, haja vista que ela deixa de acreditar que seu dano será reparado e também

porque muitas são desacreditadas a ingressarem no meio jurídico para pleitear seus direitos.

Assim, nenhum dos tipos de vitimização está vinculado aos outros, ou seja, eles não precisam obedecer a uma sequência cronológica. Como havia sido estabelecido no subtópico que trata sobre a Vitimização Primária, ela que dará início a esse processo, porém deve-se notar que não necessariamente a sobrevivitização precisa vir logo após a primária e, a terciária subsequente à sobrevivitização.

Mediante os fatos expostos, fazemos a seguinte pergunta “expor o fato ao judiciário ou uma outra autoridade competente” ou “deixa-lo de lado”?

Supõe-se que sua resposta seja “deixá-lo de lado”, tem-se a presença das chamadas Cifras Negras. Geralmente ela ocorre durante as vitimizações secundária e terciária, que são as quantidades de crimes que não chegam ao conhecimento do Estado, o que a falta de confiança no sistema brasileiro, por medo de vingança ou até mesmo pelo sentimento de impunidade, que acaba ocorrendo muitas vezes. Mas, devemos analisar o caso, pois não necessariamente a Vitimização Secundária será a causadora da Cifra Negra.

Evidente que a mulher figurada como vítima da violência se encontra em uma posição delicada e especial, necessitando de um cuidado mais adequado e especializado com intuito de minimizar e reparar os diversos danos a ela direcionados.

4. IMPACTOS PSICOLÓGICOS NA SAÚDE DA MULHER

Em 2017, a pesquisa do Instituto Data Senado constatou um percentual de “47% de violência psicológica no Brasil contra mulheres”. De modo semelhante, dados estatísticos da Organização Mundial de Saúde, “apontam que, uma em cada três mulheres no mundo é vítima de violência psicológica” (MARTINELLI, 2014, atualizado em 2019, *on-line*). Pela alta incidência a violência psicológica contra a mulher constitui-se um grave problema de saúde que aflige pessoas de sua individualidade, assim como também, no coletivo, nas diversas classes sociais, motivando a criação de políticas públicas para atender a esta demanda.

Durante os episódios de violência psicológica, a vítima teme pela sua própria vida ou pela sua integridade física. Dentre os problemas associados ao trauma, um deles é evitar horários, locais, situações que de algum modo lembrem o evento traumático. Ao analisar o impacto na saúde psicológica da mulher em um contexto de violência institucional, revela a interconexão existente entre as diversas modalidades de violência e permite enxergar de maneira mais objetiva a relação assimétrica de poder, silenciosa e naturalizada de forma que os seus condutores não atentem e na maioria das vezes nem a vítima percebe que está sendo violentada em seus direitos.

A saúde mental é tratada, no que tange a Lei Maria da Pena, de forma muito abrangente, propõe a "preservação da integridade física e psicológica" da mulher em situação de violência, mas, não estabelece como deve ser realizada a preservação da integridade psicológica. Neste sentido, Schraiber e D'Oliveira (1999) afirmam que mulheres vítimas de violência parecem utilizar mais os serviços de saúde do que a população em geral. Além disto, a violência física, sexual e psicológica tem sido associada com diversos problemas psiquiátricos tais como depressão, ansiedade, fobias, estresse pós-traumático, suicídio, tentativa de suicídio, abuso de álcool e drogas, insônia, exacerbação de sintomas psicóticos, problemas alimentares, depressão pós-parto, transtorno bipolar.

A análise dos documentos relacionados às políticas para as mulheres e os relacionados à saúde mental no Brasil demonstraram que o diálogo entre eles ainda é incipiente. Logo, que nesses documentos de saúde mental, percebe-se uma tentativa de olhar para as mulheres, mas o foco ainda se dá no "portador" de transtorno mental que sofre a violência e não o transtorno como sendo configurado, em grande parte, pelas próprias situações de violência.

As questões de saúde sexual e reprodutiva que incluem a saúde materna, mas não somente ela foi durante muito tempo mantidas fora do escopo das políticas públicas governamentais. Entretanto, podemos ver uma relação à depressão pós-parto, Zanello (2016) critica a forma como ela é analisada e propõe que seja feita uma leitura de gênero da questão. Para a autora, nos últimos dois séculos, houve a construção de um ideal de maternidade e uma associação naturalizante entre a capacidade de procriar (das mulheres) com a capacidade de cuidar (humana).

A cidade de São Luís, localizada no estado do Maranhão fez uma pesquisa no período de 2010–2013 à qual das 1.139 gestantes que responderam ao Questionário de Edimburgo, 12,8% tinham até 19 anos de idade e 12,1% tinham até 8 anos de escolaridade. Mas, no quesito dos sintomas da depressão foram relatados por 19,7% das mães 2 anos após o parto. As taxas de violência psicológica e física foram de 47,3% e 12,1%, respectivamente. Cerca de 20% das mulheres entrevistadas relataram sintomas depressivos moderados durante a gravidez e 27% relataram sintomas graves.

O principal e mais importante achado da presente pesquisa sustenta a evidência de que os sintomas depressivos durante a gestação estavam intimamente associados à violência psicológica e física durante a gestação, contribuindo para o aparecimento de sintomas de depressão pós-parto.

E os impactos dessa ação são muito mais profundos do que se imagina. A violência contra a mulher traz consequências negativas nos âmbitos físico, psicológico e até social. "Os impactos são de grandes ordens", ratifica a professora mestra Maria Fernanda Terra, especialista no tema. "É possível distinguir uma mulher que sofre violência pelo modo como ela anda na rua", comenta.

A vítima, explica a professora, "tem dificuldade de trabalhar, de ter uma relação de amizade, não vai sorrir com tanta frequência. Ela vai ter dificuldades em se relacionar numa sociedade." As consequências são tão fortes que chegam a afetar toda a família. "As crianças sofrem violência quando as mães sofrem violência. Elas podem não apanhar, mas estão vendo as mães sofrerem. Muitas delas voltam a fazer xixi na cama, mesmo com 5 ou 6 anos, têm dificuldade de se desenvolverem na escola, se tornam agressivas, querem fugir de casa", destaca.

Atualmente, com a a pandemia que se alastrou em todos os países no mundo mantendo-os em isolamento do convívio social, houve um balanço nos dados sobre a violência contra a mulher em que o Ministério da Mulher da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), registrou ao todo, em 2020, denúncias de violência contra a mulher 105.671 tanto na central de atendimento à mulher quando do Disque 100. Sendo, 72% (75.753 denúncias) são referentes à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Podemos ver que a violência psicológica mediante a esses dados apresentados, se presencia bastante junto com a violência moral ou sexual, com isso, a Lei Maria da Penha vai criar mecanismos jurídicos para coibir

e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A partir disso, a violência institucional entra afetando o psicológico da mulher tratando-a como uma ‘vitiminha’, em certos casos.

CONCLUSÃO

A Lei nº 11.340 sancionada em 7 de setembro de 2006, batizada como Lei Maria da Penha trouxe um grande marco para a vida democrática de mulheres brasileiras. Há mais de 30 anos, o movimento de mulheres criou um lema “O SILÊNCIO É CUMPLICE DA VIOLÊNCIA“, isso só mostra que a impunidade é cúmplice a violência só evidência que muitos crimes cometidos contra as mulheres continuam impunes. A lei só veio para dar mais voz as mulheres trazendo o aumento das denúncias e dando esperanças para que elas possam construir suas vidas.

A luta das mulheres pelos seus direitos vem a ser algo que tem renome; elas sempre estão em busca de mais oportunidades para que haja igualdade de gênero, pelo que defende o inciso I do artigo 5º da Constituição de 1988 quando traz essa igualdade radical no tratamento entre homens e mulheres. O próprio ordenamento jurídico pátrio proíbe qualquer tipo de discriminação em razão do sexo.

A violência contra as mulheres, no aspecto psicológico, nos faz pensar em várias questões que se forem observadas pelos profissionais que atendem as vítimas, podem contribuir acerca de novos conhecimentos para atendê-las de forma diferenciada, dando uma atenção ao que estas mulheres vivenciam no seu cotidiano familiar. É importante que os profissionais tenham um olhar atento ao que a vítima traz, auxiliando a mulher a perceber esta violência ainda em estágio inicial.

A atuação articulada, intra e intersetorialmente, permite ao Governo Federal consolidar a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, colocando para si os desafios de manter o diálogo com os diferentes atores sociais e consolidar esses avanços nos próximos anos, ampliando o leque de ações de forma a atender a ampla agenda de saúde da mulher.

No período que estamos vivendo estão sendo criado diversas campanhas para que a mulher possa ter assistência ou amparo da justiça, em meio aos caos que estamos vivendo, que veio a se tornar um dos problemas globais. Mas, empresas de renome desenvolveram meios e formas para

alcançar essas vítimas de violência de modo disfarçado, por exemplo, o Instituto Avon lançou por meio de um número de WhatsApp, um serviço de Chat Box (caixa de diálogo) em parceria com a Uber. Por meio desse Chat Box é feito o rastreamento das necessidades da vítima e o nível de risco a que ela está exposta.

Com essa percepção, vemos que as tecnologias e os aplicativos que la nos proporciona estão sendo um dos melhores meios para essas vítimas, tendo um papel bastante eficaz, o que para os olhos de alguns é perigoso, hoje em dia é algo que traz segurança e serve como guia para as pessoas, inclusive para as mulheres que com esses meios inovadores podem denunciar seus agressores.

Contudo, os profissionais devem estar sempre atualizados sobre o assunto. Ainda o profissional de psicologia, tentará resgatar a autoestima da vítima, oportunizando a escutar e assim a valorização da pessoa como um todo. O sofrimento que a violência traz para a mulher desenvolve doenças psicossomáticas das mais variadas como a depressão e despertam alguns sentimentos como medo, revolta e indignação nas vitimas de violência. Entre os fatores desencadeadores da depressão estão os eventos estressores no ambiente doméstico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei** nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (**Lei Maria da Penha**). CAMPOS, Amimi Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula** nº 589.

CHIARA, Márcia De. Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia; denúncias ao 180 sobem 40%. **Uol Notícias**, 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/06/01/violencia-contr-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180-sobem-40.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 10/03/2021.

DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, p. 751; 1998

GARCIA, Janaina. Violência psicológica contra a mulher cresce na pandemia, alerta advogada. **Uol Universa**, 2020. Disponível: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/08/28/violencia-psicologica-cresce-na-pandemia-alerta-advogada-entenda-o-que-e.htm>. Acesso em: 10/03/2021.

GONÇALVES, K. D. Violência Institucional: Impacto na saúde psicológica da mulher. In: SOUZA, E. L. da S.; REIS, G. T. de S.; RIBEIRO, N. A. (org.). **Violência Institucional: Violações dos direitos humanos das mulheres**. 1ª. ed. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2020. cap. 5, p. 100 – 114.

LIBERA, G. D. **A violência institucional contra a mulher**. 2017. Online. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/02/06/violencia-institucional-contra-mulher/>. Acesso em: 20/11/2020.

MENDES, J. R. L. **Violência doméstica e a vitimização da mulher**. 2018. Online. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/violencia-domestica-vitimizacao-mulher/>. Acesso em: 20/11/2020.

RODRIGUES, Nathan. **Violência contra a mulher: quais os impactos psicológicos e sociais?** 2019. Disponível em: <https://www.boavontade.com/pt/dia-dia/violencia-contra-a-mulher-quais-os-impactos-psicologicos-e-sociais/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

SCHRAIBER, L. B.; D'OLIVEIRA, A. F. P. L. Violência contra as mulheres: interfaces com a saúde. **Interface: Comunicação, Saúde, Educação**, v. 3, n. 5, p. 11-26, 1999.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS MULHERES. Saúde das mulheres, direitos sexuais e direitos reprodutivos. **II Plano Nacional de Política para as Mulheres**. Brasília, p 71-95, 2008.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. **Agência Patricia Galvão**, 2013. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org>.

br/violencia/violenacias/violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres/. Acesso em: 10 mar. 2021.

VILELA, Pedro Rafael. Denúncias de violência contra a mulher somam 105,6 mil em 2020. **Agência Brasil**, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-03/governo-registra-105-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulher>. Acesso em: 10 mar. 2021.

ZANELLO, V. **Saúde mental, gênero e dispositivos**. In M. Dimenstein, J. Leite, J. P. Macedo, C. Dantas (orgs.) Condições de vida e saúde mental em contextos rurais (pp 3-14). São Paulo: Editora Intermeios, 2016.

PRODUTOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ESTADO DA BAHIA: ANÁLISE DE CUSTEIO E PROPOSTA DE OTIMIZAÇÃO SISTÊMICA

*Roberto José da Silva*⁸

INTRODUÇÃO

O presente artigo teve como fonte uma monografia de conclusão do Curso de Direito, fundamentado na perspectiva do Direito Penal e da administração pública, na seara da persecução penal, trazendo a luz o cenário do “negócio” Polícia Judiciária da Bahia, seus principais produtos entregues a sociedade, o custeio desses produtos e uma perspectiva de proposta de otimização sistêmica.

A questão central dessa proposta é: o Estado tem custeado de forma otimizada a elaboração de um procedimento de polícia judiciária nos municípios da Bahia? Baseada nesse questionamento, os materiais e métodos dessa proposta perpassam pelo levantamento de dados do quantitativo dos inquéritos elaborados pelo Estado e uma análise de sua relação com o custeio dos servidores. Dessa forma, questionou se o Governo do Estado da

⁸ Licenciado em Geografia e Especialista em Planejamento de Cidades pela UESC (Universidade Estadual de Santa Cruz); Mestre em Geografia Regional pela UFS (Universidade Federal de Sergipe); Especialista em Engenharia de Tráfego; Graduando em Direito pela UNIFTC e especializando em Gestão Pública Municipal pela UESB (Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia).

Bahia tem custeado de forma otimizada a elaboração de um procedimento de polícia judiciária nos municípios da Bahia? É possível otimizar seu custeio, melhorando seus índices de elucidação de crimes? Qual é o negócio (Ciência Policial), do ponto de vista metodológico, da Polícia Judiciária? Como ou em quê esse trabalho deve ser materializado?

Assim, buscou-se como objetivo central desta pesquisa estimar o custo do Procedimento Policial ou dos principais produtos de Polícia Judiciária: do Inquérito Policial – IP, Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO e dos procedimentos relacionados ao adolescente infrator: Auto de Apreensão em Flagrante (AAFAI) e Boletins de Ocorrência Circunstanciados – BOC, trabalhando o Estado da Bahia como um todo, porém, por amostragem, analisando alguns dos principais municípios baianos.

E os caminhos a percorridos, foram norteados a partir dos objetivos específicos visando inventariar dados junto às COORPINS e SSP para compor o banco de informações de procedimentos; confeccionar uma matriz de cálculo para estimar o custo de um procedimento de investigação considerando a estrutura de pessoal (servidores); elaborar um índice que indique o cenário de custeio de um procedimento policial na escala de municípios; construir apontamentos conclusivos que auxiliem o SINDPOC a interpelar o Estado (SSP) no intuito de otimizar o serviço policial de investigação.

Os resultados esperados, de forma geral, é que esse levantamento sirva como ferramenta junto ao Governo do Estado da Bahia, via organizações sindicais, para discretizar a atual forma de custeio do procedimento de investigação e propor mudanças que otimizem (ganho de tempo e informações) esses procedimentos nas cidades que mais demandam.

Nesse sentido, o que nos faz justificar este trabalho de pesquisa é o fazer ciência na seara da Segurança Pública, com foco na atividade de polícia judiciária no Estado da Bahia, entendendo seu essencial papel na persecução penal, considerando que, na maioria das vezes, a denúncia do Ministério Público ou até mesmo a sentença do juiz é fundamentada no trabalho da polícia judiciária.

Dessa forma, para responder o questionamento central, a justificativa dessa proposta e sua respectiva fundamentação teórica trazem os seguintes questionamentos: qual é o “negócio” (Ciência Policial), do

ponto de vista metodológico, da Polícia Civil (ou Polícia Judiciária)? Como ou em quê esse trabalho ou “produto” deve ser sistematizado e compreendido? É nesse sentido que todos os procedimentos de investigação são peças fundamentais no “negócio” de uma polícia judiciária mais eficiente e efetiva.

1. MATRIZ DE CUSTO DO PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO

O custo do processamento de um procedimento de investigação (Inquérito Policial, Termo Circunstanciado de Ocorrências, Boletim de Ocorrência Circunstanciado e Auto de Apreensão de Adolescente em Flagrante) nessa proposta foi analisado, inicialmente, considerando os custos do Estado (valor estimado de salário) com os respectivos cargos públicos de delegado, escrivão e investigador, que juntos compõem o número de servidores. O valor médio de salário de cada função é visualizado como valor estimado de salário, abarcando além do valor bruto, a remuneração líquida (composta por horas extras), 13º salário, 1/3 de férias e gratificação por chefia. Em seguida, é possível visualizar também a porcentagem do salário de cada cargo sobre o valor do custo do procedimento de investigação. A discretização desse valor pode ser observada na tabela 1.

O custo do processamento de um Procedimento Policial (Inquérito Policial, Termo Circunstanciado de Ocorrências e BOC – Boletim de Ocorrência Circunstanciada/AAFAI – Auto de Apreensão de Adolescente em Flagrante) nessa proposta será analisado, inicialmente, considerando os custos do Estado (valor estimado de salário) com os respectivos cargos públicos de delegado, escrivão e investigador, que juntos compõem o número de servidores (N.S). O valor de salário será visualizado como “salário médio” (V.E.S), abarcando além do valor bruto, a remuneração líquida (composta por horas extras), 13º salário, 1/3 de férias e gratificação por chefia. Em seguida, será possível visualizar também a porcentagem do salário de cada cargo sobre o valor do custo do Procedimento ou produto.

A discretização desse valor pode ser observada na tabela 1.

Tabela 1. Matriz de análise de custo por inquérito

Cargo	N.S	V.E.S	V.T.S	N.P	Custo	% do TS	% do Custo
Delegado	-	-	-	-	-	-	-
Escrivão	-	-	-			-	-
Investigador	-	-	-			-	-
TOTAL	-	-	-			-	-

Onde: N.S – Número de Servidores, V.E.S – Valor Estimado de salário, V.T.S – Total dos salários somando todos os cargos e N.P – Número de Procedimentos. Todo o processamento deverá ser executado no *Software Microsoft Office Excel 2016*.

Nessa proposta, a matriz contemplou os dez (10) municípios mais populosos da Bahia: Salvador, Feira de Santana, Vitória da Conquista, Camaçari, Juazeiro, Itabuna, Ilhéus, Alagoinhas, Porto Seguro e Teixeira de Freitas. A Tabela 2, que servirá de parâmetro para o preenchimento da matriz, traz o número médio de inquéritos (estimativa) conforme as faixas de habitantes de um município, sendo esse número (N.P) a ser considerado para o cálculo do custo apresentado na matriz.

Assim, a composição do IC é baseada na soma do peso respectivo a cada classe das três variáveis apresentadas, multiplicadas em seu campo pelos coeficientes. O coeficiente maior (5) considera, na formulação, que o custo do procedimento (CP) em relação ao salário do servidor é um fator de análise de maior impacto no resultado do IC. O coeficiente menor, o SP, com peso 2, demonstra que o número de servidores por procedimento é de menor impacto no IC, já que fatores subjetivos, a exemplo, os níveis de produção de uma delegacia com servidores mais produtivos, pode “camuflar” os dados. Por fim, o peso 3 refere-se ao N.P, que detém de uma tendência de evidenciar a realidade das delegacias de acordo com a população do município e infraestrutura das delegacias. Dessa forma, o IC se organiza da seguinte forma (Equação 1).

Equação 1

$$IC = \frac{(NP \star 3) + (SP \star 2) + (CP \star 5)}{100}$$

100

O denominador com valor 100 foi definido para que os valores do índice variem entre 0 e 1, sendo os valores próximo a 1 uma indicação de maior custo de confecção de um procedimento de investigação. Muito elevado >0,9. Elevado >0,7. Regular >0,5. Baixo >0,3. Muito baixo >0.

2. O MODELO DUAL E ANACRÔNICO DE POLÍCIA NO BRASIL

As polícias são responsáveis pelo exercício de dois tipos de funções: a administrativa e a judiciária. As funções administrativas, materializadas pela vigilância, são exercidas com altos níveis de discricionariedade, ou seja, os policiais têm uma liberdade de ação maior, embora limitada pela lei. Segundo o autor, a polícia exerce suas funções administrativas considerando a conduta criminosa “potencial” de cada pessoa: é sua obrigação observar atentamente a população a fim de prevenir a criminalidade, define Kant de Lima (1995).

O referido autor, ainda afirma que as funções judiciárias, basicamente materializadas pelas funções de polícia judiciária, são exercidas com menor ou nenhuma liberdade de ação pelos policiais, já que atuam sob o controle direto do sistema judicial. Ou seja, a polícia, no exercício de suas funções judiciárias, leva em consideração a conduta criminosa “real” dos indivíduos: são atividades de apuração dos fatos

A Constituição Federativa do Brasil de 1988, em seu Artigo 144 estabelece seis diferentes tipos de instituições policiais para a execução distintas de suas atividades, a Polícia Federal, PRF – Polícia Rodoviária Federal, PFF – Polícia Ferroviária Federal, Polícia Penal Federal, estas no âmbito federal e as polícias estaduais: Polícia Militar e Polícia Judiciária ou Polícia Civil, além da Polícia Penal Estadual e Federal, criadas recentemente pela Emenda Constitucional (EC) 104, que pelo texto, os quadros da nova corporação serão compostos pela transformação dos cargos dos atuais agentes penitenciários e equivalentes. Dessa forma, todas as instituições policiais fazem parte do Poder Executivo de qualquer um dos governos federal ou estadual.

Assim, vamos focar nossa atenção ao Modelo Estadual de Polícia, por ser de fato responsável pela preservação da lei e da ordem dentro dos Estados, em suas respectivas funções, a Polícia Militar e a Polícia Civil ou

Polícia Judiciária, entretanto é importante destacar, que nos Estados Democráticos de Direito mundo afora prevalece o **modelo de polícias de ciclo completo**, adotado na Europa, América do Norte e América do Sul, com exceção de três Países no mundo: **República de Cabo Verde, República Guiné-Bissau e Brasil**, todos os outros demais adotam o ciclo completo para as suas polícias, segundo Franco (2015).

Essa dualidade anacrônica de polícia no Brasil entre polícia ostensiva/polícia investigativa foi fixada pela Ditadura Militar em 1969, entretanto, nos Estados Democráticos de Direito mundo afora prevalece o modelo de polícias de ciclo completo, adotado na Europa, América do Norte e América do Sul, com exceção de três Países no mundo: República de Cabo Verde, República Guiné-Bissau e Brasil, todos os outros demais adotam o ciclo completo para as suas polícias. Segundo destaca Franco (2015), em quase todo o mundo os órgãos policiais executam suas atividades em ciclo completo de polícia, ademais, poucas exceções se apresentam.

É importante enfatizar que essa dualidade polícia ostensiva x polícia investigativa tornou-se foco crônico de ineficiência na atuação do Estado na provisão da segurança pública no Brasil, segundo pensamento predominante entre os pesquisadores de violência e criminalidade, assim verificam-se conflitos crônicos na definição de competências e na distribuição de recursos orçamentários; desarticulação da ação operacional; integração das polícias é mais a exceção do que a regra.

3. A INOPERÂNCIA INVESTIGATIVA

Segundo o IPEA/FBSP (2019), as taxas de esclarecimento dos crimes letais, com exceções raras e alguma variação expressiva entre estados, ou sequer são conhecidas e divulgadas, ou são pífiyas. Eis um exemplo tão expressivo quanto infausto: no estado do Rio de Janeiro, o Instituto de Segurança Pública, órgão oficial da secretaria estadual de segurança responsável pela produção de dados, divulgou em dezembro de 2006 que a polícia civil esclarecia (isto é, investigava com sucesso, identificando autoria) apenas 1,31% dos homicídios dolosos.

Por sua vez a ENASP (2012) na Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública, do Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país, referente aos inquéritos

de homicídios instaurados no Brasil, até 31 de dezembro de 2007, documento este publicado em 2012, destaque que o **índice de elucidação de crimes letais intencionais contra a vida no Brasil, não passa de 5%**. Números extremamente baixos, se levarmos em conta que cerca de 95% desses hediondos crimes letais intencionais contra a vida ficam impunes, ou seja, o Estado, nem sequer consegue identificar seu autor, quanto mais levar o mesmo ao Tribunal do Júri, cujo percentual é ainda menor, mas essa discussão será palco de um outro estudo.

Por sua vez, o IPEA (2015), confirma o que foi constatado pela ENASP, em seu Relatório de Pesquisa relativo à Aplicação de Penas e Medidas Alternativas realizado em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual teve a participação de diversos pesquisadores em todas as suas etapas, afirma que no Brasil, apesar de a legislação indicar a necessidade de instauração de inquérito policial sobre todas as notícias-crime, na prática, não é bem isso o que acontece em uma delegacia de polícia. Nem todas as notícias de crime se convertem em BO (Boletim de Ocorrência) e nem todas as ocorrências são transformadas em Inquéritos Policiais.

Fatores ligados à repercussão do crime e ao status social das vítimas contribuem significativamente para a instauração dos inquéritos, mas, de forma geral, a lógica de seleção dos casos refere-se muito mais à necessidade que os delegados e agentes de polícia têm de administrar o volume de trabalho. Assim, havendo informações suficientes no BO (Boletim de Ocorrência), instaura-se inquérito sem a realização de investigação. Do contrário, arquiva-se a ocorrência. Portanto, a investigação criminal não é uma regra, mas uma exceção, conforme pode-se observar na tabela abaixo.

Tabela 2. Varas Criminais, Inquéritos instaurados no Brasil

Origem Processo Penal	Percentual %
Flagrante (Auto de Prisão em Flagrante)	59,2%
Portaria	34,8%
Outro (representação, de ofício da Autoridade Policial, etc)	6%
Total	100%

Fonte: IPEA (2015)

Adaptado por: Roberto José da Silva

Verificando o conjunto dos processos analisados nesta pesquisa, constata-se que 59,2% deles foram instruídos por um inquérito instaurado a partir

da prisão em flagrante dos suspeitos e 34,8% a partir de inquéritos iniciados por portaria. Além disso, em 6,0% dos casos os acusados já se encontravam presos por motivos alheios ao processo. Ou seja, em 64,4% dos processos analisados os acusados já se encontravam presos no momento da instauração dos inquéritos policiais. Por fim, “a ausência de eficiência na persecução penal e a consequente impunidade são fatores que contribuem para o aumento do número de homicídios” (grifo nosso), vaticina a ENASP (2012).

4. O NEGÓCIO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA E SEUS PRINCIPAIS PRODUTOS ENTREGUES A SOCIEDADE

Para a Ciência Policial é na investigação que se registram os fatos os enquadrando dentro de uma classificação de crime, a partir de sua interpretação pessoal, traduzindo, portanto, um fato social em um fato jurídico, ou não, e os constroem nas formas escritas de registro de boletim de ocorrência a polícia participa de um processo de universalização de individualidades na categorização de fatos sociais em crimes, equalizando fatos tidos como iguais em uma categoria penal, por outro, o campo jurídico individualiza leis e categorias jurídicas universalizantes ao julgar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade de cada caso.

Considerando que o Estado tem a obrigação de propor a ação penal, sem poder desistir dela, e dele é o processo penal, e sua função é a de acusar, ao acusado cabe contradizer a acusação como forma de defesa, ou seja, uma necessária confrontação de partes e de teses opostas. Esse princípio constitui parâmetros jurídicos e normativos de elaboração de provas no processo penal. O contraditório acaba por impor uma lógica de uma relação necessariamente competitiva e conflituosa a qual só se interrompe através de uma autoridade externa às partes (juiz), que lhe dá fim e declara uma tese vencedora e a outra, vencida.

Michel Misse (2016) verificou que estes são preenchidos de forma deficitária, considerando o grau de aproveitamento e importância que eles possuem para a investigação. O pesquisador indica que durante o registro de ocorrência “muita informação é desperdiçada, seja por falta de vontade de escrever, por falta de condições para investigar, por convicções a respeito do que é relevante e o que não é”.

Sobre esta é importante frisar que o preenchimento correto de um boletim de ocorrência policial possui suma importância para a investigação e via de regra devem constar os quesitos “o quê? ”, “quando? ”,

“onde? ”, “como? ”, “quem? ” e “por quê? ”. Entretanto, como bem observou o pesquisador, vários podem ser os motivos de não se encontrarem tais quesitos ou de não estarem satisfatoriamente preenchidos e o motivo ou justificativa mais usual está relacionada à demanda x efetivo, onde determinadas delegacias possuem um altíssimo número de atendimentos e um baixo quadro de escrivães de polícia.

5. RESULTADOS, DISCUSSÃO E PROPOSTAS

A partir do resultado e da discussão, será possível construir um panorama diagnóstico da efetiva situação da produtividade da Polícia Civil da Bahia, fazendo uma referência especial as dez cidades mais populosas do Estado, citado uma a uma um quadro diagnóstico, posteriormente evidenciando cidades de uma Coordenadoria Regional de Polícia, a ser escolhida de forma aleatória, dentro da proposta metodológica, e, por fim gerar o quadro diagnóstico do Estado da Bahia como um todo, verificando o efetivo custo de um procedimento policial, incluindo os três itens e eles separadamente.

Dessa forma, com um quadro diagnóstico devidamente desenhado, será possível, apresentar uma proposta ao Governo do Estado da Bahia, visando otimizar recursos, e melhorar o desempenho da Atividade Policial, no tocando a investigação, visando aumentar os índices de elucidação de crimes, numa proposta de curto, médio e longo prazo.

Segundo os dados, é que o volume de procedimentos detenha uma relação direta com o número de habitantes. Assim, Feira de Santana (4.026) e Vitória da Conquista (3561) despontam como as cidades que apresentaram acima de 2.000 procedimentos no ano. Vitória da Conquista, devido à configuração geográfica baseada numa centralidade regional do Sudoeste do Estado (mesmo com metade da população quando comparada a Feira de Santana), apresenta um elevado número de procedimentos, com destaque para o número de TCO's. Os municípios da “segunda faixa” de procedimentos são as outras centralidades regionais do Estado, acima de 1000 procedimentos no ano, sendo o padrão geral possuírem acima de 150.000 habitantes (com exceções de Itapetinga (1456), Senhor do Bonfim (1156) e Guanambi (1082).

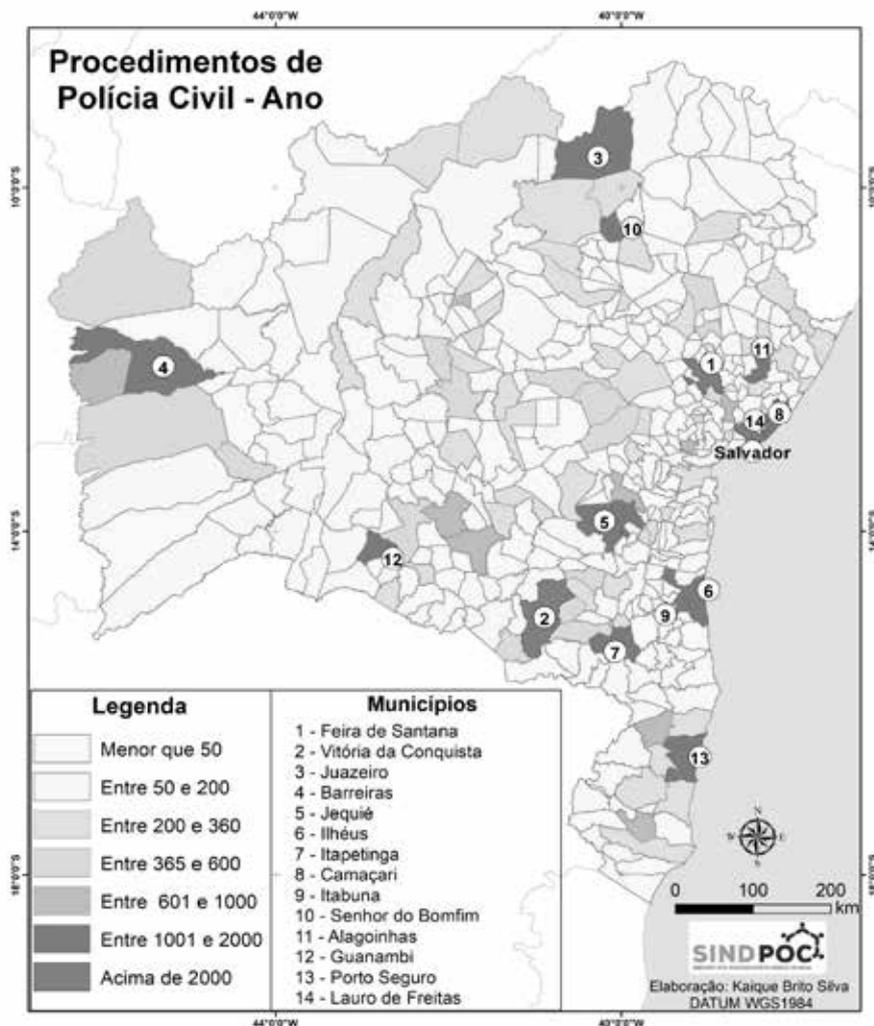


Figura 1. Procedimentos de Polícia Civil por Municípios: Mapeamento de 0 a menos de 2000 procedimentos em 2018.

Fonte: SGE (Sistema de Gerenciamento de Estatística).

A ausência de políticas públicas, com destaque para o policiamento preventivo e a vulnerabilidade socioeducativa são fatores que também determinam esse comportamento de dados. O principal exemplo, Itapetinga, 7ª cidade na classificação das cidades com maior número de procedimentos, divide uma área urbana que o IBGE classifica como distrito, de aproximadamente 15.000 habitantes que é conurbada coma cidade de Itororó

(25.000 hab), dando elasticidade a sua área de responsabilidade policial, e consequentemente mais procedimentos instaurados e remetidos.

A respeito do mapeamento das Unidades de Polícia Judiciária nos municípios que produziram no ano de 2018, de zero a menos de 50 procedimentos ou produtos de Polícia Judiciária, ficou num universo de 160 municípios, o que corresponde a 38,4% dos municípios baianos. Por sua os municípios que produziram entre 50 a 200 procedimentos estão num universo de 166, o que corresponde 39,8, entretanto juntando estes dois segmentos, ou seja as unidades municipais que produziram em 2018 de 0 a 200 procedimentos, perfazem um total de 78,2% dos municípios do Estado da Bahia.

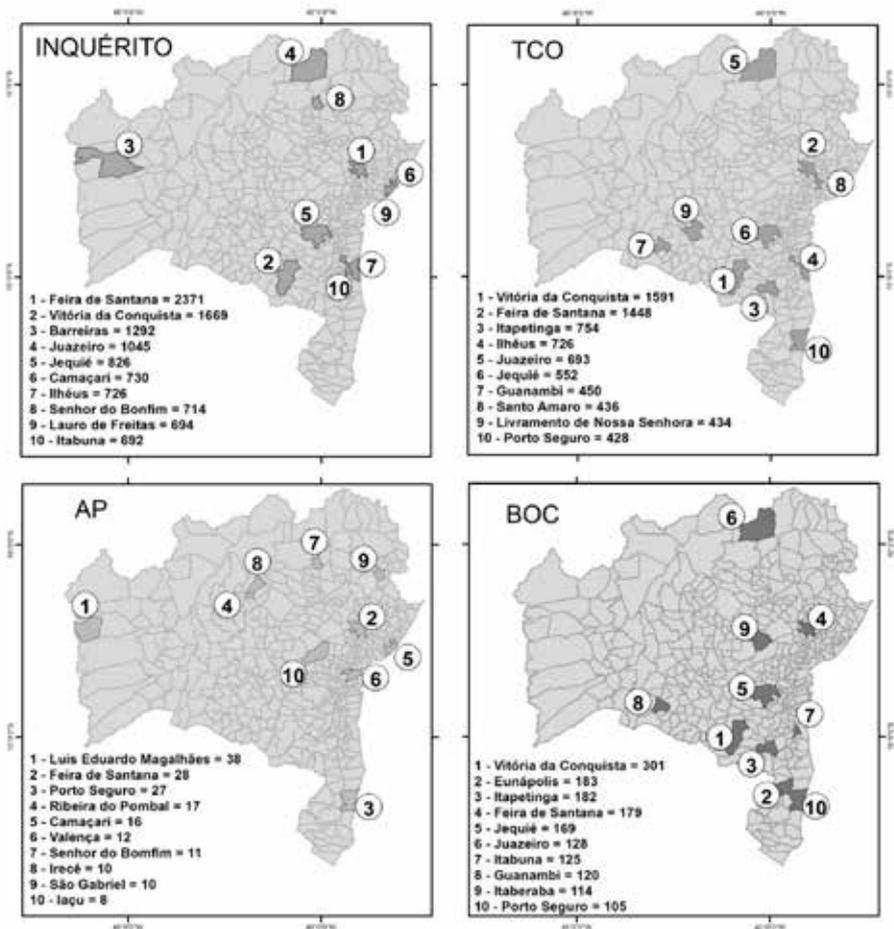


Figura 2. Discretização dos procedimentos por municípios
 Fonte: SGE (Sistema de Gerenciamento de Estatística).

5.1. CUSTO DO PROCEDIMENTO E ÍNDICE DE CUSTO

De forma geral, o custo do procedimento no Estado da Bahia para o ano de análise dos dados (2018) foi de R\$ 11.761,78. Esse valor é baseado na relação do número total de procedimentos (105.170) entregues a sociedade, com e sem autoria e o custo total, levando-se em conta todo orçamento executado, com custeio em combustível, aluguel de viaturas, compra de material de expediente, contrato de funcionários terceirizados, contas de água, energia elétrica, material de consumo, dentre outros, no período em tela.

Nesse contexto, cabe frisar que existe um custo paralelo a essa análise que a o custeio com os laudos técnicos científicos confeccionados pelo Departamento de Polícia Técnica Científica da Bahia – DPT. Sabe-se que esse custo necessita de um detalhamento futuro, entretanto, já é possível afirmar que o custo total de um procedimento de polícia judiciária, envolve o trabalho técnico-científico, o que sempre resultará na elevação final do custo. Mas de forma geral, na tabela 3, abaixo, trazemos o custo total.

Tabela 3. Custo do Estado com a Polícia Judiciária Baiana em 2018

	Pessoal e encargos	Outras despesas correntes	Investimentos	Total
Polícia Judiciária	R\$ 825.799.000	R\$ 117.907.000,00	-	R\$ 943.706.000,00
Departamento de Polícia Técnica	R\$ 257.075.000	R\$ 35.621.000	R\$ 200.000	R\$ 292.986.000

Total: R\$ 1.236.692.000

Fonte: Dados Saeb.

Esta pesquisa conseguiu levantar os dados dos nove maiores municípios baianos, com exceção a Salvador, sobre o efetivo de servidores e suas respectivas produtividades. Dessa forma, levando-se em conta o salário médio do servidor efetivo do policial civil no Estado da Bahia foi no ano 2018 de R\$ 6.048,14, que segundo a SAEB (Secretária de Administração de Estado), temos o quadro abaixo, que traz como matriz de análise o custeio do Produto de Polícia Judiciária, aqueles efetivamente entregues a sociedade com e sem autoria e sua relação com custo de seu efetivo policial nas nove maiores cidades do Estado.

Outrossim é importante dizer que esse salário médio, é apenas para fins metodológicos de verificar o custeio, pois na verdade, quando dividimos por categoria de Delegados, Escrivães e Investigadores, o salário médio de um delegado, incluindo substituição, horas extras, dentre outros, chega a quatro vezes mais que um salário de escrivão/investigador, havendo uma verdadeira disparidade dentro da instituição.

Assim, a cidade que despontou com o maior custo de um procedimento, levando em conta apenas o custeio com funcionários efetivos de carreira policial, escrivães, investigadores e delgados, foi Itabuna. A mesmo foi quem apresentou o maior valor por procedimento, de R\$ 9.098,00. Esse custo elevado é uma tradução da realidade produtiva do município, que conta com um grande número de servidores, entre as cidades pesquisadas, mas é apenas a 5ª em número de produtos, dentre as nove maiores cidades, isto é, de procedimentos de investigação.

O menor custo foi apresentado por Vitória da Conquista, sendo R\$ 2.140, cada procedimento, seguido de Jequié a um custo de R\$ 3.201,00 cada procedimento, cidade esta que detém de um efetivo menor quando comparada a Itabuna e Ilhéus, por exemplo, mas apresenta um considerável nível de procedimentos remetidos durante o ano, principalmente os Termos Circunstanciados de Ocorrência Policial. Essa elevada produção é o tendencial de um preço menor na análise (tabela 4).

Tabela 4. Custo do procedimento investigativo por município

Cidade	Delegados	Escrivão	Investigador	Proced. Ano	Custo (\$)
Feira de Santana	26	57	137	4151	4.167
Vitória da Conquista	19	16	70	3858	2.140
Camaçari	14	15	90	1170	7.997
Itabuna	19	28	87	1158	9.098
Juazeiro	15	24	73	1872	4.704
Lauro de Freitas	15	12	68	1062	7.033
Ilhéus	15	22	81	1537	6.036
Jequié	10	12	41	1547	3.201
Teixeira	12	12	29	946	4.405

Fonte: SGE/PCBA

Significa dizer, que quando analisamos o custo geral, levando em conta as outras variáveis desse custeio, como aluguel de viatura, energia elétrica, gasolina, água, terceirizados, o custo aumenta consideravelmente. Pode-se inferir também que nas cidades pequenas e médias em que a produtividade é extremamente baixa, como por exemplo nas cidades que produzem menos de um procedimento por dia, conforme figura 2, em que são 78,2% no Estado da Bahia, o custo por procedimento é infinitamente maior, ou seja, porque se tem um efetivo somando a uma estrutura disponibilizada para uma demanda infinitamente menor, com relação as cidades com maior adensamento populacional.

O IP na formulação do Índice de Custo apresenta o maior peso de cálculo justamente por ser o produto que demanda de um maior tempo, custo e, muitas vezes, criatividade por parte dos policiais civis. Dessa forma, a porcentagem de IP acima de 50% do total de procedimentos demonstra o nível de complexidade de trabalho dos servidores nas cidades analisadas. O Índice de Custo, que considera em sua metodologia não só o IP, mas também a quantidade de servidores em relação aos procedimentos, revelou o seguinte resultado (tabela 5).

Tabela 5. Valores do Índice de Custo

Cidade	Proced/ Servidores	Proced/Mês/ Serv	IP (%)	★ 3	★ 2	★ 5	Índice
Feira de Santana	18,8	1,5	58	10	7	10	0,94
Vitória da Conquista	36,7	3,0	48	10	10	7	0,85
Camaçari	9,8	0,8	63	7	5	10	0,81
Itabuna	8,6	0,7	63	7	5	10	0,81
Juazeiro	16,7	1,3	37	10	7	5	0,69
Lauro de Freitas	11,1	0,9	65	5	5	10	0,75
Ilhéus	13,0	1,1	4	10	7	7	0,79
Jequié	24,5	2,0	53	10	10	10	1
Teixeira de Freitas	17,8	1,5	52	7	7	10	0,85

Fonte: SGE/PCBA.

Jequié é a cidade com maior Índice de Custo: 1. O cenário dos dados indica que há um menor efetivo em relação ao número de procedimentos de investigação remetidos, além de uma porcentagem acima de 53% de Inquéritos em relação à confecção de TCO's, BOC's e AP. Nas três variáveis arbitradas para a composição do IC, a cidade recebeu peso máximo, ou seja, os níveis de produção na investigação necessitam de mais agilidade por parte do efetivo policial. Já Itabuna, com índice de 0,81, é a cidade com maior efetivo disponível para a investigação, entretanto, essa variável é balanceada com a maior porcentagem registrada de I.P. (Inquérito Policial).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguindo as boas práticas em países que tiveram êxito na melhora dos índices de elucidação de crimes, principalmente os letais intencionais contra a vida, é importante criar um Manual de Investigação, com base o “*Murder Investigation Manual*”, que propõe roteiros de investigação, introduzindo procedimentos operacionais para melhorar o desempenho da investigação (*Association of Chief Police Officers*, 2006).

É importante ainda promover, estruturar e qualificar as ações para melhoria dos serviços prestados ao cidadão. Assim como implementar ferramentas estratégicas para estruturação, orientação, sistematização, priorização, monitoramento e revisão das metas e ações estratégicas, de modo a fomentar e maximizar os resultados desejados.

Promover a capacitação, conscientização, motivação, participação e interação dos membros da Polícia Civil do Estado da Bahia, implementando ainda sistemas de inquéritos e processos internos eletrônicos com vistas a melhorar consideravelmente a celeridade dos processos, tanto pela eliminação das cargas, quanto pela melhor organização de fluxos de trabalho.

É preciso repensar o modelo de cargos e funções dentro da Polícia Judiciária Baiana (PCBA), assim como fez o Estado do Ceará, fundir os cargos de Escrivão e Investigador de Polícia, no Oficial de Polícia Judiciária (OPJ), visando otimizar ações e decisões no âmbito de investigações de menor potencial ofensivo, alcançando dezenas de cidades baianas, que

hoje não contam com Delegados de Polícia, tendo deficiências serias na condução das investigações e perseguição criminal.

Atualmente, por exemplo, em uma delegacia plantonista tem no mínimo, pra funcionar, um delegado, um escrivão e três investigadores. Com o OPJ, haverá um delegado e quatro oficiais de polícia judiciária, ou seja, a unificação das funções. Assim, os atuais cargos de escrivão e investigador possuem os mesmos requisitos de investidura, nível de escolaridade, salário e possuem grande parte das atribuições em comum.

Atualmente, a Bahia possui 1.022 escrivães de polícia e 3.802 Investigadores de Polícia. Com o OPJ serão ao todo 4.824 servidores com atribuições para investigação cartorária e de rua, registro de ocorrências, apreensão de objetos, lavratura de termos, autos e boletins de ocorrências, trabalhos de inteligência, entre outros, o que tornará mais eficiente os recursos e as ações, podendo inclusive realocar delegados pra cidades com maior população e índices criminais.

As demais cidades baianas, pesquisadas, possivelmente compartilham do mesmo cenário, com efetivos reduzidos para o processo de investigação. A flexão final é a necessidade de pensar para viabilizar uma atividade investigativa eficiente, repartindo as atribuições que hoje se encontram monopolizadas no cargo de delegado de polícia, deve-se optar pela desconcentração, uma das características da administração gerencial. Tal condição é de suma importância para trazer agilidade a investigação, possibilitando assim a aplicação de princípios operacionais da investigação policial.

Por fim, precisamos identificar áreas em que há alocação desnecessária de serviços e direcionar áreas com maiores demandas de servidores, para assim, trabalhar num prisma da otimização sistêmica. As funções podem ser intercambiadas, devem mudar as carreiras pra tornar mais eficientes, fundindo carreiras, os servidores querem desafios, novas oportunidades de crescer, daí a oportunidade da criação do Oficial de Polícia Judiciária – OPJ, fundindo e dando as carreiras de Escrivão e Investigador, uma nova dinâmica junto a Polícia Civil do Estado da Bahia, isso para atender as novas demandas da sociedade, constante e crescente, que é absolutamente dinâmico, muda ao longo do tempo e do espaço.

Assim, não precisamos engessar o serviço público de Polícia Judiciária, mas tornar a gestão mais eficiente e efetiva. Então é importante mencionar que o mau serviço é culpa do modelo de gestão, cuja consequência

é um péssimo serviço prestado a população, a qual é a maior prejudicada. Dessa foram, é preciso trazer o servidor de polícia judiciária para o debate, ele quer mudança, ele quer desafios, ele quer prestar um serviço melhor, entretanto também quer valorização profissional.

O que de fato, faz-se necessário para uma Polícia Judiciária eficiente é INOVAÇÃO, a partir de uma REENGENHARIA, modernizando os sistemas e adequando as novas demandas sociais e políticas. Nesse sentido, se tem uma certeza, a Atividade de Investigação Criminal e Inteligência Policial é ciência, onde requer conhecimentos multidisciplinares: interdisciplinares e transversais. Estamos no Século XXI, mas a Polícia Civil ainda está no século XIX, quando a mesma foi criada. Então, imaginemos uma empresa nos dias atuais funcionando como se estivéssemos no século XIX, será que essa empresa seria eficiente e competitiva?

Por outro lado, o futuro da eficiência no setor público está no uso inteligente dos dados. Então façamos o seguinte questionamento: como utilizar soluções tecnológicas de análise de dados para garantir ganho de eficiência, de produtividade, e oferecer respostas mais rápidas e assertivas na solução de problemas? Essas são questões levantadas por diversas organizações privadas, e a busca por resultados.

A falta de uniformidade entre as regiões do Estado é explicada pela atual e ineficiente divisão estrutural da Polícia Civil da Bahia, que promove um certo grau de incompatibilidade operacional entre o investigador e o escrivão, além de sobrecarga aos (as) delegados (as), evidenciando um modelo defasado de cargos e funções na corporação que implica na produtividade e custos dos expedientes de investigação policial.

REFERÊNCIAS

ACPO (Association of Chief Police Officers); CENTREX (Helping to Develop Policing). **Murder Investigation Manual**. Londres, 2006. Disponível em: < <http://library.college.police.uk/docs/APPREF/murder-investigation-manual-redacted.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

ANDRADE, Scheilla Cardoso Pereira de. **Polícia Bipartida: uma reflexão sobre o Sistema Policial Mineiro**. Dissertação (Mestrado em

Administração Pública da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro), Belo Horizonte, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. José Bushatsky. São Paulo: Martin Claret, 1978.

BRANDAO, P.; CEPIK, M. (Orgs.). **Inteligência de segurança pública: teoria e prática no controle da criminalidade**. Niterói: Impetus, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (DENISP). Brasília, 2014.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional nº 423/2014**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=93A519BDB32DF8EE2869FD5C6238E79B.proposicoesWeb1?codteor=1270494&filename=PEC+423/2014. Acesso em: 15 Nov. 2019.

CALDEIRA, T.P. do R. **Cidades de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução: MONTEIRO, H.; DE OLIVEIRA, F. São Paulo: EDUSP, 2000.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; JÚNIOR, Almir de Oliveira. Novos padrões de investigação policial no Brasil. **SCIELO, Soc. Estado**. v. 31, n. 1. Brasília, jan-abr. 2016. Acesso em: 26 nov. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922016000100147>.

ENASP (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública). **Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação**

de homicídios no país. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. 84 p.

FRANCO, Diogo Botelho. **Polícia e Sociedade**: de como a dicotomia civil-militar incapacita os organismos políticos na proposição de soluções factíveis ao aprimoramento da Segurança Pública no Brasil – a busca do Ciclo Completo de Polícia. Conteúdo Jurídico: Porto Alegre, 2015. Acesso em 26. Nov. 2019. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj052632.pdf/consult/cj052632.pdf>>

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2004.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Violência e segurança pública em 2023: cenários exploratórios e planejamento prospectivo. Helder Rogério Sant’Ana Ferreira, Elaine Coutinho Marcial – Rio de Janeiro: Ipea, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Atlas da violência 2019. Rio de Janeiro, 2019.

KANT DE LIMA, Roberto. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro**: seus dilemas e paradoxos. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MISSE, Michel. **Violência e teoria social**. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro. Vol.9, n 1, JAN-ABR 2016, p.45-63.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO: INSTITUTOS DE INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES POLICIAIS NO COMBATE AO CÍBERCRIME NO BRASIL

*Alexandra Fonseca Rodrigues*⁹

*Irann de Almada Cordeiro*¹⁰

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a apresentar um dos institutos mais recentes de persecução penal que o direito apresenta no combate ao *cíbercrime*: a infiltração virtual de agentes. Através de uma análise bibliográfica a diversos autores que desenvolveram sobre as características desse modo de produção probatória e, também, trabalhos que se relacionam com o direito penal e o direito digital, expor a importância que a infiltração virtual representa em relação aos novos meios de persecução penal usados no combate à criminalidade no ambiente virtual.

Em um primeiro momento, será analisada as relações entre a tecnologia e o direito e como esse ambiente virtual é dividido, a fim de construir

9 Mestra em Direitos fundamentais pela Unama. Especialista em Direito Processual pela Unama. Professora de Direito Penal e Processo Penal da Unama. Assessora judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

10 Graduando em Direito da UFPA.

uma noção prévia sobre o substancial mundo da internet e as implicações trazidas aos indivíduos na sociedade. Desse modo, utilizando como base trabalhos de áreas além do direito e a própria legislação existente, desenvolver a importância das normas relacionados a tecnologia.

Em seguida, explanar sobre os crimes que ocorrem no ambiente virtual, bem como o modo que esses ocorrem e os meios que o direito dispõe para o combate às ilegalidades que ali ocorrem. Além da análise bibliográfica, apresentar um brevíssimo estudo de caso, a fim de apresentar como a atuação criminosa nos ambientes virtuais traz consequências no meio social.

Por fim, desenvolver sobre os principais aspectos da infiltração virtual, suas previsões legais e como esse instituto é aplicado, dentro de suas finalidades estabelecidas em lei. Também, observar como tal instituto é importante no combate ao crime, principalmente os de caráter delicados e complexos que ocorrem virtualmente. Analisando as legislações que normatizam esse instituto, trabalhar suas características, apontando sua grande importância no que se refere ao desenvolvimento de novos modos de monitoramento e contenção do infrator.

1. TECNOLOGIA E DIREITO

Indiscutivelmente, a tecnologia ganhou espaço de suma importância para a vida cotidiana dos indivíduos na contemporaneidade e trouxe consigo diversos benefícios para todos aqueles assistidos por ela. A tecnologia viabilizou atividades, facilitou o acesso à informação e simplificou a comunicação entre indivíduos, tornando-se símbolo para a modernidade.

A tecnologia, por ocupar espaço tão importante na sociedade contemporânea, acaba por encontrar e se juntar cada vez mais intimamente com o direito. Martinez e Scherch (2020), afirmam que tal afunilamento entre o direito e a tecnologia ocorre na medida que a tecnologia participa mais da vida pública e da vida privada dos indivíduos. Essa interferência da tecnologia ocorre em diversos âmbitos os quais a tecnologia é partícipe, desde o acesso à internet até a inteligência artificial. Desse modo, o direito, como um dos fenômenos que se manifesta através das normas, deve, em tese, acompanhar todo momento histórico e o surgimento de novas ações trazidas e aperfeiçoada com o passar das eras para poder exercer seu papel de redigir normas de conduta para que a sociedade não perca o controle e para que se prevaleça o bem comum, tendo os indivíduos seus direitos preservados.

1.1. A INTERNET E SUAS CAMADAS

A internet, com o passar do tempo, foi se modernizando e, na medida dessa modernização, foi se tornando cada vez mais complexa ao adquirir novas funcionalidades e ao ampliar sua capacidade, sendo classificada de acordo com diversas pontuações e conceituações feitas pela doutrina específica. Nesse sentido, Barreto e Santos (2019), afirmam que “para a doutrina, a internet é constituída de várias redes [...]”. Assim, doutrinariamente, podemos classificar a internet em dois níveis: *surface web* e *deep web*.

A *surface web* – em português, rede superficial – é uma arquitetura de redes formadas por cliente/servidor onde são encarregados de prover diversos tipos de serviços, através da internet, aos seus respectivos clientes. É na *surface web* que se localizam os serviços de *e-mail*, *streaming*, arquivos e armazenamentos, utilizados diariamente por pessoas físicas e jurídicas (BARRETO; SANTOS, 2019).

Essa camada mais superficial da internet, porém mais conhecida, possui uma facilidade de acesso, bastando ter um dispositivo com acesso à internet e um navegador apropriado. Nela, como supracitado, se hospedam serviços utilizados quase que em todos os momentos para diversas finalidades.

Já a *deep web* – em português, rede profunda – possui um significativo tamanho e possui uma vasta camada de informações, arquivos e dados, onde os motores de busca convencionais possuem imensa limitação para apresentar resultados de buscas nessa camada da rede (BERGMAN, 2001). Mesmo possuindo uma considerável gama de informações, dados e arquivos, não hospeda serviços utilizados convencionalmente, já que a complexidade de sua rede é significativamente maior em relação aos sites e aos serviços hospedados na *surface web*. Como já afirmado, os buscadores ou motores de busca como Google e Yahoo limitam-se a apresentar resultados indexados nessa camada da rede.

Segundo Vignoli e Monteiro (2020), a *deep web* possui uma vasta quantidade de material e informações, inclusive materiais que cruzam a linha da criminalidade, porém os conteúdos dessa camada mais profunda da internet permanecem ocultos, mesmo que podendo ser localizados e indexados em definitivo.

1.2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A INTERNET

A legislação pioneira no que se refere a normatização ao acesso à internet é a Lei nº 12.965/2014, conhecida como marco civil da internet. A lei estabelece “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (BRASIL, 2014)”. O marco civil da internet não foi o único dispositivo legal instituído para a matéria do direito na internet, em 2012, foi sancionada a lei 7.737/2012, conhecida como lei Carolina Dieckman, que tipificou 3 novos tipos penais envolvendo crimes cibernéticos; e, mais recentemente, em 2018, foi sancionada a Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, que regula sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Ainda há avanços específicos nas legislações que atualizam intitutos para poder adequar e dar instrumentos de persecução penal condizentes com a realidade atual. Estes avanços ocorrem de forma gradativa, mais são importantíssimos para o desenvolvimento e a garantia de direitos, mesmo nos ambientes virtuais. Apesar das legislações específicas de regulamentação da internet serem recentes, o ordenamento jurídico brasileiro já tratava das questões das infrações cibernéticas antes mesmo da internet ser presente tão quanto é hoje. Spinieli (2018) afirma que houve a necessidade de uma apropriada resposta estatal que atendesse as necessidades da sociedade, onde não havia norma específica, mas que vários crimes já eram coibidos por outras legislações, como o Código Penal.

Desse modo, a criminalidade continuava a ser coibida, mesmo sem uma legislação específica e até mesmo antes do advento da internet como conhecemos na contemporaneidade. O direito, em resposta a expectativa social, criou novas legislações, como supracitado, e que contribuem com a normatização da internet e a garantia de direitos.

2. CRIMES NA INTERNET

Na teoria do delito, podemos notar que o elemento principal na análise dos crimes é a conduta. A conduta pode ser classificada como dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva. O ordenamento penal brasileiro ado-

tou a teoria finalista da ação, elaborada por Hans Welzel, para estabelecer suas bases no campo da contuda (PANAZZOLO, 2018). Neste contexto, a conduta deve estar previamente definida em lei como ilícito penal para que haja a sanção por parte do Estado. O princípio da anterioridade da lei, previsto no art. 1º do Código Penal e embasado no artigo 5º da Constituição Federal, é o que rege a conduta: não há crime sem lei anterior.

Como supracitado, a legislação brasileira ainda é tímida em matéria de legislação específica para o uso da internet, mas, mesmo assim, sempre coibiu crimes que ocorriam no mundo virtual utilizando as leis que já existiam, considerando que o ambiente virtual era apenas o meio para a ocorrência de crimes (BARRETO; SANTOS, 2019).

Os diversos tipos de conexão, oportunizadas pela tecnologia, permitiram a construção de inúmeras formas e novas relações entre indivíduos, seja de caráter econômico, seja de caráter privado (SCALABRIN, 2018). Porém, a existência do cyber-espço oportunizou, da mesma forma que novos vínculos, novas formas de crimes que ocorriam nos ambientes comuns. Crimes com maiores potenciais ofensivos e mais graves tendem a acontecer, também, no ambiente virtual como: a exploração e o abuso infantil; venda ilegal de fármacos; crimes de ódio; tráficos de drogas e armas; e diversos outros.

Estes crimes, apesar de ocorrerem fora do ambiente comum, isto é, no ambiente virtual, também são passíveis de punição, graças a existência da legislação que já tipifica esses crimes, independentemente do ambiente que estes aconteçam. Como anteriormente afirmado, o ambiente virtual é considerado apenas o meio para a consumação do ilícito penal.

É, de certa forma, comum se localizar a existência de crimes na *surface web*, principalmente aqueles conhecidos como crimes contra a honra e os crimes de discriminação racial. Geralmente ocorrendo nas redes sociais, estes crimes ocorrem graças a substancial capacidade e simplicidade das redes em difundir informações e opiniões, que muitas vezes cruzam a linha da legalidade (PANAZZOLO, 2018).

Barreto e Santos (2019), apontam que os infratores, principalmente no que se refere aos crimes de maior potencial ofensivo, se beneficiam dos diversos recursos que a tecnologia dispõe para suas ações delituosas. Serviços de privacidade e navegação anônima e criptografada e a pouca

legislação específica sobre a normatização no mundo virtual contribuem para a ocorrência desses crimes.

Ambiente propício para a ocorrência desses crimes é a *deep web*. Dispondo da grande capacidade de privacidade e anonimato que essa camada da internet possui, criminosos se aproveitam para a prática dos mais variados crimes, se utilizando da “proteção” que a tecnologia oferece.

2.1. DEEP WEB: CRIMES NA CAMADA PROFUNDA DA INTERNET

O banco de dados na deep web é significativamente mais vasto e com muito mais informações localizáveis. Segundo Bergman (2001), no banco de dados da *deep web* os dados pesquisáveis possuíam tópicos mais relevantes, em comparação com os motores de pesquisa convencionais, além disso, havia mais resultados satisfatórios em agregações de informações, classificados, bibliotecas, entre outros.

Contudo, essa camada rica de informações, também, é usada para fins aquém da criminalidade. Enquanto na superfície da internet a privacidade é quase inexistente, o acesso da camada mais profunda, que requer serviços de privacidade mais avançados que os navegadores convencionais – como a rede Tor –, possui possibilidade de privacidade praticamente irrestrita, atraindo infratores os quais desvirtuam a utilidade dessa camada da rede (BARRETO; SANTOS, 2019). Um terreno fértil para a realização de vários crimes graves e com grande potencial negativo como o tráfico de drogas e armas, lucratividade com o mercado negro, abuso e exploração sexual infantil e a venda de dados pessoais.

Materias, arquivos, produtos e informações ilegais são amplamente distribuídas e, até mesmo, vendidos. Dados pessoais e informações, sendo disponibilizadas comercialmente, de grandes autoridades do país, como os Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF e, até mesmo, do Presidente da República (CORACCINI, 2020). Contudo, a venda de dados e arquivos ilegais não é apenas a única atividade ilícita realizada nas camadas mais profundas das redes. Como reiteradamente já explicitado, outras atividades criminosas também são constatáveis na rede mais profunda e privada da internet.

Barreto e Santos (2019), apontam verdadeiros mercados negros com venda de entorpecentes e, inclusive, armamentos, tudo isso ilegalmente. Sites na *deep web*, inclusive em português, além de oferecerem variados tipos de produtos ilegais, dispõem até mesmo frete, sem levantar a mínima suspeita dos serviços de entrega.

Outro grave crime que possui grande impacto social, tanto na seara criminal quanto na moral é o abuso e exploração sexual de crianças na internet. Se aproveitando da praticamente irrestrita privacidade que os sites da internet profunda oferecem, criminosos oferecem gratuitamente ou comercialmente materiais pornográficos contendo crianças e adolescentes. Caiado e Caiado (2018), afirmam que os criminosos que fazem a comercialização do material com exploração sexual de crianças e adolescentes nem sempre são pedófilos, mas, tendo em vista o grande retorno financeiro, organizações criminosas realizam estas atividades.

Lima (2018), recorda que a capacidade do anonimato e a privacidade chamam a atenção de criminosos, podendo, dessa maneira, localizar constatar nessa camada da internet diversos tipos de comunidades com várias temáticas. Em meio a tantas comunidades e fóruns presentes na *deep web*, que versam sobre os mais variados tipos de assunto, existem comunidades fomentadas por organizações criminosas que, nem sempre, versam apenas por produtos entorpecidos, falsificados ou por arquivos de consumo ilegal.

Em 13 de março de 2019, na cidade de Suzano, no estado de São Paulo, dois assassinos mataram 8 pessoas, entre os quais 7 eram alunos de uma escola estadual e 1 era tio de um dos homicidas. Os infratores, após cometerem as execuções, se suicidaram em seguida. O crime causou uma grande comoção e as investigações sobre o crime foram abertas. Segundo o portal de notícias G1 (2019), o Ministério Público de São Paulo apurou, durante as investigações do massacre, que uma organização criminosa poderia ter incitado os assassinos a realizarem o massacre. Essa organização criminosa, presente em fóruns na *deep web*, além de haver incitado o massacre, teria dado orientações aos assassinos para a realização do ato.

Nesse sentido, nota-se o quanto a camada mais profunda da internet também se tornou espaço para a premeditação e realização de crimes e comércios ilegais de diversos tipos, graças a sua característica que oferece anonimato e privacidade aos usuários dos sites ali presentes sendo atrativos à criminalidade.

3. INFILTRAÇÃO DE AGENTES VIRTUAIS: INVESTIGAÇÃO E CONTENÇÃO DE INFRATORES NAS REDES

Contemporaneamente, a internet se tornou um dos meios mais comuns para a prática de crimes graças a diversos pontos, os quais se destacam: o anonimato, com o uso de tecnologias que permitem a navegação das de forma anônima, principalmente com as tecnologias de acesso à *deep web*; o âmbito geográfico, utilizando a diversidade de locais para criar servidores em lugares onde, em tese, não haja jurisdição para uma ação estatal; e o custo benefício, onde, graças a comunicação instantânea, o alcance ocorre em um tempo curto por um preço igualmente baixo (BUFFON, 2018).

Tais características que a internet possui se tornou obstáculo para as ações investigativas e se tornou atrativas para criminosos exercerem suas práticas. Por outro lado, o ordenamento jurídico é lento em dispor de institutos que acompanham, devidamente, os avanços tecnológicos, criando um atraso até mesmo em todo processo de contenção dos infratores.

Barreto e Santos (2019) afirmam que os obstáculos enfrentados no decorrer do processo investigativos são significativos, graças ao atraso legislativo e às já expostas características que a internet possui, principalmente na camada mais profunda e complexa das redes virtuais.

Apesar disso, o processo investigativo não é limitado por esses obstáculos. O próprio ordenamento jurídico prevê que não é necessário que o delito seja de alta gravidade para se abrir um inquérito policial, sendo recomendado sempre a abertura deste, como aponta a jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 203 DO CP. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO. FALTA DE JUSTA CAUSA. LEI Nº 9.099/95. POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. I – O trancamento de inquérito, conquanto possível, cabe apenas nas hipóteses excepcionais em que, *prima facie*, mostra-se evidente a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do indiciado, não sendo cabível quando há apuração plausível de conduta que, em tese, constitui prática de crime, como ocorreu na espécie. II – Não obstante a regra de que nos feitos de competência dos juizados especiais

criminais deva se proceder à lavratura do termo circunstanciado, a Lei nº 9.099/95, a teor do seu art. 77, § 2º, não veda a instauração do inquérito policial nas hipóteses em que a complexidade ou as circunstâncias do caso não permitam a formulação da denúncia. Ordem denegada.

(STJ – HC: 26988 SP 2003/0021829-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 21/08/2003, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 28/10/2003 p. 313).

Observa-se que a polícia judiciária possui a instauração do inquérito policial como uma forma eficiente para desvendar e atribuir a devida autoria dos crimes ocorrido nas redes, juntamente com o inquérito, os meios investigativos também são de suma importância para que os crimes sejam solucionados, que devida autoria dos crimes seja desvendada e que os criminosos sejam responsabilizados pelos crimes cometidos, mesmo que não fisicamente.

A investigação de crimes representa um grande desafio às polícias investigativas, as quais devem sempre buscar inovações e técnicas para a investigação. Dentre os instrumentos de investigação que a lei dispõe, a infiltração virtual de agentes policiais é um dos modos mais “recentes” que a legislação dispôs à polícia investigativa.

No entanto, esse modelo de infiltração policial pode ser definido como um aperfeiçoamento do outro modo de infiltração, que se realizara fisicamente usando policiais, principalmente no combate ao crime organizado e no combate às drogas, onde esse instrumento de investigação era apresentado.

Sobre o começo da normatização da infiltração policial, Wendt (2017) afirma que:

[...] a infiltração policial foi inicialmente normatizada através dos seguintes atos normativos: no art. 2º, V, da Lei nº 9.034/95146; no art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015/2004); no art. 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006), e; no art. 53, I, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, chamada de “Lei de Drogas”.

Desse modo, a infiltração de agentes policiais se tornou um grande instrumento de investigação, sendo normatizada até internacionalmente, tendo em vista a necessidade do surgimento de novos mecanismos para que houvesse um êxito maior no que se refere aos modos de produção de probatória durante às investigações de crimes.

Antunes e Misaka (2020) afirmam, no entanto, que com a realidade da periculosidade do meio criminoso brasileiro, a infiltração física, a qual serve para a obtenção de provas, possui chances remotas de acontecerem concretamente e muito mais raros são os relatos de infiltração física de agentes policiais, mesmo que esta seja prevista em lei. Mesmo assim, a infiltração policial é um avanço importantíssimo no que se refere aos meios de produção probatório e abre portas para novos avanços, tanto legislativos quanto em efetivos mecanismos de persecução penal.

3.1. O AGENTE POLICIAL INFILTRADO VIRTUALMENTE

A expansão da internet e seu crescente uso, o surgimento de novos delitos e, principalmente e a modernização e potencialização de crimes que já existiam – graças às características que a internet possui –, forçaram o desenvolvimento de novas técnicas de produção probatória e o aperfeiçoamento da legislação para que os meios investigativos dispusessem, legalmente, de novos e eficientes mecanismos (BARRETO; CASELLI, 2017).

Desse modo, os agentes policiais infiltrados virtualmente surgiram como uma resposta à necessidade de novos meios investigativos e a modernização das ilicitudes, também um avanço no que se refere as infiltrações, que eram dispostas, antes do aperfeiçoamento legislativo, apenas fisicamente.

Primeiramente, não é qualquer agente que possui o exercício e a possibilidade de se infiltrar virtualmente. A prerrogativa para infiltração virtual é exclusiva dos agentes das polícias conhecidas como investigativas ou polícias judiciárias ou, ainda, polícias repressivas, as quais, segundo o art. 144 da Constituição Federal, são a polícia civil e a polícia federal.

Soares (2015), nesse sentido, aponta que

Apenas os agentes integrantes dessas instituições poderão ser utilizados em uma infiltração, ressaltando-se que apenas os policiais

operantes das polícias repressivas é que poderão atuar como agentes infiltrados, vez que somente eles têm autorização para investigar o cometimento de delitos.

Assim, Sousa (2015) define o agente policial infiltrado como “o servidor público, concursado, diretamente ligado aos órgãos de investigação policial (Polícia Civil e Federal), pertencente aos quadros da carreira de agente de investigação”. Nota-se que dentro da própria organização policial, não são todos os agentes das polícias que exercem o trabalho investigativo da infiltração virtual, sendo que é essencial que o agente esteja ligado aos cargos de carreira investigativa para que o mecanismo de investigação seja utilizado com a devida eficiência.

O agente infiltrado virtualmente exerce uma atividade investigativa complexa e delicada. Nesse sentido, nas normas legais que preveem a infiltração virtual, vemos a preocupação do legislador sobre a segurança do agente. É o que podemos constatar no artigo 14 da Lei nº 12.850/2013:

São direitos do agente:

I – recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II – ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III – ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV – não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

(BRASIL, 2013, art. 14).

3.1.1. PREVISÃO LEGAL DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL

Para haver a devida previsão legal do, até então, novo mecanismo de infiltração virtual de agentes policiais, duas novas leis sofreram alterações:

a lei nº 8.069/1990, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente, e a lei nº 12.850/2013, que se trata da lei das organizações criminosas.

Em primeira face, a lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – foi alterada com a aprovação da Lei nº 13.441/2017 adicionando, desse modo, a possibilidade do uso dos agentes virtuais infiltrados como mecanismo de investigação. A Lei nº 13.441/2017 aponta que seu efeito: “altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente” (BRASIL, 2017, ementa).

Como supracitado, a infiltração virtual de agentes é prevista, no Estatuto da Criança e do Adolescente, como um dos mecanismos de produção probatória nos crimes que firam a dignidade sexual de crianças e adolescentes, dentro do que é previsto nos referidos artigos da legislação.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, no art. 190-A, a infiltração ocorrerá “com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), [...]” (BRASIL, 1990, art. 190-A).

É válido destacar que com a Lei nº 13.441/2017, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para prever a infiltração virtual de agentes no combate a violação da dignidade sexual dos protegidos pela mesma, também previu a infiltração virtual de agentes para o caso previsto no código penal, no artigo 154-A, que versa sobre a invasão de dispositivo informático por via ilegal.

Em segunda face, a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”, veio com o objetivo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. Dentre as alterações, a referida lei também fez alterações na lei nº 12.850/2013, que trata sobre as organizações criminosas. A Lei nº 13.964/2019 possibilitou, também, nos casos dos crimes previstos na Lei nº 12.850/2013, a infiltração virtual de agentes. Como prevê o art. 10-A da referida lei:

Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados

por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas (BRASIL, 2013).

As organizações criminosas são complexas e igualmente perigosas, até em suas ações na internet. Essas possuem, muitas vezes, estruturas hierárquicas e suas ações podem ser comparadas com uma sociedade empresarial, buscando sempre o lucro de forma articulada utilizando-se de materiais ilegais por meio das redes (SOARES, 2015).

A infiltração virtual de agentes, como já afirmado, não é um mecanismo de investigação que é de livre uso pelos agentes policiais. Went (2017) afirma que os ilícitos que podem ser alvos da infiltração virtual é caso de *numerus clausus*, ou seja, um número pré-determinado de casos, sendo que apenas os crimes previstos nos artigos citados acima podem ser razão para admissão da infiltração virtual.

Além disso, é fundamental que haja prévia autorização judicial para que a infiltração virtual de agentes seja autorizada em cada caso. Como estabelece o art. 10, da Lei nº 12.850/2013, deve ser solicitada autorização judicial no decorrer do inquérito policial pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia, tudo obedecendo o sigilo necessário (BRASIL, 2013). Segundo Silva (2017), além da substancial necessidade da autorização judicial, é essencial a devida fundamentação pelas partes, seja do Ministério Público ou do delegado de polícia, para que a infiltração virtual ocorra dentro do estabelecido nas normais legais.

3.1.2. LIMITES DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL

A infiltração virtual, como todo instituto legal de investigação, possui seus limites prevendo resguardar direitos de terceiros e garantir que todo processo ocorra de forma devida. Inicialmente, o legislador estabeleceu que, para a infiltração virtual acontecer, é fundamental a prévia autorização judicial e a infiltração só pode ocorrer em casos explicitamente previstos na lei própria. Além disso, Went (2017) aponta que as legislações que

versam sobre a infiltração virtual estabeleceram um limite de tempo – 90 dias – podendo ser prorrogada, desde que não exceda 720 dias.

Outro ponto importante a se destacar no que se refere aos limites da infiltração virtual, é a possibilidade de responsabilização do agente por excessos praticados. O art. 13 da Lei nº 12.850/2013 determina que “o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados” (BRASIL, 2013, art. 13).

O agente policial infiltrado virtualmente não responde pelos crimes quando, no curso da ação, determinadas condições as quais ele se encontra o leve a prática ilícita, seja pelo bem da investigação ou por sua proteção, sendo atribuído a chamada exclusão de punibilidade, conforme Sanches (2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adaptação do direito à evolução que a tecnologia traz a sociedade e a aplicação da tecnologia em favor do desenvolvimento de meios legais de contenção de crimes são essenciais na contemporaneidade. Apesar de que, como apontado por Barreto e Santos (2019), o direito desde antes da popularização da internet já oferecia proteção legal às vítimas de crimes por considerar o ambiente virtual uma extensão do mundo real.

Mesmo que houvesse certa proteção jurídica, foi de suma importância que houvesse um desenvolvimento normativo no ambiente virtual, a fim de coibir abusos e brechas que a legislação tradicional oferecia no que se refere ao assunto. Assim, foi apontada a necessidade da aplicação das tecnologias ao direito, estabelecendo uma íntima e crescente relação, na medida que a tecnologia afetava o dia a dia dos indivíduos, como afirmam Martinez e Scherch (2020). Nesse viés, o desenvolvimento de novas normas voltadas à internet, a tecnologia e aos ambientes virtuais foi impulsionada com o advento dos cibercrimes. Infratores, usando as características das redes, principalmente o anonimato e a eficiência na troca de informações, viram um celeiro para práticas criminosas, inclusive sendo desenvolvidas por organizações criminosas.

A infiltração virtual, desse modo, veio como um dos recentes institutos respondendo a uma necessidade que surgiu graças a diversos fatores.

Como já afirmado, as características das redes atraíram criminosos e organizações criminosas e dificultaram o serviço das polícias investigativas. Com efeito, a infiltração virtual se tornou um meio eficiente de produção probatória, atendendo a necessidade de uma ação mais incisiva de investigação, já que os meios tradicionais de investigação são “travados” pela própria natureza das redes.

Conclui-se, desse modo, que a infiltração virtual de agentes, diante da ambientação que os crimes virtuais se inserem, é um importantíssimo instrumento que o direito dispõe as autoridades competentes. Também, pode-se concluir que a infiltração virtual pode ser apontada como uma referência na criação de instrumentos para a persecução penal nas redes, apesar de que esse modo de infiltração seja limitado e dependente de prévia e embasada autorização judicial.

Assim, como resultado da eficiente aplicação desse instrumento nas persecuções penais – aliado aos outros que a legislação dispõe –, assegurar que o direito penal, como define Sanches (2015), exerça seu papel de controle social para que se prevaleça a convivência, em harmonia, dos membros do meio social.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Carlos Paschoalik; MISAKA, Marcelo Yukio. **Prática penal: do exame da OAB à prática forense**. 2ª edição – Birigui [SP]: Stabile editora, 2020.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; CASELLI, Guilherme. Pornografia infantojuvenil na internet: procedimentos e metodologias da polícia judiciária. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovanni Celso (org.). **Pedofilia: repressão aos crimes de violência sexual contra crianças e adolescentes**. 1. ed.- Rio de Janeiro: Mallet editora, 2019.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; SANTOS, Hericson dos. **Deep web: investigação no submundo da internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2019.

BERGMAN, Michael. White Paper: The Deep Web: surfacing hidden Value. **Journal of Electronic Publishing**. V. 7, jan. 2001. Dis-

ponível em: https://www.researchgate.net/publication/239440978_White_Paper_The_Deep_Web_Surfacing_Hidden_Value. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 6 fev. 2021.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União – edição extra**: Brasília, DF, ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26. Acesso em 6 fev. 2021.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, jan. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 19 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, mai. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm. Acesso em 6 fev. 2021.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União – edição extra**: Brasília, DF, dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em 6 fev. 2021.

BUFFON, Jaqueline Ana. Agente infiltrado virtual. *In*: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (org.). **Crimes cibernéticos**. Brasília: MPF, 2018.

CAIADO, Felipe; CAIADO, Marcelo. Combate à pornografia infanto-juvenil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse. *In*: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (org.). **Crimes cibernéticos**. Brasília: MPF, 2018.

CORACCINI, Raphael. Entenda o que é deep web e o tipo de atividade realizada na internet oculta. **CNN Brasil**. Online, fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/2021/02/03/entenda-o-que-e-deep-web-e-o-tipo-de-atividade-realizada-na-internet-oculta>. Acesso em: 5 fev. 2021.

LIMA, Jackson Cleyton dos Anjos. **O anonimato na deep web e sua dualidade informacional**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Biblioteconomia) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/42511/1/2018_tcc_jcalima.pdf#page=19&zoom=100,109,896. Acesso em: 5 fev. 2021.

MARTINEZ, Vinício Carrilho; SCHERCH, Vinícius Alves. Relações entre Direito e Tecnologia no século XXI. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 12, jan. 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7402782>. Acesso em: 18 jan. 2021.

PANAZZOLO, Pedro de Vilhena. Racismo cibernético e os direitos da terceira dimensão. *In*: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (org.). **Crimes cibernéticos**. Brasília: MPF, 2018.

SANCHES, Rogério Cunha. **Manual de Direito Penal**. 3ª edição – Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

SCALABRIN, Cristina. Justiça restaurativa: uma nova perspectiva para o enfrentamento dos crimes cibernéticos relacionados à pornografia infantil. *In*: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (org.). **Crimes cibernéticos**. Brasília: MPF, 2018.

- SILVA, Ingrid Martins. **A infiltração policial como técnica especial de investigação no ambiente cibernético**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Macaé [RJ], 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/4955>. Acesso em: 6 fev. 2021.
- SOARES, Helena Frade. Da infiltração policial em organizações criminosas: evolução, espécies e consequências. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**. N. 12, dez. 2015.
- SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas editora, 2015.
- SPINIELLI, André Luiz Pereira. Crimes informáticos: comentários ao projeto de lei nº 5.555/2013. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (org.). **Crimes cibernéticos**. Brasília: MPF, 2018.
- TOMAZ, K.; LAVADO, T.; ROHR, A. MP de SP apura se organização criminosa na 'deep web' incitou assassinos a cometerem massacre em Suzano. **G1-SP**, mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/03/14/mp-de-sp-apura-se-organizacao-criminosa-na-deep-web-incitou-assassinos-a-cometerem-massacre-em-suzano.ghtml>. Acesso em: 5 fev. 2021.
- VIGNOLI, Richele Grengé; MONTEIRO, Silvana Drumond. Deep Web e Dark Web: similaridades e disparidades no contexto da Ciência da Informação. **Transformação**, Campinas, v. 32, ago. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2318-0889202032e190052>. Acesso em: 18 jan. 2021
- WENT, Emerson. Infiltração de agentes policiais na internet nos casos de “pedofilia”: limites e perspectivas investigativas. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovanni Celso (org.). **Pedofilia – repressão aos crimes de violência sexual contra crianças e adolescentes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Mallet, 2019.

A REPERCUSSÃO DO PARÁGRAFO 3º DO ART. 3-C NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA O INQUÉRITO POLICIAL. UMA OPÇÃO DE POLÍTICA CRIMINAL QUESTIONÁVEL

*Clara Cardoso Machado Jaborandy*¹¹

*Tiago Lustosa Luna de Araújo*¹²

INTRODUÇÃO

Em 24 de dezembro de 2019 foi publicada a Lei Federal n. 13.964, decorrente do projeto conhecido como pacote anticrime, proposto para imprimir mais rigor no enfrentamento da violência, o qual sofreu diversas modificações durante a tramitação legislativa, inclusive para incluir o polêmico instituto do juiz de garantias.

A reforma estabeleceu a figura inovadora do juiz das garantias, que se coaduna ao modelo de processo acusatório propugnado no novel art.

11 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Público pela Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogada militante em Direito Público e Empresarial.

12 Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – UNIT/SE. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Delegado da Polícia Civil no Estado de Sergipe.

3-A,¹³ atribuindo-lhe a responsabilidade pelo “controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”, exercendo as competências elencadas no art. 3-B (todas referentes à fase pré-processual). Sua competência funcional “abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa” (art. 3-C). Modificou, assim, a sistemática anterior da prevenção do juiz pela prática de qualquer ato decisório na fase da investigação.

A figura que lhe sucede, o juiz de instrução, ficou encarregado das questões pendentes e da instrução e julgamento (art. 3-C, § 1º). Ele não pode, pois, atuar na fase investigatória, sob pena de se tornar impedido (cf. art. 3-D).

Com curtíssima *vacatio legis* de trinta dias, ante a complexidade das mudanças propostas, especialmente no tocante à implementação da nova figura judiciária, antes que a Lei entrasse em vigor, em 23.01.2020, os dispositivos que tratam do juiz de garantias foram suspensos no Supremo Tribunal Federal, através de liminares em ações ajuizadas de inconstitucionalidade, inicialmente pelo Ministro Dias Toffoli, pelo prazo de 180 dias, e depois pelo Ministro Luiz Fux, por prazo indeterminado. Até a conclusão deste escrito, pendia o julgamento da matéria.

Caso a instituição do juiz de garantias seja considerada ao final válida, lança-se, através do presente escrito, o seguinte questionamento em relação a um dos seus dispositivos que chama atenção: qual a efetiva repercussão do novo § 3º do art. 3-C para o inquérito policial?

No decorrer do presente ensaio: 1) será explicada inicialmente a eficácia probatória do inquérito policial, para esclarecer a finalidade dos elementos colhidos e a que se destinam no processo penal; 2) será apresentada a problemática surgida com a introdução do parágrafo terceiro do artigo 3-C pelo pacote anticrime que prevê a exclusão do inquérito do processo na fase de instrução; 3) serão expostos os argumentos favoráveis à não exclusão dos elementos de informação do inquérito; 4) serão apontadas as consequências processuais da alteração questionada; 5) será feita

13 A nova lei, dentre outras alterações, enunciou no atual código processual penal brasileiro o processo acusatório, dispondo no art. 3-A que: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

uma análise crítica da opção de política criminal do legislador de propor e aprovar a combatida passagem legal. As conclusões seguem como arremate de todo o exposto.

A pesquisa é de natureza descritiva, com análise de documentos e referências bibliográficas e legislativas.

1. EFICÁCIA PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL.

Inicialmente, é importante compreender a extensão da eficácia probatória do inquérito policial (espécie mais conhecida da investigação preliminar). Para o processualista Aury Lopes Jr. (2013, p. 328):

O inquérito policial somente gera *atos de investigação*, com uma função endoprocedimental, no sentido de que sua eficácia probatória é limitada, interna à fase. Servem para fundamentadas decisões interlocutórias tomadas no seu curso (como fundamentar o pedido de prisão temporária ou preventiva) e para fundamentar a probabilidade do *fumus commisi delicti* que justificará o processo ou não processo.

Os atos de investigação, nesse sentido, produziram elementos informativos, que, por sua vez, conduzem à conclusão de probabilidade (juízo de verossimilhança). A produção de prova propriamente dita (destinada à formação do juízo de certeza e segurança), segundo o citado autor, é reservada à fase processual.

Em sentido diverso, Henrique Hoffmann pertinentemente observa que as provas cautelares e irrepetíveis, realizadas na fase da investigação preliminar, não são produzidas na fase judicial, sendo submetidas à ampla defesa e contraditório diferidos ou postergados, ou seja, depois da sua formação (cf. HOFFMANN et al., 2017, p. 17). Como aduz o autor, “funcionam como uma chancela de legitimidade, ao possibilitar que a defesa conteste eventuais equívocos na coleta da prova pela polícia judiciária” (id., ibidem, loc. cit.). Conclui, portanto, que essas provas, angariadas pela polícia, tem o condão, sim, de condenar um acusado pelo magistrado sentenciador.

Necessário rememorar que o sistema de avaliação de provas adotado em grande parte da legislação processual penal é o do livre convencimento motivado do juiz (ou da persuasão ou convencimento racional), pelo qual o magistrado decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, fundamentado concretamente nos autos, de modo convincente (cf. NUCCI, 2015, 371).

É certo que o art. 155 do Códex de ritos proíbe, desde a reforma procedida pela Lei nº 11.690 de 2008, o juiz de formar sua convicção e condenar fundamentando a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Sobre um tipo de desvio constatado na aplicação prática desse mandamento, o desembargador Guilherme Nucci (2015, p. 44) realiza a seguinte consideração crítica:

O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica [...], os depoimentos colhidos e, sobretudo, – e lamentavelmente – a confissão extraída do indiciado. Quantos não são os feitos em que se vê, na sentença condenatória, o magistrado fazendo expressa referência à prova inquisitiva, desprezando o que foi obtido em juízo?

A própria redação do art. 155 do CPP dá aso a essa prática, quando menciona a expressão “exclusivamente”. Aury Lopes Jr. (2013, p. 334), em contestação ao citado artigo, reclama que ele: “legítima a prática do ‘cotejando’, ‘corrobora’, e outras tantas manipulações discursivas para disfarçar a condenação fundada no inquérito policial”.

Nessa senda de pensamento, questiona-se no meio jurídico se a melhor opção não teria sido excluir do texto do artigo 155 a expressão “exclusivamente”, impedindo, assim, o magistrado sentenciador de recorrer na sua decisão aos elementos informativos colhidos na investigação criminal.

2. A PROBLEMÁTICA SURGIDA COM A INTRODUÇÃO DO § 3º DO ARTIGO 3-C PELO PACOTE ANTICRIME.

Os antagonistas da “má influência” do inquérito para o processo, com o fito de afastá-la, então propunham (cf. LOPES JR., 2013, p. 332):

1) a criação de uma fase intermediária contraditória (entre a investigação e o processo), presidida por um juiz distinto do sentenciador, ou, 2) a exclusão física do inquérito dos autos do processo.

A Lei anticrime parece ter optado pela segunda opção, mas não radicalmente. Segundo o novo § 3º do art. 3-C, introduzido:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.¹⁴

Diante do texto citado, é possível concluir que o inquérito não corporará mais os autos principais do processo? Logo se percebe que não seria uma exclusão completa. Acredita-se que a teleologia do § 3º do art. 3-C é de que o juiz de instrução apenas tenha contato, sob pena de afetação de sua imparcialidade, com as provas das investigações que sejam cautelares ou irrepetíveis (ou tenham forte probabilidade de não se renovarem), nos seguintes termos:

Provas irrepetíveis: urgentes, por cautela, produzidas de imediato, sob pena de se perderem (cf. NUCCI, 2015, p. 377). ex. Vários exames periciais tais como laudo cadavérico, laudo de local de crime, etc.; *Meios de obtenção de provas*: mecanismos através dos quais se obtém provas. ex. interceptação telefônica; afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; busca e apreensão domiciliar; acesso a informações sigilosas; interceptação ambiental, infiltração de agentes, colaboração premiada, etc.; *Provas antecipadas*: decorrem do procedimento de incidente cautelar judicial previsto no art. 156, I, do CPP, para “produção de provas, consideradas urgentes e relevantes, antes de iniciada a ação penal, pautando-se

14 BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Lei anticrime). Brasília: Sítio da Presidência da República do Brasil, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em: 22 maio 2020.

pelos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade” (NUCCI, 2015, p. 383).

Os atos de investigação que puderem ser repetidos como meio de prova, sob o crivo da ampla defesa e contraditório no bojo do processo, teriam que ser destacados e apartados dos autos que servirão à instrução processual. É o caso, por exemplo, dos testemunhos, das declarações, do interrogatório, do reconhecimento, acareação, etc. Se a investigação preliminar apenas contiver atos dessa natureza, nenhum deles instruiria o futuro processo.

Esclarecido o conteúdo da passagem legal em comento, há quem ainda defenda, mesmo assim, a manutenção do conteúdo integral do inquérito no bojo do processo, mediante argumentos que merecem atenção. A exposição destes argumentos é o objeto da próxima seção.

3. ARGUMENTOS EM FAVOR DA MANUTENÇÃO INTEGRAL DO INQUÉRITO NO PROCESSO.

Há opiniões que refutam a interpretação de exclusão dos atos de investigação repetíveis do bojo do processo. Dentre elas, a do Procurador Regional da República, Vladimir Aras (2020), o qual defende o acesso ao inquérito pelo juiz de instrução e julgamento, sem restrições, aduzindo que os autos adicionais ou suplementares formados para propiciar decisões do juiz de garantias, nas matérias específicas do artigo 3º-B do CPP, em regra não seriam apensados ao inquérito ou ao procedimento investigatório criminal.

Além disso, dentre outras ponderações, elenca mais dois argumentos que julgamos importante destacar (cf. ARAS, 2020): 1) Há regra expressa no artigo 12 do Código de Processo Penal sobre o destino do inquérito policial: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”; 2) Quanto à apreciação e valoração da prova, o artigo 155 do Código de Processo Penal, comentado há pouco, não foi revogado pela Lei nº 13.964/2019.

Registre-se ainda, em complemento, a orientação esposada pelo Promotor de Justiça, Rogério Sanches, no sentido de que, observadas as competências do juiz de garantias, não haveria óbice a que oitivas na polícia, incluída a confissão do investigado, fossem juntadas à denúncia,

peça acessível posteriormente ao juiz de instrução (cf. CUNHA, 2020, p. 101). Não obstante o esforço dos preclaros juristas nas suas defesas da permanência do inquérito na ação penal, não cremos seja esse o comando que se extrai da norma vergastada. Peguemos, inicialmente, o gancho da assertiva de Rogério Sanches para esclarecer a discordância.

Observada a competência inscrita no inciso XIV do art. 3-B, no sentido de caber ao juiz de garantias decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, resta ao juiz de instrução “absolver o réu após a apresentação da defesa preliminar ou levar o processo até o final para condenar ou absolver” (cf. NUCCI, 2020, p. 47).

Dito isto, é necessário se ter em mente que a finalidade do parágrafo 3º ao art. 3-C seria exatamente a de afastar a influência que os elementos colhidos na investigação, ainda que consistentes e convincentes, possam causar sobre o convencimento do juiz julgador, conforme já explanado alhures. Admitir que adentrem o processo repercutiria em burla e no esvaziamento do dispositivo legal.

Para a hipótese aventada por Rogério Sanches, então, o Ministério Público deveria formular uma denúncia enxuta, que relate o fato e peça a condenação do provável autor, arrolando as pessoas que serão intimadas pelo juízo e novamente ouvidas em audiência, bem como juntando o que entender pertinente da investigação preliminar (inclusive elementos informativos repetíveis), sem fazer menção ao conteúdo do que será repetido.

Assim que o juízo da investigação recebesse a denúncia, antes de os autos seguirem para o juiz da instrução, os elementos informativos repetíveis seriam desentranhados e arquivados, de modo a prevenir que o segundo magistrado tenha contato com eles. Nesse passo, ao receber a defesa preliminar, a apreciação do cabimento da absolvição sumária teria que ser realizada sem leitura das peças retiradas.¹⁵ Essa é a única interpretação que vislumbramos compatível com permanência do artigo 12 no Código de Processo Penal.

Outras duas obrigações legais do juiz de instrução e julgamento que igualmente sofreriam com a extração das provas repetíveis seriam a resolução das questões pendentes, após recebimento da denúncia ou queixa

15 Não violaria a norma, por outro lado, em nossa opinião, levar à instrução o depoimento policial de testemunha-chave que faleceu antes da denúncia, pois, com a fatalidade, tornou-se prova irrepetível.

(§ 1º do art. 3-C) e o dever de reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias (§ 2º do art. 3-C).

Diante desse quadro, pergunta-se: como realizar todas essas ações sem a possibilidade de contato mínimo com os elementos que instruíram e fundamentaram justa causa às iniciais acusatórias oferecidas e cautelares representadas/requeridas na fase investigativa? Salvo na hipótese em que ocorra produção judicial antecipada de provas, acreditamos que as demais ações seriam executadas pelo juiz competente “no escuro”, através de decisões especulativas (e isso, como se pode sumariamente supor, não é nada bom).

Quanto ao argumento da não revogação do art. 155, ao que parece, teria havido lapso do legislador pelo fato de não tê-lo excluído expressamente do texto do Código de Processo, em prejuízo da sistematicidade, uma vez que é patentemente incompatível com o novo modelo proposto pelo novo § 3º do art. 3-C.

Assim, utilizando-se das tradicionais regras de hermenêutica jurídica, prevaleceria, ante o conflito de normas, a posterior. Haveria, portanto, derrogação do famigerado artigo 155. Guilherme Nucci (2020, p. 48-49) sobre esse ponto, vaticina:

Estabelece-se, agora, um sistema acusatório, vedando-se o acesso do juiz instrutor do processo aos autos da investigação. Este dispositivo afasta a aplicabilidade do art. 155 do CPP [...]. Terminou essa fase. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Os autos da investigação, para essa finalidade, desaparecem.

Mas atenção, estando o novel dispositivo com a eficácia suspensa, conforme decidido em sede de ações de inconstitucionalidade pelo Ministro Fux no Supremo Tribunal Federal, o art. 155, por ora, não foi atingido e segue sendo aplicado. Caso seja declarada a inconstitucionalidade do juízo de garantias, a discussão em tela, em relação à sua derrogação, cai por terra.

Concluindo este ponto da discussão, diante de todos os argumentos e contra-argumentos supradescritos, não há como negar que o parágrafo 3º do art. 3-C tem por missão a exclusão irrestrita dos elementos de informação colhidos na fase policial do processo. Por mais inteligentes e respeitáveis que sejam as ponderações no sentido de emplacar o entendimento contrário, a redação clarividente da disposição não abre espaço para uma exegese salvadora. As consequências que advirão dessa escolha do legislador serão apresentadas a seguir.

4. CONSEQUÊNCIAS DA EXCLUSÃO DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO DO INQUÉRITO

Uma das críticas mais contundentes que se faz à opção legislativa em testilha refere-se à afetação da busca da verdade. De fato, a proximidade temporal dos fatos, o maior tempo disponível para instrução das investigações, além de condições ideais proporcionadas pelo sigilo (ex. fator surpresa, espontaneidade etc.) são fatores que favorecem o inquérito qualitativamente em comparação com o processo, no que toca à reconstituição dos fatos.

Não raro, quando se chega à fase processual, vítimas recuam, testemunhas se amedrontam e desconstroem seus depoimentos, bem como indiciados confessos, eventualmente, são orientados por seus causídicos a mentirem para desacreditar o trabalho da polícia. Assim, muitos magistrados, conscientes desses problemas e sentindo enorme responsabilidade social sobre seus ombros, optam por não ignorar o conteúdo investigativo do inquérito (que os convenceu), a ele recorrendo subsidiariamente em suas decisões, respaldados que sempre estiveram pela lei.

O autor mais conhecido do garantismo penal, o jurista italiano Luigi Ferrajoli, crítico do “decisionismo processual”, ensina que a verdade pode ser encarada pela perspectiva de dois modelos no direito penal (cf. FERRAJOLI, 2014, p. 48):

1) o *modelo substancialista*, de viés autoritário, apresenta a verdade substancial ou material (real, absoluta), perseguida fora de regras e controles – utilizando-se o subjetivismo inquisitivo; 2) o *modelo formalista*, de cunho garantista, por sua vez, propõe a verdade formal ou processual, atingida

com respeito às regras e relativa aos fatos e circunstâncias penalmente relevantes.

Ferrajoli (2014, p. 52) assevera ainda, com razão, que a verdade absoluta é um ideal inalcançável, por isso sugere o uso da noção de verdade “aproximada” da verdade objetiva (perfeita correspondência), associada à única espécie, em tese, consentânea com processo acusatório, a verdade processual.

A adoção mitigada do modelo substancialista (que cremos esteja presente na redação do artigo 155 do Código de Processo), por meio da admissão e valoração dos elementos de informação produzidos na investigação preliminar, conjugados, por óbvio, com as provas produzidas ou ratificadas em juízo, permite uma melhor reconstituição da dinâmica delituosa, bem como uma visão mais completa ao julgador, aproximando-o para mais perto da verdade objetiva.

Por outro lado, ao se optar por um modelo formalista puro, como o propugnado pelo § 3º do art. 3-C, ao revés, sacrifica-se a aproximação à perfeita correspondência da verdade, deixando o magistrado ignorante a respeito de determinados informes (por vezes essenciais ao esclarecimento), os quais se presumiriam sempre nocivos à formação de seu livre convencimento, como se a aplicação distorcida do art. 155, tratada anteriormente, fosse prevalente e os julgadores, via de regra, ingênuos ou mal intencionados.

Há, ademais, o fundado receio de, adotado esse sistema, provocar absolvições em massa, geradoras de impunidade. Nesse sentido: “Sob o argumento de conferir ao réu a garantia de um juiz imparcial, a novel legislação afetarà a utilidade do sistema processual penal, abandonando a sociedade em uma longa marcha com destino à impunidade” (MENDES; FONTES, 2020).

Aury Lopes Jr. (2013, p. 327-328), contrariamente, pondera que a repetição em juízo dos elementos de convicção colhidos na fase inquisitória e a produção judicial de provas antecipadas esvaziariam o argumento da impunidade. Com o devido respeito, discordamos. Sobre a repetição de provas na fase processual, já comentamos sobre os inevitáveis incidentes que ordinariamente a deformam. Quanto à produção antecipada de provas, sendo medida excepcional (como o próprio autor reconhece) e não a regra, a repercussão, no gigantesco universo dos processos, será diminuta.

Então, chega-se à conclusão de que abrir mão dos elementos informativos do inquérito é mais prejudicial do que pertinente no sistema de persecução penal brasileiro. E por que o legislador, historicamente tão rigoroso no processo de criação de normas penais, resolveu promover uma alteração legal que repercute negativamente frente ao combate à criminalidade? Na próxima seção tentaremos expor o contexto em que surge uma espécie de garantismo mascarado, servil a interesses considerados, no mínimo, questionáveis.

5. UMA OPÇÃO DE POLÍTICA CRIMINAL QUESTIONÁVEL

A política criminal, como se sabe, utiliza-se de subsídios criminológicos (opções, fórmulas e programas) para criar proposições normativas que combatam a criminalidade de modo adequado e eficaz. No Brasil há muito tempo vivenciamos uma política criminal de intensa produção legislativa de orientação intervencionista.

O projeto do pacote anticrime, formulado originalmente no âmbito do Ministério da Justiça, era majoritariamente composto por proposições intervencionistas, penalizadoras e encarceradoras. Ao ser encaminhado ao Congresso, o texto sofreu diversas alterações que o desfiguraram, entre supressões de pontos fulcrais a aglutinação de partes de outras propostas existentes (como o juiz de garantias), a exemplo dos projetos 10.372/2018 e 10.373/2018, coordenados pelo Ministro do Supremo, Alexandre de Moraes, e PL 8.045/2010, que propõe um novo Código de Processo Penal.

A criação do juiz de garantias inaugura uma figura jurídica sem precedentes na história do processo penal brasileiro, voltada à garantia dos direitos fundamentais dos investigados e futuros réus.¹⁶ Questiona-se, nesse

16 O juiz de garantias há muito vinha sendo pleiteado por parte da doutrina. Aury Lopes Jr. era um dos defensores, assim se pronunciando: “A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. É também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.” (LOPES JR., 2013, p. 283). A tal figura o autor chamaria de “juiz garante

passo, de onde veio tamanha generosidade do legislador, habitualmente refém do populismo penal sedento de punitivismo?

Ao que parece, após as ações inauguradas pela Operação Lava Jato,¹⁷ as quais prenderam e responsabilizaram poderosos criminosos de colarinho-branco envolvidos em corrupção, antes intocáveis, o Congresso, não por acaso, inciou um movimento reativo de protecionismo e flexibilização pontual da legislação penal, podendo ser citadas as seguintes decorrências:

a) desencavetamento e aprovação da, até pouco tempo, indesejada Lei de Abuso de Autoridade, 13.869/2019 (em razão da atuação da Polícia Federal e Ministério Público Federal com investigados poderosos);¹⁸

b) postergando projetos antes aplaudidos e considerados urgentes, como o da prisão após confirmação da condenação em segunda instância (a proposta foi sumariamente suprimida do pacote anticrime. Além disso, o Supremo Tribunal Federal mudou a jurisprudência consolidada para obstá-la);

c) criando novos obstáculos à decretação de prisões cautelares (que foram usadas em desfavor de empresários e políticos suspeitos em crimes de corrupção, exatamente como há décadas sempre se decretou contra pessoas ordinárias);

da investigação preliminar”.

17 Sobre a Operação Lava Jato, o delegado sergipano Osvaldo Resende Neto chama atenção para a “capacidade financeira dos investigados, [...], pelo vultuoso numerário desviado (falam-se em bilhões de reais) e pelo pernicioso relacionamento com o Estado em um suposto esquema de fraudes a licitação e lavagem de dinheiro” (NETO, 2019, p 157). Aduz ainda: “Ao que parece, é o maior caso de corrupção investigado e levado ao Poder Judiciário para processo e julgamento, atingindo diversos partidos que compõem a base governista e a oposição, refletindo que a malversação da coisa pública se estende muito além de um único grupo político” (id., ibidem, loc. cit.).

18 Foram criados, inclusive, tipos penais casuísticos associados a ações da operação. Vide, por exemplo, os crimes de “decretação da condução coercitiva indevida”, previsto no art. 10, e de “antecipação de atribuição de culpa”, no art. 38. Os Congressistas interessados na retaliação aproveitaram o momento de desgaste na opinião pública, sofrido pela Operação Lava Jato, quando do vazamento de mensagens de celular de seus integrantes. Antes do episódio, qualquer tentativa de aprovar a lei de abuso de autoridade era rechaçada e considerada prática atentatória ao combate à corrupção.

d) alterando a Lei de combate às organizações criminosas (12.850/2003) para dificultar o uso da delação premiada (meio de obtenção de prova utilizado com êxito em determinados segmentos da operação, tornando-se a grande estrela da produção probatória) etc.

Não se está criticando aqui o instituto do juiz de garantias, em si, o qual, do ponto de vista de uma política criminal humanista, é até elogiável, mas, sim, a adoção, pelo Congresso, de seu uso açodado, através de um enxerto pontual num sistema que precisa de uma reforma mais aprofundada antes de recebê-lo, a pretexto de enfraquecer a persecução penal brasileira (já combatida) para absolver corruptos.

Cria-se, nesse contexto, um tipo de “garantismo circunstancial”, pensado e executado apenas para afastar os órgãos de persecução penal de uma indignada elite criminosa que, historicamente blindada, ultimamente se vê atingida pelas garras rigorosas do sistema penal nacional (que ela própria ajudou a criar).

Diz-se circunstancial porque não é destinada ao bem geral, nem firma uma tendência perene do garantismo. Usando como exemplo a Lei anticrime, sua maior parte tem conteúdo punitivista, mas direcionado aos “crimes de rua”, que encarceram majoritariamente os “clientes” de sempre, os desvalidos. Estes, mesmo com a mudança, continuarão a conviver sem o fiel cumprimento de suas garantias processuais básicas, ante a eterna carência de uma assistência jurídica mais engajada.

Não se pode olvidar que vivemos numa sociedade profundamente hierarquizada e desigual, produto de um passado colonial ainda não superado na prática. Como bem observa Daniel Sarmiento (2019, p. 60), existe enorme dificuldade em superar uma compreensão tida como “pré-moderna, hierárquica e estamental das relações sociais, em que direitos e deveres são concebidos não em bases universalistas, mas a partir da posição ocupada por cada indivíduo na estrutura social”. Nessa linha de raciocínio, Alessandro Baratta critica o mito do direito penal como um direito igual (em verdade, é o direito desigual por excelência), elencando as seguintes proposições que o antagonizam:

a) o direito penal não defende *todos* e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quan-

do pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. (BARATTA, 2019, p. 162).

O processo de criminalização primária (edição de normas) para punir infrações penais econômicas, tributárias e de corrupção, típicas dos criminosos de colarinho-branco, não foram concebidas para atingir de verdade seus autores (cf. BARATTA, 2019, p. 165). Acrescenta ainda Schecaira (2020, p. 184) que os aspectos inerentes a criminalidade de colarinho-branco fazem com que “a própria legislação seja mais condescendente com tais agentes, seja não considerando tais atos delituosos, seja para conceder certas imunidades a seus autores, tais como: tribunais especiais, prisões diferenciadas, penas mais leves, etc.”.

O sistema corrompido, com infiltrados em todas as instâncias dos três poderes da República, sempre esteve à disposição para conter quaisquer avanços que quebrassem a tradição da impunidade. No entanto, eis que se inaugurou uma ruptura inédita com esse sistema, que agora, ante o ataque sofrido, retalia, utilizado-se dos soldados e recursos que possui.

O parágrafo 3º ao art. 3-C, da forma como introduzido pelo legislador, de modo a impactar tão radicalmente a persecução penal nos termos aduzidos neste texto, ao que nos parece, é um dispositivo que serve ao referido movimento legislativo de desconstrução do combate à corrupção que deslanchou. Objetiva-se, com o texto aprovado, permitir o aumento de absolvições dos criminosos de colarinho-branco que foram/vêm sendo alvo de ações contundentes do renovado sistema de justiça criminal que aflorou. Uma vez atingido o objetivo de distanciamento e retorno à intangibilidade dos beneficiários, logo se retoma o paradigma anti-garantista encarcerador de hipossuficientes de antes.¹⁹

19 Como pertinentemente observam Rodrigo Azevedo e Ana Cifali: “ainda que tenha au-

CONCLUSÃO

Inicialmente abordamos a introdução, no sistema processual brasileiro, da figura inédita do juiz de garantias, garante da legalidade e dos direitos individuais, que atua apenas perante a fase da investigação criminal, até o recebimento da denúncia, sendo sucedido no processo pelo juiz de instrução e julgamento. Em seguida, analisamos a eficácia probatória do inquérito, diferenciando elementos informativos (usados para proporcionar a inicial acusatória) de provas (usadas para condenar ou absolver o réu), bem como o alcance do art. 155 do código processual e as críticas que sua redação recebe por ensejar desvios decisórios no âmbito do judiciário.

Na sequência, apuramos o propósito e extensão da introdução do parágrafo 3º ao art. 3-C, ponderando, em outra seção, os argumentos em defesa da inalteração da sistemática anterior. O desfecho desse exame foi no sentido de que a redação da norma tem por finalidade a exclusão irrestrita dos elementos de informação colhidos na fase policial do processo. Sobre consequências da opção legislativa, detectamos o potencial de afastar o juiz julgador da verdade objetiva (processual), bem como a possibilidade gerar impunidade em larga escala.

Por derradeiro, concluímos que o Congresso adotou o que chamamos de “garantismo circunstancial”, por meio de um movimento reativo de flexibilização da legislação penal e de protecionismo a criminosos poderosos, após os fortes impactos gerados pela Operação Lava Jato. A criação do juízo de garantias na legislação processual penal, contendo o dispositivo objeto do texto, é expressão desse movimento.

Não se sabe ao certo se o regramento do juiz de garantias será julgado constitucional, mas, caso introduzido no nosso código processual, vivenciaremos uma profunda mudança na dinâmica da persecução penal brasileira, principalmente em relação ao inquérito policial (e outros pro-

mentado o número de processos contra criminosos de colarinho branco, a expansão penal nesse sentido não produziu grandes mudanças no perfil da população carcerária, composta, majoritariamente, por indivíduos com baixo grau de instrução e renda, em sua grande maioria encarcerada por delitos contra o patrimônio (roubo) ou por tráfico de drogas, e que, no interior do sistema penitenciário, vão ser integrados de forma permanente às redes de administração das ilegalidades” (CIFALI, 2017, p. 84-85).

cedimentos investigativos criminais, como o levado a cabo pelo Ministério Público), servindo a propósitos, como visto, desviados.

Não bastassem os problemas insuperáveis que podem ocorrer com a aplicação do parágrafo 3º ao art. 3-C, é lamentável que parte relevante da investigação, não raro crucial para o esclarecimento dos fatos, fique relegada ao exílio do interior de um armário de arquivo da secretaria do juízo garantidor, recebendo visita apenas de seu guardião, assim como das partes, como prevê o parágrafo 4º ao art. 3-C (ou, com a tendencial virtualização dos processos, seja editado o seu recorte dos autos digitalizados).

Espera-se que o Congresso possa reconsiderar o formato ora criticado e proponha uma solução melhor que a do dispositivo legal combatido neste texto, despida de preconceito contra o inquérito e que reconheça a devida importância do trabalho da polícia judiciária na persecução penal.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. O juiz das garantias e o destino do inquérito policial.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/vladimir-aras-juiz-garantias-destino-inquerito-policial>. Acesso em: 31 maio 2020.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 6 ed. 6 reimp. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Lei anticrime)**. Brasília: Sítio da Presidência da República do Brasil, 2019.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em: 22.05.2020.

CIFALI, Ana Cláudia. [et al.]; Máximo Sozzo (org.). **Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime. Lei nº 13.964/2019 – comentários às alterações no CP CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020.

- FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal)**. 4 ed. – São Paulo, RT, 2014.
- HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Polícia Judiciária no Estado e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LOPES JR., AURY. **Direito Processual Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Luiz Augusto Aloise de Macedo Mendes; FONTES, Samira da Costa. O juiz das garantias e o descarte dos elementos de informação: rumo certo à impunidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6039, 13 jan. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78771>. Acesso em: 31 maio 2020.
- NASCIMENTO, Emerson Oliveira do; MARQUES, Verônica (organizadores). **Segurança Pública: perspectivas, práticas e discursos**. Santa Cruz do mundo. Essere nel Mondo, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. **Pacote Anticrime Comentado**. 1 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- RESENDE NETO, Osvaldo. **Princípio Anticorrupção** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2 ed. 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

A BUSCA PESSOAL E A SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS À INTIMIDADE E À SEGURANÇA PÚBLICA

Breno da Costa Esteves²⁰

INTRODUÇÃO

A busca pessoal prevista no Código de Processo Penal (CPP), medida processual de grande importância para efetivação do direito à segurança pública, viola diretamente o direito à intimidade, resultando em um conflito de dois direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Esse confronto entre direitos fundamentais e a não previsão da busca pessoal no texto constitucional, acaba por resultar em uma problemática que o presente trabalho busca responder com a seguinte pergunta: a busca pessoal foi recepcionada pela Constituição de 1988?

Com o objetivo de fazer essa análise, torna-se imprescindível em um primeiro momento, destrinchar conceitos trazidos pela doutrina sobre os direitos à intimidade e à segurança pública, fazendo um breve relato de suas histórias no Brasil, buscando ainda, situar as posições dos respectivos direitos na geração²¹ dos direitos fundamentais e os seus surgimentos como novos direitos na CF/88.

20 Mestrando em Direito Público na Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pós-graduando em Segurança Pública pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

21 Não é objetivo do presente trabalho problematizar a discussão entre os termos gerações

Posteriormente, é analisada a busca pessoal no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua implementação no CPP, em 1941, e os problemas ocasionados pela promulgação da nova ordem constitucional em 1988. É analisado ainda, a subjetividade da medida processual, principalmente do termo "fundada suspeita" e as classificações da medida segundo a doutrina.

Na última parte discute-se a possibilidade do instituto da busca pessoal previsto no CPP, devido aos novos direitos explicitados anteriormente, ter sido ou não recepcionada pela CF/88, fazendo uma análise sobre o caráter absoluto ou relativo dos direitos fundamentais, discutindo-se a prevalência ou não dos direitos individuais sobre os coletivos e analisando a temática sobre a ótica do garantismo.

Para realização da pesquisa foram analisadas legislações, jurisprudências, bem como doutrina, através de livros e artigos científicos.

1. DIREITO À INTIMIDADE

Nathalia Masson define o direito à intimidade do seguinte modo:

Núcleo mais restrito do direito à privacidade, a intimidade compreende as relações e opções mais íntimas e pessoais do indivíduo, compondo uma gama de escolhas que se pode manter ocultas de todas as outras pessoas, até das mais próximas. Representa, pois o direito de possuir uma vida secreta e inacessível a terceiros, evitando ingerências de qualquer tipo.

A vida íntima é, assim, aquela relacionada à identidade da pessoa humana, suas particularidades de foro moral, abrangendo sua sexualidade, sua autoestima, seus segredos e informações pessoais.

Haveria violação a esta esfera da privacidade, por exemplo, no acesso não consentido às informações presentes no diário de alguém, ou às suas comunicações telefônicas (MASSON, 2018, p. 257).

Como se pode perceber pela conceituação da autora, o direito à intimidade é um núcleo mais restrito do direito à privacidade, fazendo com

ou dimensões dos direitos, portanto, se utiliza das expressões como sinônimos na presente pesquisa.

que muitos constitucionalistas, conforme afirma Bernardo Gonçalves Fernandes, criarem uma diferenciação entre esses, sendo o segundo relacionado com a vida privada, incluindo relações familiares, amorosas, dentre outras, e o primeiro com relações estritamente pessoais, nem mesmo as pessoas mais próximas podem ter acesso (FERNANDES, 2018, p. 509).

O direito à intimidade aparece pela primeira vez como um direito fundamental expresso no ordenamento jurídico brasileiro na CF/88, conforme o disposto em seu artigo 5º, X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988), portanto, surge como um dos novos direitos trazidos pela nova Carta Magna em seu texto.

Apesar de ser considerado como um direito de primeira geração (BORGMANN, 2006, p. 26), devido ao seu caráter de limitar a atuação estatal, o direito à intimidade não teve a devida atenção anteriormente dada aos direitos de primeira geração, passando a ser melhor analisado após a Segunda Guerra Mundial (MERTENS, 2006, p. 188), e no Brasil cujo enfoque do nosso trabalho, mais tardiamente, somente sendo dispensado a devida atenção após a sua disposição expressa na CF/88, muito em decorrência dos abusos cometidos durante a ditadura militar nos anos de 1964 até 1985, sendo trazido como um novo direito, uma proteção estendida as pessoas, demonstrando toda a preocupação com a proteção do indivíduo contra os arbítrios do Estado.

É importante mencionar que a CF/88 não prevê em seu texto uma exceção para o afastamento do direito à intimidade conforme ocorreu com o sigilo das comunicações telefônicas em seu artigo 5º, XII, e a inviolabilidade do domicílio em seu artigo 5º, XI, portanto, a princípio, sustentando-se que a Carta Magna trouxe o referido direito com um caráter absoluto em seu texto, não sendo passível de mitigações.

2. DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

A CF/88 trouxe o direito à segurança em três artigos do seu texto. Primeiro no artigo 5º, depois no artigo 6º e por último no artigo 144:

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:

Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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, grifo nosso).

O direito à segurança previsto no *caput* do artigo 5º, da CF/88, tem sentido diverso do previsto no artigo 6º, da mesma, enquanto o primeiro se refere a uma garantia individual, o segundo se aproxima do conceito de segurança pública (LENZA, 2017, p. 1254), um direito social, direito esse de segunda geração, tendo vista o seu caráter de imposição de um dever ao Estado perante a sociedade.

O direito à segurança pública inclui-se dentre os direitos fundamentais de segunda geração, conforme se vê do disposto no art. 6º da Constituição, os quais, segundo Perez Luño (1998, p. 183, tradução nossa), “dirigem-se a explicitar as exigências dos valores da igualdade e da solidariedade, de igual modo que as liberdades públicas concentram e desenvolvem os valores de liberdade e de dignidade humana”, objetivando, em última análise, a prestação positiva por parte do poder público, no sentido de oferecer proteção aos interesses da sociedade (BORGSMANN, 2006, p. 110).

É de extrema importância essa distinção, considerando que o direito à segurança como garantia individual já foi previsto em constituições anteriores a atual, com exemplo nas cartas políticas de 1946 (BRASIL, 1946) e 1967 (BRASIL, 1967), e o direito à segurança, como um direito social, relacionando com a segurança pública, somente foi expresso no texto constitucional na CF/88, portanto, trata-se de um novo direito trazido pela nova Carta Magna em seus artigos 6º e 144.

É importante ainda mencionar, que para Rodrigo Foureaux (2019, p.21), o direito à segurança pública seria um direito de terceira geração, considerando que essa geração engloba o direito à paz, portanto, para o referido autor, por mais que o direito à segurança pública esteja relacionado com outras gerações do direito, a aproximação seria maior com o direito à paz, sendo assim, um direito de terceira geração, não se confundindo com o direito social previsto no artigo 6º da CF/88.

Ainda que seja considerado como um direito de terceira geração, não perde o seu caráter de direito fundamental e de novo direito trazido pela CF/88, não sendo necessário um maior aprofundamento nessa problemática, haja vista não ser uns dos objetivos da presente pesquisa essa discussão, o artigo leva em consideração somente o caráter de direito fundamental do direito à segurança pública e a sua possibilidade de ponderação com relação ao direito à intimidade.

A segurança pública vem disposta de maneira específica no texto constitucional no artigo 144, conforme transcrito anteriormente, sendo, portanto, prevista não somente como um dever do Estado (prestação positiva), mas como um direito e uma responsabilidade de todos.

O artigo 144 ainda elenca quais são órgãos responsáveis pela segurança pública, quais sejam: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares; VI – polícias penais federal, estaduais e distrital; constando ainda, as guardas municipais no parágrafo 8º e a segurança viária no parágrafo 10. (BRASIL, 1988).

3. A BUSCA PESSOAL

A busca pessoal não é prevista expressamente na CF/88, sendo a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro contida no artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal (CPP): "Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior." (BRASIL, 1941), objetos esses relacionados com a prática de crimes e também para colher qualquer elemento de convicção durante a investigação de um fato que possa ser considerado criminoso.

André Nicolitt afirma que: "Esta intervenção consiste em apalpar, tocar com a mão, superficialmente, o perfil corporal de suspeitos." (NICOLITT, 2009, p. 412), ou seja, sem maiores constrangimentos e humilhações para o indivíduo que está sofrendo a revista íntima.

O artigo 244, afirma que a busca pessoal prescinde de mandado no caso de prisão, quando a pessoa estiver em posse de arma proibida ou objetos que foram utilizados ou comprovam algum crime, e ainda no decorrer de uma busca domiciliar devidamente autorizada judicialmente.

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (BRASIL, 1941).

O CPP, ainda predispõe em seu artigo 249, que a busca pessoal realizada em pessoas do sexo feminino deve ser preferencialmente realizada por mulheres, mas caso não seja possível poderá ser realizada por homem, conforme o exposto no artigo: "A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência." (BRASIL, 1941).

É importante destacar que o CPP é anterior a CF/88, datado em 1941, e por isso contém artigos que não foram recepcionados pela nova Carta Magna e outros que tiveram de ser adaptados para que se pudessem compatibilizar com os novos direitos trazidos pela CF/88, pois o contexto histórico da publicação do CPP é diferente do momento em que foi promulgada a nova Constituição de 1988, e mais diferente ainda, do contexto enfrentado nos dias atuais, portanto, é necessário um aprofundamento do instituto policial.

Repara-se que os artigos que tratam sobre a busca pessoal mencionados anteriormente são muito subjetivos, com palavras como "fundada suspeita", possibilitando uma série de interpretações diferentes, inclusive podendo violar o direito à intimidade do indivíduo em que está sendo realizada a medida.

Após a Constituição de 1988, em caso de recepção da busca pessoal, os artigos que regulam os procedimentos da medida, devem ser lidos, sem-

pre levando em conta os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, haja vista, que a defasagem temporal do CPP, pode proporcionar excessos pelas autoridades responsáveis pela execução da medida. Como por exemplo, qual o critério a ser utilizado na busca pessoal do sexo feminino preferencialmente por uma mulher do artigo 249? Será que é necessário que uma mulher para realizar a busca esteja presente necessariamente no ato da realização, ou caso não esteja presente nenhuma mulher, é possível esperar 5 minutos para que uma mulher chegue sem retardar a diligência? Caso ocorra esse retardamento será que não pode ocorrer um violação do direito à segurança pública? E qual a abrangência do termo fundada suspeita previsto na lei? Guilherme de Souza Nucci define a fundada suspeita como:

[...] requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadoras de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente. (NUCCI, 2009, p. 501).

Portanto, o instituto em estudo é objeto de muitas críticas (NICOLITTI, 2009, p. 412), tendo em vista os excessos cometidos pelas autoridades responsáveis pela sua execução devido ao caráter subjetivo da medida permitido pela lei, acabam violando o direito à intimidade, possibilitando assim buscas arbitrárias e desnecessárias, que geralmente sempre levam em

consideração a condição financeira, o sexo e a cor da pessoa no momento da realização da revista, violando diretamente os direitos fundamentais previstos na CF/88, principalmente a proporcionalidade e a presunção de inocência.

A discussão sobre caráter subjetivo da busca pessoal contra arbitrariedades chegou ao Supremo Tribunal Federal, que tentando limitar, se manifestou sobre a "fundada suspeita" prevista no artigo 244 do CPP, no HC nº 81.305, do seguinte modo:

[...] A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo (BRASIL, 2001).

Esse julgado mostra a abrangência que a lei permite sobre a interpretação subjetiva da permissão ou não para realização da busca pessoal, no caso citado, o indivíduo sofreu uma revista por estar com um blusão que poderia esconder uma arma, ou seja, uma simples suposição. Portanto, como a lei foi omissa nessa explicação do termo, cabe ao agente do Estado durante a realização da medida processual fazer essa análise.

Ana Clara Victor da Paixão, em severa crítica a subjetividade do termo "fundada suspeita" afirma:

[...] o termo fundada suspeita utilizado no art. 244 do Código de Processo Penal é a chave que abre todas as portas, autorizando buscas e apreensões sem mandado e justificando todos os abusos cometidos. No altar da fundada suspeita são sacrificados os direitos à publicidade, à intimidade e a dignidade, que a Constituição Federal pretendeu assegurar a todas as pessoas, brasileiras ou estrangeiras, residentes em solo pátrio. (PAIXÃO, 2015).

A doutrina traz uma série de classificações sobre a busca pessoal, mas a que se relaciona com a presente pesquisa, é a classificação com relação ao momento de realização do instituto, podendo ser preventiva ou repressiva, conforme salienta Adilson Luís Franco Nassaro:

Antes da efetiva constatação da prática delituosa, ela é realizada por iniciativa de autoridade policial competente e constitui ato legitimado pelo exercício do poder de polícia, na esfera de atuação da Administração Pública, com objetivo preventivo (busca pessoal preventiva). Realizada após a prática, ou em seguida à constatação da prática criminosa, ainda que como seqüência da busca preventiva, tenciona normalmente atender ao interesse processual (busca pessoal processual), para a obtenção de objetos necessários ou relevantes à prova de infração, ou mesmo à defesa do réu (alínea e, do parágrafo 1º, do art. 240 do CPP) (NASSARO, 2007).

Assim podemos constatar que é possível uma busca administrativa ou preventiva e uma busca processual ou repressiva de acordo com o momento de sua realização, conforme se depreende do próprio artigo 240, § 2º, do CPP, mencionado anteriormente, seja para evitar a prática de um crime, seja para apurar um possível delito praticado.

É importante destacar que a revista privada, realizada na entrada de eventos particulares por razões de segurança, não se encontra resguardada pelo instituto previsto no CPP, trata-se de um contrato particular em que o indivíduo aceita ser revistado para poder adentrar em um estabelecimento (BRASILEIRO, 2020, p. 806), não sendo assim, analisado no presente artigo, haja vista que o trabalho versa sobre a busca pessoal do CPP, cujo instituto é completamente diferente da revista privada, em que a pessoa tem a opção ou não de ser revista pelo particular, pois se ela não quiser entrar em determinado lugar ela não precisa passar por essa revista privada, diferentemente da busca pessoal do CPP, que quando presentes os requisitos previstos em lei, o indivíduo não pode negar que a busca pessoal seja realizada em si, podendo a pessoa competente para realizar a medida utilizar os meios necessários para realização da busca pessoal, inclusive fazer uso da força de maneira proporcional caso seja necessário.

4. RECEPÇÃO OU NÃO DA BUSCA PESSOAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como se pode depreender, a busca pessoal, que é uma medida importante na efetivação do direito à segurança pública, afeta diretamente o direito à intimidade da pessoa, portanto, a discussão sobre a recepção ou não, da busca pessoal prevista no CPP, pela CF/88, se relaciona diretamente com a possibilidade da mitigação do direito à intimidade quando em conflito com outros direitos fundamentais também previstos na Carta Magna, principalmente com relação ao direito à segurança pública.

Ao afirmar o caráter absoluto do direito à intimidade, tendo vista que a própria Constituição não admitiu expressamente a possibilidade de sua mitigação, poderia se chegar a conclusão de que a busca pessoal não foi recepcionada, portanto, para responder esse questionamento torna-se necessário a análise do caráter absoluto ou relativo dos direitos fundamentais.

Ao se manifestar sobre essa temática, o professor Guilherme de Souza Nucci faz a seguinte afirmação:

É preciso ponderar que os direitos e garantias individuais não são absolutos, nem foram idealizados ou estabelecidos para proteger criminosos. Seu sentido é a proteção contra os abusos indevidos do Estado e não criar um escudo para dignificar o delito e seus praticantes (NUCCI, 2009, p. 555).

Essa hipótese já foi enfrentada pela doutrina, que majoritariamente rechaça esse caráter absoluto dos direitos fundamentais, afirmando que ninguém pode se esconder atrás de um direito fundamental para prática de atividades ilícitas (FERNANDES, 2018, p. 344), portanto, havendo conflito entre dois direitos fundamentais caberá ao intérprete decidir qual direito deve prevalecer. (LENZA, 2017, p. 1104).

Há somente dois direitos que a doutrina (BOBBIO, 2004, p. 14) admite o caráter absoluto ou ilimitado: o direito a não ser escravizado e o direito a não ser torturado, que não se encontra os direitos à intimidade e segurança pública objetos da presente pesquisa, portanto, segundo a doutrina esses direitos podem ser relativizados quando em conflito com outros direitos fundamentais.

Com relação a essa fundamentação, podemos encontrar a mitigação do direito à intimidade com relação ao direito à segurança pública já consolidado na jurisprudência pátria, conforme o exemplo retirado do mandado de segurança nº 23.452, do Supremo Tribunal Federal:

[...] III – Não se configura a ilicitude da prova decorrente de revista íntima na qual se encontraram entorpecentes no corpo de denunciada, se tal procedimento não excedeu os limites do objetivo do ato, que é a garantia da segurança pública quando da entrada de visitantes em estabelecimentos prisionais. Em outras palavras, é possível a mitigação do direito à intimidade da pessoa, como na espécie, em benefício da preservação de outros direitos constitucionais igualmente consagrados, uma vez que não há, no ordenamento jurídico-constitucional, direitos fundamentais de caráter absoluto (BRASIL, 1999).

Superada essa hipótese, com fundamento diverso, parte da doutrina afirma que o direito coletivo (direito à segurança pública) não pode se sobrepor sobre um direito individual (direito à intimidade), tendo em vista a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana adotado pela CF/88, sendo a busca pessoal com objetivo da coletividade violaria o direito fundamental à intimidade (BORGSMANN, 2006, p. 121), portanto, para essa corrente, a busca pessoal, que busca um direito da coletividade à segurança pública, não pode se sobrepor sobre o direito à intimidade, um direito individual de cada pessoa, sendo assim, para essa doutrina a medida processual também não foi recepcionada.

Para fazer a análise da validade dessa fundamentação é necessário dissertar sobre o garantismo, tendo em vista que a CF/88 trouxe uma série de direitos e garantias em seu texto, sendo, portanto, considerada uma Constituição garantista.

A primeira definição a respeito do garantismo se configura com a defesa de direitos ou bens individuais contra agressões de terceiros, incluindo o Estado, e essa definição, segundo Cleyson Brene (2019, p.24), foi equivocadamente extraída de uma leitura superficial da obra *Direito e razão*, de Luigi Ferrajoli, considerado o principal autor do garantismo. Essa visão, criada principalmente pela doutrina e jurisprudência brasilei-

ra, foi denominada como garantismo hiperbólico monocular (FISCHER; PELELLA; CALABRICH, 2015, p.42), pois somente se preocupa com a defesa dos direitos individuais, de forma isolada e desproporcional. Levando em consideração essa visão unilateral, pode-se afirmar que a busca pessoal não foi recepcionada pela CF/88, validando a teoria de que um direito coletivo não pode se sobrepor a um direito individual.

Mas, a doutrina mais recente afirma que o garantismo, deve ter como objetivo a preservação de todos os direitos e garantias previstos pela Constituição (SUBXBERGER et.al, 2019, p. 144-147), se dividindo em duas vertentes: a primeira, denominada garantismo negativo, é a proteção contra os excessos do Estado (princípio da proibição do excesso), defendendo os direitos individuais fundamentais; e a segunda, denominada garantismo positivo, é a preocupação de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental (princípio da proibição da proteção deficiente). Isso significa que há uma defesa, nessa segunda vertente, do imperativo constitucional de que o Estado, para garantir a segurança de todos, não pode sobrepor um direito individual sobre um direito coletivo, sob pena de colocar em risco a própria sociedade.

A doutrina (BRENE, 2019, p. 25) denomina esse olhar duplo de garantismo integral. Repara-se que para essa doutrina a Constituição deve se lida como um todo, de forma sistemática, equivalendo-se todos os direitos e garantias previstos em seu bojo.

Douglas Fischer trazendo a discussão desse fundamento, faz a seguinte afirmação: "Em síntese, do garantismo (penal) integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados." (FISCHER, 2017, p. 92).

Portanto, para essa corrente doutrinária a busca pessoal foi recepcionada pela CF/88, pois essas duas vertentes devem ser observadas sempre que houver conflito entre o direito à intimidade e o direito à segurança pública, aplicando-se o princípio da proporcionalidade entre os respectivos direitos, para que não sejam cometidos equívocos e o garantismo não seja aplicado.

Pode-se concluir, que o garantismo adotado pela CF/88 expressamente em seu texto, confirma a necessidade dessa ponderação entre os direitos fundamentais individuais e coletivos, sendo necessário a proteção

de todos igualmente, devendo, tanto o interesse da sociedade com relação à segurança pública, quando os direitos individuais da pessoa que sofre a busca pessoal, devem ser sopesados (ALEXY, 2008, p. 114-116) e o agente responsável pela realização da busca pessoal deve agir sempre de forma proporcional, apesar da subjetividade o termo "fundada suspeita", deve ser utilizado como parâmetro (limites) para realização da medida probatória os direitos individuais previstos na CF/88, evitando assim, que o agente público viole esses direitos e também não deixe de cumprir o seu ofício como representante da sociedade na preservação da segurança pública, sendo, portanto, a busca pessoal recepcionada pela CF/88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos aspectos analisados, após as discussões apresentadas sobre os novos direitos fundamentais trazidos pela CF/88, o direito à intimidade e o direito à segurança pública, e sobre o instituto da busca pessoal previsto no CPP, percebe-se que a Carta Magna por ter adotado um sistema garantista, permite-se a ponderação entre os direitos fundamentais quando em conflitos, inclusive entre direitos individuais e coletivos, portanto, pode-se concluir que a busca pessoal prevista no CPP, foi recepcionada pela nova Constituição de 1988.

É de suma importância que o instituto seja realizado sempre com observância da própria CF/88, observando a proporcionalidade na realização da medida, e sempre com um olhar muito cuidadoso sobre a subjetividade na aplicação da medida, não permitindo as arbitrariedades praticadas pelos responsáveis pela execução do instrumento, que tem grande importância para efetivação do direito à segurança pública, para que a busca pessoal não seja utilizada como forma de abuso de poder.

REFERÊNCIA

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGMANN, Bruna. A proteção do direito à intimidade no contexto jurídico nacional. 2006. **Revista Direito em Debate**. A no XIV nº 26, jul./Ano jul./dez. 2006, p. 105-123. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/679>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 nov. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 8 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 81.305**. Relator: Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 13 nov. 2001, DJ: 22 fev. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 23.452**. Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16 set. 1999, DJ: 12 mai. 2000.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

BRENE, Cleyson. **Ativismo Policial**. O papel garantista do delegado de polícia. Salvador: Jus Podivm, 2019.

BRENE, Cleyson. **Manual de processo penal para polícia**. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (organizadores). **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2017, n.76, pp.213-239. ISSN 2177-7055. Disponível

em: <<https://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FOUREAUX, Rodrigo. **Segurança Pública**. Salvador: JusPodivm, 2019.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial**. Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 8^a edição. Niterói: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Da principio-
logia penal ao direito à intimidade como garantia constitucional. **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 2, n. 4, p. 142 – 165, 23 maio 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/183/165>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 6^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MERTENS, Fábio Alceu. Análise histórica e legislativa do princípio constitucional da inviolabilidade à vida privada e à intimidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3^o quadrimestre de 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Fabio%20Alceu%20Revista%20de%20Direito.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

NASSARO, Adilson Luís Franco. A busca pessoal e suas classificações. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1356, 19 mar. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9608>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAIXAO, Ana Clara Victor da – A Busca e a Apreensão no Processo Penal. **Cadernos do Ministério Público do Paraná**. Curitiba. v. 4. nº. 5. (jun. 2001). p.27-35.

SUBXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar dos; BALLAN JUNIOR, Octahydes; SILVA, Rodrigo Monteiro da (Organizadores). **Segurança Pública: os desafios da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MONITORAMENTO ELETRÔNICO POR MEIO DE TORNOZELEIRAS: UMA ANÁLISE DA EFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA

*Gerson de Jesus Monteiro Junior*²²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar como funciona o monitoramento eletrônico por tornozeleiras na prática, ninguém melhor do que os agentes de segurança pública que compõem a fiscalização e estão realmente em contato direto com o monitorado. Visando apresentar uma pesquisa breve, clara e empírica sobre a percepção dos profissionais de segurança pública, de várias instituições, federais, estaduais e municipais, em relação à funcionalidade, e da eficácia na aplicação do regime de monitoramento eletrônico com os presos, do regime aberto.

A coleta dos dados de pesquisa foi aplicada há 141 profissionais de segurança pública, em atividade no país, respondendo um questionário qualitativo que permitiu a análise da opinião de quem realmente atua na fiscalização dos monitorados e corriqueiramente se deparam com eles nas ruas muitas vezes em desconformidade com o que determina seu mandado de monitoração eletrônica. Mais do que isso, além de apresentar a

²² Especialista em segurança pública (faculeste), graduação em Segurança Privada (Cruzeiro do Sul), acadêmico de História (UCA). Policial Militar do Estado do Paraná.

percepção de eficiência dos agentes de segurança pública, esta pesquisa tem por objetivo secundário verificar quais as principais dificuldades encontradas por estes que fiscalizam os monitorados, bem como apontar os erros do sistema, ou seja os pontos fracos que dificultam ou impedem que o sistema funcione como deveria funcionar na prática.

Observa-se, no entanto, que grande parte dos monitorados não respeita as regras de horário, de local de limitação de final de semana, e a sensação de impunidade é facilmente vislumbrada por qualquer cidadão.

Já se tem o conhecimento popular de que os condenados que estão em liberdade condicional por intermédio do monitoramento eletrônico estão cada vez mais presentes, muitas são as restrições, de local e horário para que seja concedido o regime em questão.

A saúde do sistema prisional brasileiro está debilitada. Segundo os dados do último censo do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça, o país tem hoje cerca de 401 mil presos. Além disso, existem cerca de 550 mil mandados de prisão ainda não cumpridos pela polícia. Tal situação configura uma clara falência do sistema punitivo nacional. (MARIATH; MERCADANTE, 2008, p. 10)

1. EMBASAMENTO LEGAL

Hoje no Brasil é possível que o indivíduo condenado que está em regime 12.258/10 fechado seja colocado em liberdade por meio de mandado de monitoração eletrônica, que visa estabelecer regras para que este indivíduo cumpra a fim de impedir outras práticas delituosas, previstas na lei. No seu artigo 146º.

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando

II – autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

IV – determinar a prisão domiciliar;

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

Os benefícios do monitoramento eletrônico de presos têm se mais pelo lado financeiro bem como pelo lado logístico para com o estado, uma vez que toda essa tecnologia utilizada para mapear a localização via satélite dos presos, é sobretudo menor que o custo de mantê-los encarcerados.

A quantidade absoluta de presos não cessou de crescer e a taxa de indivíduos trancados nas unidades prisionais brasileiras relativamente à população total do país apenas aumentou. Se em junho de 2009 havia cerca de 248 presos por 100 mil habitantes no Brasil, em junho de 2014 essa taxa chegou a mais de 299. Os anos que se seguiram à implantação do monitoramento não apresentaram recuo nos índices de aprisionamento, contrariando a argumentação daqueles que pretendiam o controle via satélite, localização georreferenciada e intercomunicação policial e penitenciária, como medida de desencarceramento (CAMPELLO, 2016, p. 25).

Segundo Dela-Bianca (2016, p. 40), “[...] a vigilância eletrônica evita que o Estado realize dispendiosos gastos com a construção de Casas de Albergados, ou colônias agrícolas, industriais ou similares, pois mantém o apenado em contato com a sociedade, durante toda a fase de cumprimento de sua pena.”

O monitoramento eletrônico de presos vem sendo uma alternativa do estado de minimizar o colapso em que o sistema penitenciário vem entrando ao longo dos anos, a crise no sistema carcerário já não é surpresa para ninguém, a construção de unidades prisionais não é vista com frequência, a forma de baratear o custo e minimizar os investimentos tanto logísticos quanto financeiros, é cada vez mais defendido o uso da tornozeleira eletrônica,

2. NA TEORIA

Teoricamente falando, o indivíduo recebe um aparelho afixado em seu tornozelo com localização via satélite, monitorado pela secretaria esta-

dual de segurança pública que acompanha o deslocamento do monitorado em tempo real, a qualquer horário do dia ou da noite, o sistema é moderno e conta ainda com aviso de ultrapassagem de cerca virtual, ou seja caso o monitorado venha a sair do raio autorizado que entende-se por sua residência, local de trabalho ou estudo, a plataforma de monitoramento já emite um aviso de violação, o mesmo acontece em caso de rompimento do dispositivo, quando o preso corta e retira a tornozeleira.

Aplicam-se também medidas restritivas ao monitorado, como limitação de horário, onde o preso deve estar recolhido em sua residência no horário estipulado pelo juiz em seu mandado de monitoração eletrônica, seguir uma limitação de final de semana, que impossibilita que ele esteja fora de casa nos dias não úteis, entretanto o monitorado apenas pode sair de sua residência com a simples finalidade de trabalhar ou estudar, ficando proibido de se ausentar do local no período noturno e cerceando parcialmente sua liberdade.

O monitorado, em seu acordo condicional, se compromete a manter o dispositivo sempre com a bateria carregada, e primando em seguir as regras a ele impostas, ou seja, é possível saber sempre onde o monitorado está e verificar eventuais violações dos requisitos. O indivíduo monitorado, quando viola os termos a ele impostos para lhe conceder a liberdade mediante monitoramento eletrônico, segundo a Lei 12.258/10;

Conforme Bettio apud Moraes (2014, p. 35), a “lei instituiu condições que não beneficiam o condenado, porque antes não havia vigilância para os casos descritos, de modo que lhe impõe sujeitar-se a ser monitorado, o que não ocorria antes”.

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

I – a regressão do regime;

II – a revogação da autorização de saída temporária;

VI – a revogação da prisão domiciliar;

VII – advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.

Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

I – quando se tornar desnecessária ou inadequada;

II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

Ou seja, a prisão domiciliar onde o preso em possibilidade de trabalhar ou estudar, mantendo a tornozeleira eletrônica ativada, e carregada, bem como recolhendo-se para sua residência em determinados horários, e limitando-se a sair apenas no dia útil, quando viola estes termos, a lei prevê que ele perca essa liberdade monitorada, acarretando a ele a regressão de regime, revogação de prisão domiciliar, revogação do monitoramento, em outras palavras, o preso que descumpre qualquer um dos termos a ele impostos deve retornar ao regime fechado para cumprir sua pena sob reclusão.

Parafraseando com Bettio apud Greco (2014, p. 37), a monitoração eletrônica “passa a ser possível antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, evitando-se a desnecessária segregação cautelar do acusado, que responderá à ação penal em liberdade”, conforme prevê o inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal.

A liberdade assistida pelo monitoramento acerca do dispositivo eletrônico tem por objetivo desacelerar o colapso do sistema penitenciário e carcerário do país, uma vez que essas medidas diminuem a população dos presídios, bem como trazem uma oportunidade do indivíduo monitorado, ter uma ressocialização mais acelerada, e uma nova chance de reinserção na sociedade, dando a ele algumas medidas restritivas, mas também dando-lhe dignidade conforme manda a constituição federal.

O fato de o condenado recolher-se em residência particular não significa que esteja dispensado das normas de conduta do regime. As restrições, obrigações e horários deverão ser observados pelo condenado, sob pena de revogação do regime. Ele também é obrigado ao trabalho, a menos que suas condições de saúde ou encargos domésticos não o permitam, caso em que poderá ser dispensado da obrigação pelo juiz da execução. (MIRABETE, 2003, p. 480).

O fato de o preso trabalhar, não é facultativo, é geralmente uma das condições de ser lhe concedido a liberdade e o regime de monitoramento

eletrônico, afinal caso ele não for trabalhar ou estudar, por outro pretexto não se pode aplicara modalidade de pena de monitoramento eletrônico uma vez, que esse regime foi pensado além da economia financeira dos cofres públicos, mas também na dignidade da pessoa humana, e a chance de o condenado exercer um papel de cidadão na sociedade atual.

3. NA PRÁTICA

Na prática, o monitorado tem plena liberdade, mesmo que não trabalhe, e mesmo que não esteja estudando, ele tem livre circulação, muito difícil a comunicação entre polícia e o judiciário, para denunciar as infrações cometidas pelo indivíduo.

Mesmo quando ocorrem delitos, como furtos ou roubos, aos policiais que foram acionados pelas vítimas para dar atendimento nas respectivas ocorrências faziam a solicitação de verificação dos monitorados que estiveram no local do delito e anteriormente a Secretaria de Segurança Pública do estado do Paraná, repassava em tempo real, se algum indivíduo monitorado esteve no local bem como a localização atual deles, isso ocasionava a prisão de muitos criminosos, conseqüentemente levava a solucionar vários crimes, porém hoje a central de monitoramento não faz mais este serviço, ou seja não estão mais autorizados a repassar o monitoramento eletrônico dos infratores.

Após a decisão do juiz Ronaldo Sensone Guerra, da vara de correedoria dos presídios de Curitiba, no processo 003702-42.2019.8.16.0009, proibiu o repasse de informações referente aos monitorados em casos de crimes ocorridos.

Outra prática comum é ver o monitorado nas ruas, em desacordo com o horário estipulado para ele, ou com a tornazeleira eletrônica desligada, ou até muitos deles que retiraram o dispositivo, e a providência a ser tomada pelo policial é meramente administrativa, estas violações não configuram flagrante delito, ou seja o agente de segurança pública que se depara com o monitorado em desacordo com os termos a ele impostos, apenas pode lavrar um boletim de ocorrência, relatando o ocorrido e encaminhar para o departamento penitenciário, a fim de informar as violações constatadas e após isso liberar o abordado.

Muitas práticas delituosas vêm sendo feitas por monitorados, muitas vezes envolvem o dispositivo em “papel alumínio” a fim de interromper o sinal de localização via satélite, esta prática vem se tornando cada vez mais corriqueira e tornam o serviço policial cada vez mais difícil.

4. ANÁLISE METODOLÓGICA

Utilizando-se do formulário “*Google Forms*”, de forma anônima, porém com coleta de e-mail para garantir que seria respondido apenas por agentes de segurança pública, foi desenvolvido uma breve pesquisa qualitativa, acerca da opinião dos profissionais de segurança pública sobre a eficácia e eficiência do sistema de monitoramento eletrônico por meio de tornozeleiras.

Participaram da coleta dos dados 141 pessoas, sendo 106 Policiais Militares, 19 Policiais Cíveis, 3 Policiais Federais, 2 Policiais Rodoviários Federais, 5 Policiais Penais e 6 Guardas Municipais.

Na primeira questão, foi perguntado se os agentes entrevistados têm conhecimento de como funciona o monitoramento eletrônico e suas regras; 81% dos entrevistados responderam que têm conhecimento do monitoramento eletrônico e suas regras, enquanto 19% afirmam desconhecer como funciona o sistema de monitoramento eletrônico, bem como as regras.

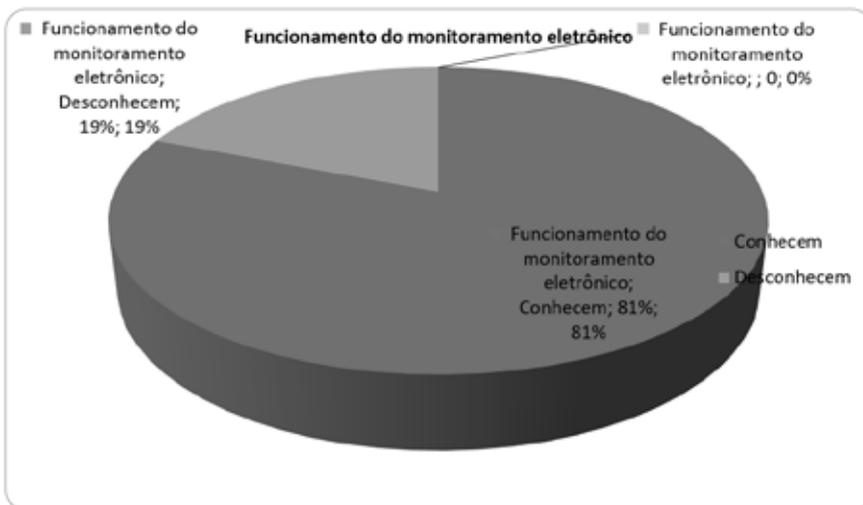


Gráfico 1

Fonte: elaborado pelo autor

As regras são simples e claras, o monitorado não pode sair de sua residência, salvo para trabalhar ou estudar, não deve extrapolar o horário das 22h fora de casa, e nos finais de semana deve recolher-se para sua residência.

Na segunda questão, foi perguntado se o entrevistado já visualizou um monitorado violando as condições impostas a ele pelo regime de monitoramento; 93% dos entrevistados afirmaram já ter constatado irregularidade por parte dos monitorados, enquanto que 7% nunca visualizaram um monitorado infringindo as regras impostas a ele.



Gráfico 2

Fonte: elaborado pelo autor

Não é difícil ver monitorados andando livremente na rua, mesmo à noite; muitos são usuários de drogas e passam dias e semanas na rua, mesmo os que se intitulam, como sendo moradores de rua, uma vez que para concessão da liberdade monitorada, precisam comprovar residência fixa, tornam-se incabíveis seus argumentos de que não têm onde morar; mas são corriqueiramente utilizados como justificativa por muitos monitorados que são flagrados nas ruas durante a madrugada.

Na terceira questão, foi perguntado se o agente entrevistado acredita na eficácia do sistema de monitoramento por tornozeleiras; 12% dos entrevistados acreditam na eficiência do sistema de monitoramento eletrônico.

co por meio de tornozeleira, enquanto 88% não acreditam na eficiência nessa forma de pena alternativa.



Gráfico 3

Fonte: elaborado pelo autor

Corriqueiramente, são abordados nas ruas monitorados, e mesmo o agente constatando as irregularidades ele não tem estrutura nem providências a serem tomadas contra o monitorado infrator, isso alimenta a crença de que o monitoramento não funciona.

Na quarta questão foi perguntado se as regras de limitação de horário, local bem como limitação de final de semana impostas aos monitorados são suficientes para garantir sua eficiência; 6% dos entrevistados acreditam que as regras impostas aos monitorados são suficientes para a eficácia do monitoramento enquanto 94% julgaram que as medidas impostas não são suficientes.

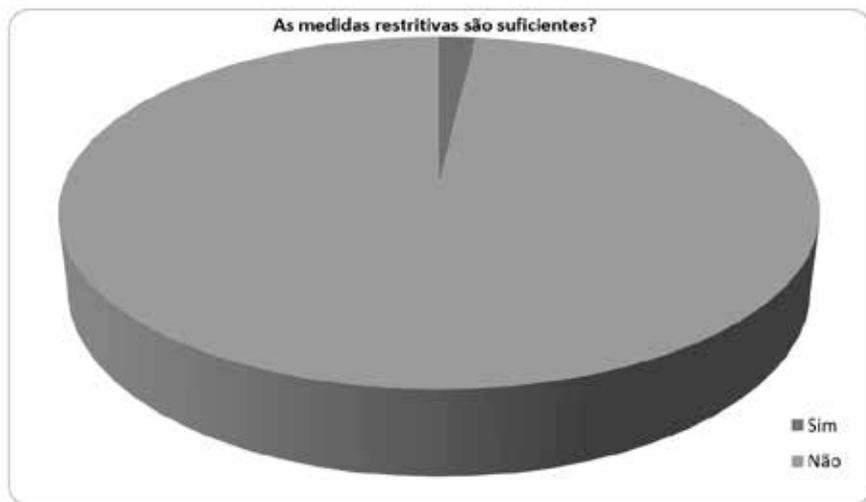
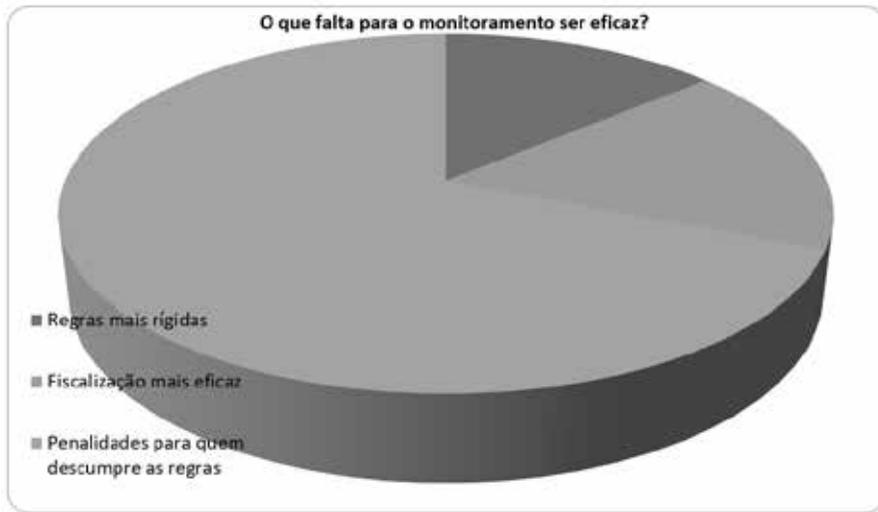


Gráfico 4

Fonte: elaborado pelo autor

As regras até são suficientes, na teoria, porém na prática segue a regra quem quer. A impunidade garante que o monitorado tenha livre arbítrio sem punição, e que mesmo não seguindo as regras lhe impostas, nada lhe acontece, mesmo que a lei diga o contrário, não há amparo legal para fiscalização e repressão aos que descumprem os termos.

Na quinta questão, foi perguntado sobre o que falta para que este regime funcione, disponibilizado três opções de respostas, sendo elas; Regras mais rígidas, fiscalização mais eficaz, penalidades mais severas para quem infringe as regras; 28% responderam que para que o monitoramento funcione é necessário regras mais rígidas, 35% responderam fiscalização mais eficaz, enquanto 37% julgaram que penalidades mais severas para quem infringe as regras é a solução mais adequada.

**Gráfico 5**

Fonte: elaborado pelo autor

Como já relatado anteriormente, os agentes de segurança pública não têm meios de cobrar, muito menos ações repressivas a quem não cumpre as regras do monitoramento eletrônico. Na prática, quando um monitorado é flagrado por um policial nas ruas descumprindo suas obrigações para com o regime de monitoramento, a única ação possível para o fiscalizador, é lavrado um boletim de ocorrência relatando que constatou as irregularidades, e mais nada, não existe flagrante delito, não há possibilidade de prisão, ou notificação.

Essas medidas vêm sendo executadas corriqueiramente, diuturnamente pelos profissionais de segurança pública, tornam o sistema ineficaz e fazem com que a impunidade seja disseminada dentre os outros monitorados, sabendo que não podem ser presos mesmo que removam o dispositivo, faz com que os índices de crimes cometidos por monitorados aumenta desenfreadamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de colocar uma parte da população carcerária em liberdade, e em monitoramento eletrônico, é benéfica, desonera parcialmente o estado reduzindo o custo com o preso para os cofres públicos, também refletem

na cobrança de impostos pagos por todos os cidadãos de bem, minimiza a superlotação carcerária e tem por objetivo a reinserção do indivíduo à vida em sociedade.

Um preso custa por mês hoje no Paraná é de aproximadamente R\$ 2.000,00, e o custo mensal da tornozeleira é de R\$ 241,00. É notório que os custos para o estado caem, e a superlotação também diminui, conforme foi publicado pela Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, em sua Resolução 607/2014, que noticiou a contratação de cinco mil equipamentos de monitoramento eletrônico do tipo tornozeleira.

Considerando os elevados custos de manutenção da pessoa em reclusão, (em torno de R\$ 2.000,00 – dois mil reais/mês) ainda que no regime já mencionado; Considerando que o custo da monitoração eletrônica é sensivelmente menor (e a monitoração custa em torno de R\$ 241,00 – duzentos e quarenta e um reais/mês); Considerando que o Estado do Paraná contratou com empresa especializada a monitoração eletrônica e disponibilizará ao Tribunal de Justiça, mediante Termo de Cooperação Técnica, 5.000 (cinco mil) equipamentos de prisão, ainda que virtual [...]. (SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS, 2014, v. 1, p. 3).

Segundo Dotti (1998,p. 115) “[...] a readaptação social do delinqüente’ é uma das expressões que conquistou fácil trânsito jurídico e está apoiada sobre um consenso mas que, na verdade, é una de las muletillas legales más vacías de contenido em lo que vadel siglo”

A ressocialização do ex-presidiário é com certeza benéfico, de bom grado, afinal os direitos humanos e as garantias constitucionais devem ser preservadas, e garantidos pelo estado, os presos têm esse direito e não podem lhes ser retiradas essas garantias.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao

exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (LUCA; POULASTROU, 1997, p. 651).

Porém na realidade o monitoramento por meio de tornozeleira eletrônica, se mostra ineficiente, alguns aspectos demonstram as fraquezas dessa forma de penalidade.

Quem viola as regras não é punido, não sofre sanção alguma seja ela penal ou administrativa, a pesquisa realizada com profissionais de segurança pública, que são os principais responsáveis pela fiscalização, demonstra que todos estão de mãos atadas, fiscalizam sem poder reprimir sem base legal para aplicar nenhuma penalidade, o monitorado infringe seu acordo condicional para ter a liberdade monitorada, e não sofre penalidade alguma.

Não traz segurança jurídica para quem fiscaliza, não traz segurança para o cidadão de bem, apenas instala um dispositivo caro na perna dos presos, e os coloca em liberdade, mesmo quando cometem crimes não é repassado para polícia a localização de possíveis monitorados demonstrando assim que monitoramento eletrônico não foi feito para funcionar.

Por fim a forma com que a liberdade monitorada por tornozeleira vem sendo aplicada no Brasil, considerando o exposto no presente trabalho podemos concluir que é o mesmo que colocar o indivíduo em liberdade sem monitorar, economiza o gasto com dispositivos e plataformas de localização, economizaria a demanda judicial para modificar o regime do preso para monitoramento, apenas colocaria-os para responder seus crimes em liberdade, pois na prática é exatamente o que está acontecendo.

REFERÊNCIAS

BETTIO, Jonathan. Monitoramento eletrônico: a dignidade da pessoa humana e alternativa à superlotação prisional. In: _____. **Monitoramento eletrônico: a dignidade da pessoa humana e alternativa à superlotação prisional.** Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Três Passos-RS, 2014. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/3040>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 15 jun. 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258>. Acesso em: 08 set. 2020.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza. A implementação do monitoramento eletrônico no Brasil. **Instituto terra, trabalho e cidadania**, [s. l.], p. 25, 17 mar. 2016. Disponível em: <http://ittc.org.br/a-implementacao-do-monitoramento-eletronico-no-brasil/>. Acesso em: 26 mar. 2021.

DELA-BIANCA, Naiara A. Monitoramento eletrônico de presos: pena alternativa ou medida auxiliar da execução penal? **Semana acadêmica: revista científica**, [s. l.], ano 2016, v. 1, n. 1, ed. 95, p. 40, 28 dez. 2016. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/monitoramento-eletronico-de-presos-pena-alternativa-ou-medida-auxiliar-da-execucao-penal>. Acesso em: 26 mar. 2021.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema das penas**. São Paulo: RT, 1998, p. 115

LUCA, Javier Augusto; POULASTROU, Martín. **La revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**. Buenos aires: Ad Hoc Villela, dez. 1997.

MARIATH, Carlos R.; MERCADANTE, Aloízio. Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada. **Observatório de Segurança**, Instituto Elo .org., p. 10, 2008. Disponível em: <http://observatoriodeseguranca.org/files/Monitoramento%20Eletr%C3%B4nicoCarlosMariath.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. [S. l.]: Atlas, 2003. 480 p. v. 1. ISBN 978-8522436439.

SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 607, de 10 de novembro de**

2014. Dispõe sobre a prisão virtual mediante monitoração eletrônica aos presos de regime semiaberto e dá outras providências. Curitiba, ano 2014, v. 1, p. 3, 10 nov. 2014. Disponível em: http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/Monitoracao_eletronica/Resolucao_607.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INCLUSÃO SOCIAL E ESTRATÉGIA DE PREVENÇÃO AO ENCARCERAMENTO

Andréssa Leal Santos²³

Joab Leonardo Santana de Castro²⁴

Raquel de Jesus Almeida Dourado²⁵

Glacyvânia Castro Corvelo Costa²⁶

INTRODUÇÃO

O presente artigo discutirá como surgiu a audiência de custódia relatando o momento histórico e social, bem como analisando qual a importância dessa incorporação no processo penal. Ademais, será apresentada a relação entre audiência de custódia e a inclusão social, tendo em vista que haverá uma exposição dos aspectos positivos dessa implementação para diminuir a desigualdade social, bem como analisar a vulnerabilidade social como fator determinante do encarceramento, uma vez que os dados apresentados demonstram que a população carcerária no Brasil é compos-

23 Discente do curso de Direito da Universidade CEUMA. Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Violência e Cidadania – NEVIC da Universidade CEUMA. Bolsista pesquisadora.

24 Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA. Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Violência e Cidadania – NEVIC da Universidade CEUMA.

25 Bacharela em Direito pela Universidade CEUMA. Pós-Graduada em Investigação Forense e Perícia Criminal pela Faculdade Uniasselvi e em Psicologia Jurídica pelo Instituto Nacional de Perícias e Ciências Forenses (INFOR/MA).

26 Bacharela em Direito pela Universidade CEUMA.

ta majoritariamente por minorias como negros, pardos e pessoas de uma baixa classe social. Ademais, trata-se da implementação da audiência de custódia no Maranhão, averiguando quais são os aspectos mais relevantes da aplicação do instituto e os avanços que ocorreram desde a sua implementação, apresentando o perfil dos custodiados no Estado e ratificando o fator da raça e da classe social como um dos principais para a promoção do encarceramento. Por fim, relata-se qual a efetividade da audiência de custódia no judiciário de forma geral, isto é, em todo o País, destacando os destinatários desse instituto e como acontece a efetivação na prática jurídica, relacionando com questões sociais e pontuando o fortalecimento da relação do custodiado-defensor.

1. O SURGIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A INCORPORAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

Para iniciar a construção de uma narrativa acerca do surgimento da audiência de custódia, é preciso pontuar as convenções internacionais de Direitos Humanos as quais o Brasil é assinante, tendo em vista que elas influenciaram a criação da audiência de custódia no Processo Penal brasileiro, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Na primeira convenção citada, há a previsão no art. 9º, item 3, sobre o tratamento a ser dado a uma pessoa quando for presa, preceituando que: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz...”.

Este item desse pacto prescreve o trâmite de quando uma pessoa é presa, devendo esta ser levada a uma autoridade competente, em prazo razoável, ocorrendo igualmente o seu julgamento. Ademais, deve-se considerar nos casos de prisão preventiva a preferência pela soltura e não pelo encarceramento, podendo estar condicionado ao cumprimento de algumas exigências pelo acusado.

A segunda convenção que influenciou a implementação da audiência de custódia no Brasil foi a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica) de 1969. Nela, igualmente há a previsão de tratamento dado a alguém submetida a um procedimento de prisão no art. 7º, item 5 assim dispõe: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve

ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei...”

Feitas essas análises a respeito da previsão da audiência de custódia nos tratados internacionais que impactaram diretamente o ordenamento jurídico brasileiro, sendo perceptível as diretrizes a serem seguidas, vejamos a incorporação dessa ferramenta com mais precisão no Direito Penal Brasileiro. Há a previsão legal no art. 310 do CPP estabelecendo que recebendo o juiz os autos da prisão em flagrante, deve em até 24 horas realizar a audiência de custódia, ratificando desse modo os preceitos decorrentes dos tratados.

A audiência de custódia está prevista no Código de Processo Penal e disciplinada pela resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça. Esta é uma ferramenta que visa assegurar a efetividade dos Direitos humanos por meio de procedimentos pré-processuais, com o intuito de efetivar o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Todavia, a audiência de custódia foi incorporada no ordenamento jurídico por meio de tratados internacionais; uma vez que o artigo 5º da Constituição Federal aponta que não há óbice a outros direitos humanos incorporados à CF desde que sigam o rito exposto nela, a saber: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Sendo assim, a Constituição Federal salienta que é possível a incorporação de tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos ao Direito brasileiro, possibilitando uma proteção ampliada no que se refere a um dos objetivos da CRFB, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Desse modo, mesmo já havendo a proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais no texto Constitucional, é impreterível mecanismos que reforcem esses direitos. Por isso, os tratados internacionais cumprem essa função.

No entanto, para serem parte do ordenamento jurídico, é imprescindível que sigam alguns requisitos, quais sejam assim como redigidos na Constituição Federal: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Posto isto, percebe-se que a CF considera emendas constitucionais os Tratados que versam sobre direitos humanos desde que sigam o processo legislativo acima menciona-

do. Destarte, cabe enfatizar que a audiência de custódia está prenunciada especialmente em dois tratados que o Brasil é signatário e, que são importantes para fortalecer a aplicação dessa ferramenta no judiciário brasileiro.

Outrossim, esta incorporação para atender às convenções, deu-se por meio da Resolução 213 do CNJ, em que há uma regulamentação sobre o procedimento da audiência de custódia semelhante ao que dispõe os tratados internacionais mencionados acima; Ainda, esta resolução é fundamentada por decisões do STF como arguição de descumprimento de preceito fundamental e relatórios realizados pelo subcomitê de prevenção à tortura da ONU, bem como diagnósticos de pessoas feito pelo CNJ e o INFOPEN, do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ). Sendo, desse modo, resultado de um conjunto de dados e informações dos órgãos oficiais da justiça com o fim de promover melhorias no ambiente carcerário.

Desse modo, a audiência de custódia é uma ferramenta prevista nos tratados internacionais que o Brasil é signatário, bem como no CPP e disciplinado pela resolução 213 do CNJ, sendo portanto, um mecanismo importante no Ordenamento Jurídico para assegurar direitos e promover maior esclarecimento nas prisões em flagrante, evitando o abuso de poder que fere e reprime direitos fundamentais, bem como estabelecer o aperfeiçoamento do sistema carcerário, promovendo inclusão social e estratégias de prevenção ao encarceramento.

1.1. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A INCLUSÃO SOCIAL

De acordo com o Depen, o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes, sendo, portanto, a terceira maior população carcerária do mundo. Nesse sentido, para garantir os direitos fundamentais a esses presos, evitar a superlotação carcerária e promover a inclusão social, a audiência se mostra como uma importante ferramenta. Além disso, é um mecanismo criado para que se garantam alguns direitos previstos em tratados internacionais, bem como pela Constituição Federal, a saber, o direito ao tratamento igual, sem distinção numa abordagem policial e o direito ao contraditório e a ampla defesa como preceitua o texto Constitucional no art 5º, em que há a descrição do princípio da igualdade, estabelecendo que deve haver distinção, de gênero, raça ou qualquer outro.

Sendo assim, é mister seguir as diretrizes que fixam os procedimentos numa abordagem policial para que se garanta esses direitos fundamentais. Além disso, a audiência de custódia é um instrumento que permite a proibição de maus tratos e eventualmente tortura pelas autoridades policiais, pois de acordo com a Lei nº 9455/97 pode configurar crime de tortura ou constrangimento de alguém quando empregada violência ou grave ameaça que causam sofrimento físico ou mental, com o objetivo de aplicar uma punição particular ou uma forma de caráter preventivo. Nesse sentido, o autor Aury Lopes Júnior (LOPES, 2020) preceitua a necessidade de haver o conhecimento do preso sobre os seus direitos e a preocupação da entrevista para averiguar se houve maus tratos ou tortura.

Certamente, a audiência de custódia é uma ferramenta que protege os mais vulneráveis da sociedade, haja vista que, de acordo com o relatório do CNJ, dos casos de custódia 34,82% não concluíram o Ensino Fundamental e 37,6% não possuíam renda fixa. No que se refere à raça 64,1% são negros (cabe destacar que, no total da população do Brasil o índice é de 47,1% de acordo com o IBGE). Ademais, consoante o IDDD, a raça se mostra possivelmente um marcador que resulta nas desigualdades nos resultados da audiência de custódia.

Ainda, no último relatório do IDDD do Conselho Nacional de Justiça foram identificados 23,8% de casos em que as pessoas disseram ter sofrido violência policial, dessas, 21,6% foram enviadas para os institutos médico-legais com o intuito de realizar exames e apenas 0,9% houve a determinação judicial para instaurar um inquérito policial. Outro ponto a ser destacado é que 90,87% dos custodiados são homens e têm entre 18 e 29 anos de idade. Percebe-se que há um padrão de custodiados que reflete no número de vulneráveis dentro dos presídios.

Consoante o escritor Caio Paiva (PAIVA, 2018), que alerta sobre as grandes e desiguais características do sistema carcerário. O autor salienta que há duas perspectivas dentro do sistema prisional brasileiro, quais sejam, quantitativa e qualitativa. A primeira se refere simplesmente a expressão numérica; já, a segunda diz respeito ao perfil socioeconômico, isto é, há uma cultura do encarceramento atrelada às desigualdades sociais. Sendo assim, a audiência de custódia é um instrumento que pode assegurar a inclusão social de indivíduos que apenas são percebidos quando há aplicação do poder punitivo do Estado.

1.1.1. A VULNERABILIDADE SOCIAL COMO FATOR DETERMINANTE DO ENCARCERAMENTO

A audiência de custódia permite verificar o perfil dos delinquentes, estabelecendo parâmetros de vulnerabilidade, a saber, classe social, escolaridade, raça, gênero e outros. Levando os dados supramencionados em consideração, a audiência de custódia prevê uma aproximação do juiz com o acusado, possibilitando um olhar humanitário, como preceitua o escritor Aury Lopes Júnior (JÚNIOR,2020), a audiência de custódia é um meio pelo qual o judiciário pode analisar o caso, verificando com proximidade as características pessoais do indivíduo, bem como fatores relevantes que o levaram a praticar um crime. Desse modo, o juiz, após alegar sistematicamente o custodiado, poderá determinar a inclusão social por meio de medidas alternativas à prisão.

Ademais, um importante estudo realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), demonstra que dos custodiados 91% eram do sexo masculino, 46% tinham entre 18 e 24 anos, 35% possuíam ensino fundamental incompleto, 64% eram negras, 14% declararam não possuir qualquer fonte de renda, 33% declararam ter renda de até um salário-mínimo e 47% entre 1 e 2 salários-mínimos. Desse modo, constata-se uma seletividade penal, em que o número de custodiados é formado majoritariamente por pessoas vulneráveis social e economicamente. Sob esse enfoque, o Manual de gestão de alternativas penais elaborado pelo CNJ, aponta uma orientação imprescindível em relação aos custodiados, qual seja, “ouvidas em suas reais necessidades e demandas para a promoção da equidade, considerando as suas vulnerabilidades sociais.”. Desse modo, o manual traz importantes questões sobre fragilidade social, inserindo orientações relativas à aplicação dos direitos fundamentais.

2. FLUXOS ITINERÁRIOS DE CUIDADOS LOCAIS E A INSERÇÃO SOCIAL COMO ESTRATÉGIA DE DESENCARCERAMENTO

Perceptível através de discussões anteriores, o panorama nacional de encarceramento não demonstra resultados positivos e está longe de cumprir sua missão determinada legalmente. Isso também se aplica em cená-

rios locais, nos quais aprofundaremos o estado do Maranhão, onde apesar de ter havido muitos avanços com a implantação da audiência de custódia, ainda há um alto índice de audiências de custódia que resultam em prisão.

Fatos importantes a serem expostos são o índice elevado de Prisões Preventivas que chegam a 55%, o de Liberdade Provisória que fica em 44% e o Relaxamento da Prisão de 1%. Além disso, cabe destacar a predominância étnica dos envolvidos, tendo em vista a majoritária seleção penal de pessoas negras e pardas. Seguindo a mesma linha de raciocínio, dos acusados que tiveram garantido o direito de responder ao processo em liberdade, 33,766% eram pretos; 32,467% pardos; 6,493% brancos; e de 27,272% não foi informada a cor. Em relação aos acusados que tiveram prisão provisória decretada, 32% eram pretos; 56% pardos; e 12%, brancos. Por fim, a escolaridade dos presos provisórios foi registrada em sua maioria como ensino fundamental incompleto, de acordo com a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos.

De outra parte, dos 12 estados brasileiros sobre os quais o IDDD obteve informações, apenas quatro foi registrada a retirada das algemas durante a audiência de custódia, divergindo do Maranhão, onde a retirada depende do juiz que preside o ato, Rondônia, onde registrou-se a retirada em todas as audiências, Pernambuco, onde foram mantidas as algemas em apenas 3% das audiências acompanhadas, e Ceará, onde a maior parte das audiências aconteceu com as pessoas algemadas, embora em mais de 1/3 dos casos tenha havido a retirada dessas algemas.

Nesse sentido, é válido considerar que há uma grande crise de definição no que tange ao termo custódia, pois ela sofre viciosos desvios de finalidades dados os indicadores, deixando em aberto o seu papel fundamental de “guardar e proteger”, controlando a “legalidade e necessidade da prisão”, e investigando outros crimes contra os direitos humanos. PAIVA, Caio (2015).

2.1 A EFETIVIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO JUDICIÁRIO E O FORTALECIMENTO DO CONTATO CUSTODIADO-DEFENSOR

Dando início à discussão sobre a efetividade da audiência de custódia, enfrenta-se o primeiro gargalo que pode ser considerado uma resposta

mais direta: A superlotação carcerária no Brasil, de acordo com os dados do Ministério da Justiça. De outra parte, a respeito sobre finalidade de aplicação da audiência de custódia com o intuito de promover o desencarceramento e conseqüentemente a inclusão social, existem diversos dilemas a respeito da funcionalidade equilateral de toda a estrutura jurídica brasileira. Percebe-se, nesta última provocação, argumentos favoráveis a tese, como por exemplo, o “uso excessivo de decretação de prisões preventivas – em média de 50% nos estados da Federação já nos seus primeiros dois anos de implementação”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com os dados apresentados e a luz dos principais tratados internacionais, a saber, a convenção interamericana de direitos humanos, o pacto San Jose da Costa Rica, bem como a Resolução n. 213 do CNJ e o Código de Processo Penal, percebe-se que a implantação da audiência de custódia é uma importante ferramenta para promover o desencarceramento e a inclusão social no Brasil. No entanto, afere-se que existem muitas limitações para efetivá-la, pois ainda temos uma alta porcentagem de decretação de prisões no País, bem como, de forma mais específica, no Maranhão. De qualquer forma, é mister destacar que esse instituto tem trazido discussões importantes no âmbito jurídico, político e social sobre o sistema carcerário, evidenciando os principais impasses estruturais existentes em todo o país.

A audiência de custódia torna-se um dos principais meios para efetivação de princípios constitucionais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e o princípio da igualdade, haja vista que traz os pormenores da aplicação desses princípios através da aproximação do judiciário com o custodiado, promovendo uma humanização do processo de encarceramento e dando destaque para as questões de vulnerabilidade que estão ligadas a prática do crime. Outrossim, provoca debates e reflexões no mundo jurídico no que se refere a aplicação imediata da prisão, pois essa ferramenta não deve ser utilizada arbitrariamente sem averiguar os principais fatores que levaram a prática do delito, bem como não deve ser instrumento de perpetuação dos preconceitos advindos de raça e/ou classe social; pelo contrário, serve como uma oportunidade para

quebrar paradigmas ligados a exclusão de determinados indivíduos desfavorecidos socialmente.

Por fim, cabe destacar que a audiência de custódia tem promovido muitos avanços no sistema judiciário, embora haja uma resistência por parte dos magistrados e de alguns atores jurídicos. Mas a sua implementação tem lentamente provocado mudanças significativas no combate a tortura e ao aumento do encarceramento que resulta na superlotação carcerária brasileira. Ademais, estes resultados são percebidos através do distanciamento de pequenos infratores que potencialmente poderiam se tornar criminosos e com a sutil diminuição das prisões decretadas em alguns Estados do país. Destarte, mediante a análise teórica através da história e incorporação jurídica, bem como dos principais dados apontados pelo CNJ e órgãos governamentais, conclui-se que a audiência de custódia é um instrumento de notável relevância para promover o desencarceramento e a inclusão social no Brasil.

Um das principais ações que podem ser estimuladas para combater cenários tão extremos de encarceramento agravado por problemas étnico-sociais são as relações que envolvem custodiado e defensor. A legislação prevê que convém atendimento reservado ao indivíduo antes de ser submetido ao julgamento.

Ainda a respeito de procedimentos técnicos e legais, o uso de algemas durante as audiências pode ser entendido complementarmente através da Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal, que prevê a litude da sua utilização somente em situações extraordinárias que representam resistência, risco de fuga ou grave ameaça. No entanto, no cenário estatisticamente apresentado no presente artigo, o uso das algemas é regra absoluta e, às vezes, sequer questionado pela defesa. Apenas em Pernambuco, observou-se que a maioria das audiências acontece sem que o custodiado esteja algemado. Não bastasse o descumprimento do mandamento sumular, em determinados estados, os custodiados assistem a toda a audiência de custódia com as mãos algemadas para trás ou algemados uns aos outros.

Nesse desenrolar dramático em específico, se é perceptível compreender, o quanto a audiência de custódia se constitui como um importante momento de contato pessoal entre os profissionais do direito e a pessoa custodiada. Conclui-se, portanto, que a manutenção das algemas marca esse contato com o esmagamento da presunção de inocência, princípio

previsto na Constituição Federal. Ao contrário, é a presunção de culpa – e também a de periculosidade – que se faz presente em quase todas as audiências observadas nos diferentes estados.²⁷

Nucci (2013) complementa o entendimento legal a respeito da grave condição contra os direitos individuais de não cumprir o procedimento ordenado, destacando que é necessário seguir uma sequência de necessidade e adequabilidade, sendo estes cumulativos para autorizar a medida cautelar. Não obstante, Paiva (2015) exalta o papel democrático e garantidor de direitos da audiência de custódia, o autor preocupa-se com a deformação das razões dessa ferramenta jurídica, que tem o “objetivo restrito” de fornecer um ambiente de diálogo livre. Mas denota uma prática incongruente de utilizar da audiência de custódia como parte de um interrogatório.

Por fim, a liberdade aqui destacada refere-se ao direito primordial para as alternativas penais e postula também por dignidade, protagonismo, autodeterminação, individuação, reparação e justa medida para todos os envolvidos, com garantia ao respeito às diferenças, aos direitos humanos, aos valores das minorias e das majorias minoradas (como os negros no Brasil o são), a consideração de culturas diferenciadas, a aposta nas trajetórias individuais e o reconhecimento das potencialidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. **Código de Processo Penal.** decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 23 jun 2020.

_____. **Planalto.Gov.br.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm#:~:text=I%20%2D%20constranger%20

27 IDDD.ORG.BR. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf. Acesso em 23 de Agosto de 2020.

algu%C3%A9m%20com%20emprego,lhe%20sofrimento%20f%C3%ADsico%20ou%20mental%3A&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Na%20mesma%20pena,n%C3%A3o%20resultante%20de%20medida%20legal. >. Acesso em: 08 ago. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. **IBCCrim, Boletim n. 254** – Janeiro/2014. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://corteidh.or.cr>

CNJ.JUS.BR. **Resolução Nº 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 23 jun. 2020.

CNJ.JUS.BR. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/09/bf7efcc53341636f610e1cb2d-3194d2c.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CNJ.JUS.BR. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais_ARTE_web.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

CNJ. JUS. BR. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234> > Acesso em: 24 jun. 2020.

CONJUR.COM.BR. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf> >. Acesso em: 22 maio 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 jun.2020.

COSTA, ANDERSON SILVA DA. **Audiência de Custódia: garantismo ou simbolismo?** 1º Ed. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019.

DEPEN.COM.BR. Disponível em< www.depen.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

IDDD.OR.BR. Disponível em: <https://iddd.org.br/iddd-lanca-relatorio-e-sumario-executivo-sobre-audiencias-de-custodia-no-pais/>. Acesso em: 23 agos. 2020.

_____. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. Disponível em: <https://iddd.org.br/iddd-lanca-relatorio-e-sumario-executivo-sobre-audiencias-de-custodia-no-pais/2017>. Acesso em: 23 ago. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17^o ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. 4^a ed. São Paulo: RT, 2013, p. 33.

OAS.ORG. **Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, 16 dez.1966. Disponível em:** <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Planalto.gov.br. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

SEMER, Marcelo. A audiência de custódia adapta o processo penal brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos. **Blog Sem Juízo**, jun. 2014. Disponível em: <http://blog-semjuizo.blogspot.com.br/2014/06/dpu-pede-audiencia-de-custodiapara.html>. Acesso em: 25 ago. 2020.

SMDH. Org. br. Disponível em: http://smdh.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Relat%C3%B3rio-de-Audi%C3%Aancia_web.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.

WWW.GOV.BR. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 16 set. 2020.

ANÁLISE ACERCA DO CRIME DE INCÊNDIO SOB A ÓTICA DO CÓDIGO PENAL E DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

*Gabriela dos Santos Reginato*²⁸

*Geisiele de Medeiros*²⁹

INTRODUÇÃO

A Lei de Crimes Ambientais e o Código Penal, no ponto em que será analisado, tutelam objetos parecidos quanto ao crime de incêndio em mata ou floresta. Isso porque, embora o artigo 250, § 1º, inciso II, alínea “h” do Código Penal e o artigo 41 da Lei nº 9.605/98 prevejam condutas parecidas para crimes parecidos, é certo que se diferenciam pelo objeto jurídico a ser tutelado, sendo, no presente trabalho, abordados de forma detalhada, bem como pela pena a ser aplicado, como se verá mais adiante.

A Lei nº 9.605/98 dispõe sobre sanções penais e administrativas para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, de modo que contém tipos penais com suas respectivas penas, tanto de restritivas de direito quanto privativas de liberdade.

Observando os dispositivos mencionados, percebe-se uma semelhança entre eles, que pode parecer um pouco confusa na prática. Ocorre que,

²⁸ Bacharela de Direito, UniSL – 2021.

²⁹ Bacharela de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná, UniSL – 2020. MBA em agronegócio e desenvolvimento sustentável.

quando isso acontece, socorre o Direito Penal de alguns princípios norteadores aptos a solucionar possível conflito aparente de normas. Neste contexto, será abordado o princípio da especialidade, contido no artigo 12 do Código Penal, sendo o mais adequado quando se trata de lei especial e lei geral em conflito aparente.

Aborda-se, ainda, o conceito de perigo comum, que está previsto no Código Penal, mas não na Lei de Crimes Ambientais, sendo a principal forma que distingue os institutos, sobretudo na prática, que é tão comum em determinadas épocas do ano.

A metodologia presente neste trabalho é a hiotético-dedutivo conjuntamente com uma abordagem dialética, sendo delineada por revisão bibliográfica, complementado por julgados e documentos jurídicos através da Lei nº 9.605/1998.

1. DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Assim como nas demais áreas jurídicas, é plenamente possível que um mesmo fato delituoso esteja tipificado em dois diplomas legais, de modo que em um mesmo caso, aparentemente pode ser utilizada a legislação geral como especial.

Diante desse raciocínio, o legislador adotou critérios para uma possível solução do conflito aparente de normas, que possui como finalidade, como esclarece Cleber Masson, “de manter a coerência sistemática do ordenamento jurídico, bem como a preservar a inaceitabilidade do *bis in idem*”(2016, p.146)

A doutrina, de maneira geral, delinea quatro princípios: da subsidiariedade, consunção, alternatividade e o princípio da especialidade, da qual partiremos a abordar com maior profundidade. Este último princípio, ora destacado, apresenta uma origem no direito romano, sendo aceito pela grande maioria, bem como por Cleber Masson que em suas palavras explica:

A lei especial, também chamada de específica, possui sentido diferenciado, particularizado. Cuida-se daquela cuja previsão reproduz, de modo expresso ou elíptico, a da lei geral, tornando-a especial pelo acréscimo de outros elementos. (2016, p. 148).

No código penal o dispositivo que contempla está localizado no artigo 12, da qual relata que “Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. O artigo mencionado determina que se a lei especial dispuser de modo diverso, esta será aplicada, justamente porque, por ser especial, detém mais ou melhores elementos para configurar o tipo penal.

Na mesma vertente, Rogério Sanches Cunha explica que o princípio ora elucidado está disciplinado:

[...] no artigo 12 do Código Penal e determina que se afaste a lei geral para aplicação da lei especial. Entende-se como lei especial aquela que contém todos os elementos da norma geral, acrescida de outros que a tornam distinta (chamados de especializantes). O tipo especial preenche integralmente o tipo geral, com a adição de elementos particulares [...] (2015, p. 140).

Cleber Masson esclarece que o critério da especialidade:

[...] reclama duas leis penais em concurso, caracterizadas pela relação de gênero e espécie, na qual esta prefere àquela, excluindo a sua aplicação para fins de tipicidade. A lei específica deve abrigar todos elementos da genérica, apresentando ainda outras particulares, constituindo uma subespécie agravada ou atenuada daquela. (2016, p.150, 151)

Não obstante, André Estefam no mesmo entendimento expõe:

A relação de especialidade verifica-se quando há entre os tipos penais que descrevem os delitos em análise relação de gênero e espécie. O crime que contém todas as elementares do outro, mais algumas que o especializam, denomina-se crime especial e o outro, crime genérico. (2018, p. 108)

De tal modo, entende-se que não será utilizada única e exclusivamente a norma prevista em lei especial, e sim, aquela que contenha mais ou diversos elementos acerca de determinada conduta delitativa, de modo à melhor caracterizá-la e enquadrá-la no caso concreto.

2. DO CRIME DE INCÊNDIO EM MATA OU FLORESTA PREVISTO NO CÓDIGO PENAL

Atualmente a ação praticada por uma pessoa que vai contra um ato proibido por uma lei que assim tenha uma pena determinada, constitui crime. Assim, passou a existir o crime de incêndio, devido os elevados índices de queimadas expondo a vida da população, aumentando o aquecimento global no planeta, ceifando a vida dos animais que estavam em seu habitat natural, causando problemas de saúde às pessoas que residem próximas ao local do ato.

Dessa maneira constitui crime de incêndio em mata ou floresta, assim disciplinado no capítulo reservado aos crimes de perigo comum, conforme previsto no artigo 250, § 1º, inciso II, alínea “h” do Código Penal.

Art. 250 – Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de três a seis anos, e multa.

§ 1º – As penas aumentam-se de um terço: [...]

II – se o incêndio é: [...]

h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

Incêndio culposo

§ 2º – Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de seis meses a dois anos. (BRASIL, 2020 – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 08 de jan de 2020)

Pelo exposto acima, Rogério Sanches Cunha utiliza a seguinte argumentação para conceituar o incêndio. Veja-se:

Incêndio é a voluntária comunicação de fogo a alguma coisa com a consciência de, assim agindo, acarretar perigo para a vida, integridade pessoal ou patrimônio alheios ou apenas provocando tal perigo de maneira imprevista em decorrência de imprudência, negligência ou imperícia. Poder ser praticado não só por ação, mas

também por omissão, quando o agente, por exemplo, dá causa à sua ocorrência por acidente e, podendo, deixa de evitar sua propagação, bem como nas hipóteses em que sobre ele pesava o dever legal de evitá-la. (2018, p. 685)

De tal modo, o artigo mencionado encontra-se no rol de crimes contra a incolumidade pública, sendo um dos tipos de crime de perigo comum. Neste sentido, anota-se que o crime de perigo comum, também chamado de perigo coletivo, constitui-se como aquele que atinge a coletividade ou quantidade indeterminada de indivíduos. Com efeito, corroborando o exposto, extrai-se das palavras de Guilherme Schaun:

Enquanto os crimes de perigo individual atingem uma pessoa ou um número determinado de pessoas, como no crime de perigo de contágio venéreo (Art. 130 do CP), os crimes de perigo comum, ou coletivo, atingem um número indeterminado de pessoas, como é o caso da explosão criminosa (Art. 251 do CP). (2019. Disponível em <https://guilhermesbsschaun.jusbrasil.com.br/artigos/693420512/crimes-de-dano-e-crimes-de-perigo-conceitos-e-critica>)

A respeito disso, verifica-se que no crime de perigo comum o bem jurídico atingido não é o patrimônio individual, particular e isolado, e sim um número indeterminado de coisas e pessoas, sendo que a conduta delitiva é tomada por uma proporção ou dimensão muito mais expressiva. Compreende-se, então, que o crime de incêndio do art. 250 do Código Penal é de perigo comum, vez que a ação criminosa de “causar” incêndio expõe a perigo à vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, de acordo com o disposto no *caput* do mencionado artigo.

Deste modo, é incontroverso o fato de que não há como determinar-se qual, ou quais bens jurídicos tutelados serão atingidos (vida, integridade física ou o patrimônio de outrem), e qual alcance tomará o evento criminoso. Por outro lado, o legislador ainda ampliou o artigo 250, acrescentando uma série de alíneas no inciso II do § 1º, que se traduzem no aumento de pena quando o incêndio for provocado em determinadas circunstâncias, chamadas de majorantes.

De tal modo, se o incêndio é comum, é punível com pena de reclusão, de três a seis anos, e multa, ao passo que as penas aumentam de um terço se o incêndio é provocado em qualquer dos locais mencionados nas

alíneas do inciso II, em conformidade com o parágrafo primeiro do artigo 250 do código penal.

O legislador, por sua vez, enumerou na alínea “h” as elementares lavoura, pastagem, mata e floresta, as quais possuem, conforme Cezar Roberto Bitencourt, os seguintes conceitos: “[...] **lavoura** é terra cultivada; [...]” bem como a “[...] pastagem é campo coberto de ervas para a alimentação do gado; [...]” (2012, p. 1.856). A mata e a floresta possuem uma mera semelhança de definição, sendo que floresta é qualquer grande área de terra coberta de árvores ou outra vegetação que produza madeira; já a mata são alguns dos nomes populares dados às florestas, mas para Cezar Roberto Bitencourt, “[...] **mata** é o conjunto de árvores de grande porte, e **floresta** é o agrupamento de matas [...]” (2012, p. 1.857).

Além disso, merece destaque que o tipo penal de incêndio ainda prevê a modalidade culposa, quando o agente, não observando as cautelas necessárias, pratica um ato ilícito por agir com negligência, imprudência ou imperícia, as quais são independentes entre si. A esse respeito, descreve Fernando Capez que o dolo “[...] é à vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta [...]” (2011, p. 223).

Partindo-se do pressuposto adotado por Fernando Capez, de que a vontade e a consciência são elementos do dolo, passa-se à análise do conceito de culpa, também adotado pelo mencionado professor.

Por essa razão, sabedor dessa impossibilidade, o legislador limita-se a prever genericamente a ocorrência da culpa, sem defini-la. Com isso, para a adequação típica será necessário mais do que simples correspondência entre conduta e descrição típica. Torna-se imprescindível que se proceda a um juízo de valor sobre a conduta do agente no caso concreto, comparando-a com a que um homem de prudência média teria na mesma situação. A culpa decorre, portanto, da comparação que se faz entre o comportamento realizado pelo sujeito no plano concreto e aquele que uma pessoa de prudência normal, mediana, teria naquelas mesmas circunstâncias. (2011, p. 230)

Além disso, o artigo 250 do Código Penal descreveu a forma culposa, consagrada no parágrafo segundo do artigo citado:

§ 2º – Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de seis meses a dois anos. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 de jan de 2020)

Portanto, caso o incêndio seja provocado culposamente, a pena em abstrato prevista pelo artigo é menor, sendo, pois, de seis meses a dois anos de detenção. Neste ponto merece destaque os dizeres de SANCHES CUNHA mencionando que “[...] as figuras majoradas no § 1º não têm aplicação neste caso [...]”. (2017, p. 686).

No mesmo raciocínio são as ponderações tecidas por RIOS GONÇALVES, o qual demonstra que “[...] as causas de aumento de pena do § 1º não se aplicam ao crime de incêndio culposo”. (2018, p. 680). Desse modo há previsão legal de aumento de pena para os casos em que o crime de incêndio pode ocorrer na modalidade culposa, devidamente estampado na segunda parte do art. 258 do Código Penal.

Formas qualificadas de crime de perigo comum

Art. 258 – Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço. (BRASIL, 2020 – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 08 de jan de 2020)

Assim, verifica-se que o legislador atentou, desde a criação do Código Penal, em cuidar de patrimônios tão importantes como a lavoura, pastagem, mata ou floresta, aplicando-lhes uma proteção diferenciada se comparada ao crime de incêndio comum, pois garantiu um aumento de pena de um terço em relação à pena em abstrato.

3. O CRIME DE INCÊNDIO NA LEI Nº 9605/98

O artigo 41 da Lei nº 9.605/98 traz a tipificação do crime de incêndio ambiental, conforme a redação do artigo a seguir:

Art. 41. Provocar incêndio em mata ou floresta:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa. (BRASIL, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 13 de fevereiro de 2020)

O artigo citado faz referência a incêndio, tendo como finalidade a caracterização de um crime. Entretanto, para melhor compreensão do que é incêndio, é necessário verificar conceitualmente esta palavra, para que se possa minudenciar no tocante à Lei nº 9. 605/98.

A palavra *incêndio* vem ao conhecimento da população como uma ocorrência de fogo não controlado, que pode ser perigoso para os seres vivos, podendo causar lesões ou até levar a morte, geralmente pela inalação dos gases produzidos devido à fumaça ou mesmo por queimaduras graves.

Já na esfera jurídica, o Decreto nº 2.661 de 8 de julho de 1998, apresenta a definição de incêndio em seu artigo 20, sendo “para os efeitos deste Decreto, entende-se como incêndio florestal o fogo não controlado em floresta ou qualquer outra forma de vegetação.” (BRASIL, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2661.htm. Acesso em 14 de fevereiro de 2020).

Tanto o conhecimento popular quanto o decreto ora mencionado, surgem de uma grande proporção de fogo causando um descontrole para quem deu causa, e desta noção concentra a regulamentação do Decreto nº 2.661, da qual deixa evidente que é caracterizado se fugir do controle humano, ocasionando ameaça ou agressão à fauna e flora do local. Neste sentido, os precedentes jurisprudenciais seguem o raciocínio, fazendo referências ao caso de descontrole do fogo para caracterizar como crime, conforme os julgados a seguir:

RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. CRIME CONTRA A FLORA. INCÊNDIO EM MATA OU FLORESTA. OBJETIVIDADE JURÍDICA. PATRIMÔNIO AMBIENTAL. FOGO DE GRANDES PROPORÇÕES. CONDUITA RESTRITA À VEGETAÇÃO DO CERRADO E SEU AMBIENTE AR-

BÓREO. COMPROVAÇÃO FÁTICA. EXISTÊNCIA DE CRIME. SÚMULA 7. DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO. INVIABILIDADE DE DIMINUIÇÃO POR OCORRÊNCIA DE ATENUANTES. PRESCRIÇÃO AFASTADA. **O tipo penal do crime de incêndio em mata ou floresta reside, pela própria definição legal, na hipótese de configuração de fogo descontrolado e de proporções em ambiente arbóreo protegido pela lei ambiental.** Uma vez tendo a instância ordinária consagrado com a prova dos autos a violação ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora em questão, resta insubsistente a reforma pela via especial, em face da necessidade do confronto probatório. Súmula 7. A diminuição da pena pela existência de atenuantes não incide diante da fixação no mínimo legal. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp: 933356 MG 2007/0053877-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 18/12/2007, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 18/02/2008 p. 89 RT vol. 872 p. 596) (BRASIL, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8728927/recurso-especial-resp-933356-mg-2007-0053877-6?ref=serp> Acesso em 14 de fevereiro de 2020.)

Da mesma maneira, com a ideia de não obter o controle necessário para o fogo, elucida o julgado que:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DEFESA PRÉVIA. NÃO-APRESENTAÇÃO. NULIDADE. CERCEMAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INCÊNDIO. EMENDATIO LIBELLI. CONTRAVENÇÃO. ARTIGO 26, ALÍNEA E, DA LEI N.º 4.771/65. ARTIGO 40 DA LEI N.º 9.605/98. PARQUE NACIONAL DA SERRA GERAL E DOS APARADOS DA SERRA. AGRICULTURA DE SUBSISTÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE POTENCIAL CONHECIMENTO DA ILICITUDE.

1. A apresentação da defesa prévia, mais do que uma faculdade, é ônus da defesa. De sua inércia, portanto, não exsurge nulidade.

2. Pratica o crime do artigo 41 da Lei nº 9.605/98 o agente que ocasiona incêndio em área de mata nativa. **Caracteriza o incêndio sua significativa proporção e dificuldade de controle em sua propagação ou extinção.** A contravenção de fazer fogo somente ocorre quando mínima e singela a proporção daquele.

3. Efetiva-se a emendatio libelli quando evidenciado que o agente detinha controle sobre a área objeto da queimada. Reclassificada a conduta para a contravenção do artigo 26, alínea 'e', do Código Florestal Nacional.

4. Comete o ilícito previsto no artigo 40 da Lei n.º 9.605/98 aquele que efetua o corte de árvores no interior de unidade de conservação. Sutil e objetiva especialidade, no caso, da regra do artigo 40 sobre aquela do artigo 39, ambos da Lei nº 9.605/98.

5. Inexistindo nos autos suficientes e robustos elementos probatórios aptos a conferir irretorquível certeza quanto à caracterização da consciência da ilicitude, da culpa e, portanto, do dolo do agente, impõe-se sua absolvição.

(TRF4, 8ª T., Apelação Criminal 2005.72.04.010264-0, Relator: Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em 24/09/2008)

(BRASIL, 2020. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1315442/apelacao-criminal-acr-10264/inteiro-teor-14078110?ref=serp> Acesso em: 14 de fevereiro de 2020)

Não obstante, pode-se desmistificar incêndio de queimada. Sendo que incêndio como conceitualmente foi explanado e os julgados afirmaram são o descontrole, sem uma finalidade específica. Já a queimada atua com o objetivo de limpeza para a exploração de uma propriedade. Deste modo, diante o exposto pode-se concluir que o incêndio ocorre devido descuido ocasionando pelo descontrole em uma proporção significativa, não esperada pelo autor.

4. DA APLICAÇÃO DE AMBAS AS LEIS

É de fundamental importância observar que a Lei Federal nº 9.605, também conhecida como Lei de Crimes Ambientais, veio tratar, entre

outras coisas, de infrações causadas ao meio ambientes e afins. Importante salientar que essa lei tem aplicação demasiadamente forte no território nacional, vez que os recursos naturais brasileiros são fartos e abundantes e, com isso, muitas ações criminosas tomam forma. De qualquer forma, não é por acaso que o território nacional seja palco, diariamente, de práticas delitivas contra a fauna, a flora, os recursos hídricos, o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, assim como outros descritos na legislação ambiental.

Neste ponto, merece destaque que o crime de incêndio previsto no art. 41 da Lei nº 9.605/98, tem previsão de um tipo penal semelhante àquele previsto no art. 250, § 1º, inciso II, alínea “h” do Código Penal brasileiro. Vejamos:

Art. 41. Provocar incêndio em **mata** ou **floresta**:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa. (BRASIL, 2020 – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 08 de jan de 2020)

Já o Código Penal dispõe, *in verbis*:

Art. 250 – Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de três a seis anos, e multa.

§ 1º – As penas aumentam-se de um terço: [...]

II – se o incêndio é: [...]

h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

Incêndio culposo

§ 2º – Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de seis meses a dois anos. (BRASIL, 2020 – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 08 de jan de 2020)

Percebe-se, da leitura de ambos os artigos, que as diferenças aparentes entre a conduta modelada na Lei de Crimes Ambientais e a prevista no Código Penal consistem, basicamente, nas penas em abstrato cominadas para os tipos penais e, ainda, nas elementares “lavoura” e “pastagem”, as quais se encontram inseridas no Código Penal, mas não na Lei nº 9.605/98, conforme se observa da simples leitura do texto legal.

Primeiramente, cumpre observar que as elementares “mata” e “floresta” dispostas no Código Penal, estão assim previstas como causas de aumento de pena, uma vez que a ação nuclear refere-se tão somente ao ato de “causar incêndio”. Todavia, significa que, de modo geral, a intenção do legislador era tutelar a incolumidade pública, uma vez que, para a consumação do delito, é necessário que a ação exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Em virtude do explanado, passa-se a análise do que ESTEFAM (2018) descreve, utilizando-se da seguinte argumentação:

O incêndio constitui crime de perigo concreto, de vez que a produção do risco figura como elementar do tipo. **Trata-se, portanto, de condição indispensável para a consumação do delito que o incêndio ganhe proporções suficientes para expor a vida, a integridade física ou o patrimônio de terceiros a perigo.** Deve-se repisar que será fundamental (para efeito de consumação) a efetiva produção do perigo comum, isto é, a um número indefinido de pessoas. Assim, por exemplo, o fato não se subsumirá ao art. 250 do CP se uma pessoa incendiar o próprio imóvel, em local ermo e sem pessoas próximas. (2018, p. 183)

Por outro lado, é possível aferir que o crime de incêndio, previsto na Lei de Crimes Ambientais, não se incluiu no rol de crimes de perigo comum, como explanado anteriormente, uma vez que a legislação especial tem como comportamento típico os crimes causados contra o meio ambiente. Em outras palavras, o meio ambiente é o bem jurídico tutelado pela legislação especial, e não a incolumidade pública, a qual é tutelada pelo código penal, que conceitualmente é constituída por uma coletividade e seu número indeterminado de pessoas.

Neste sentido, verifica-se o conceito de meio ambiente, elaborado por Paulo de Bessa Antunes, (2019):

Meio ambiente compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação dos bens naturais que, por serem submetidos à influencia humana, transformam-se em recursos essenciais para a vida em quaisquer de seus aspectos. [...] (2019, p.7)

Todavia, a Lei 6.938/81, intitulada como Política Nacional do Meio Ambiente, também criou um conceito de meio ambiente, conforme disposto no artigo 3º, inciso I do diploma legal, vejamos:

Art 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; (BRASIL, 2020 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em 14 de jan de 2020)

Na mesma toada, Damásio de Jesus (2014, p. 895) discorre que:

[...] Vide art. 41 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que não revogou a alínea h, uma vez que os bens jurídicos são diversos. No crime especial, o meio ambiente é o bem tutelado; no crime de incêndio, são protegidos a vida, o patrimônio etc. (DAMÁSIO DE JESUS, p. 895).

Portanto, os crimes de incêndio previstos no art. 250, § 1º, inciso II, alínea “h” do Código Penal e no art. 41 da Lei nº 9.605/98 são diferentes não apenas quanto às penas cominadas para os delitos, como também pelas características elementares que envolvem os referidos crimes, as quais possuem o objetivo de determinar qual dos dispositivos se aplica melhor ao caso concreto.

Para melhor esclarecer o exposto, menciona-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará tem este mesmo entendimento, conforme se verifica pela ementa do seguinte julgado:

PENAL. INCÊNDIO. ART. 250 DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 41, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 9.605/98. IMPOSSIBILIDADE. DOLO CONFIGURADO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA- AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO- EXCLUSÃO DE OFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. No caso, o agente ateou fogo na pastagem, atingindo locais habitados, causando perigo aos moradores da região. As testemunhas confirmaram não só a grande dimensão do incêndio, mas também o perigo a que foram submetidas. 2. **Não há que se falar, portanto, em absolvição pelo crime de incêndio e enquadramento no crime ambiental, na modalidade culposa, do art. 41, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98. O dolo do acusado restou-se devidamente comprovado pela prova oral coligida em juízo: a ação do réu foi proposital, expondo à perigo a vida, à integridade e/ou ao patrimônio de pessoas indeterminadas, como minuciosamente relatado pelas testemunhas ouvidas.** 3. No que se refere à indenização mínima fixada, a doutrina e a jurisprudência pátria entendem ser necessário o requerimento expresso, oportunizando ao réu o contraditório e a ampla defesa, o que não ocorreu no caso. Ausente o pedido expresso, deve ser a indenização mínima fixada excluída de ofício. 4. Em face do entendimento do STF, manifestado no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, no qual se reconheceu a repercussão geral do tema, deve o Juízo de primeiro grau, diante do teor do presente acórdão, verificar a possibilidade de imediato cumprimento da pena por parte do recorrente. 5. Recurso conhecido e não provido. Indenização mínima fixada excluída de ofício. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000499-11.2017.8.06.0029, em que é apelante Antônio Rodrigues da Silva Sobrinho e apelado Ministério Público do Estado do Ceará. Acordam os Desembargadores da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso nos termos do voto do Reator. Fortaleza, 03 de outubro de 2017 DESEMBARGADOR RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS Relator (TJ-CE –

APL: 00004991120078060029 CE 0000499-11.2017.8.06.0029, Relator: RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/10/2017). (Disponível em <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505856570/apelacao-apl-4991120078060029-ce-0000499-1120078060029/inteiro-teor-505856592?ref=serp>. Acesso em 29 de jan de 2020.)

Neste sentido, é o julgamento do Recurso de Apelação pela 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, registrada sob o n. 0006176-36.2011.8.26.0575, onde o Ministro Relator Juvenal Duarte declarou que:

[...] No particular, merece destaque o judicioso parecer do e. Promotor de Justiça Designado em Segundo Grau WALTER TEBET FILHO, cujo teor também se acolhe como razão de decidir, verbis: [...] **A conduta do acusado se amolda, a nosso ver, à infração descrita no código penal, que é genérica**, e, não na infração da Lei dos Crimes Ambientais, pois a figura prevista no art. 41 é específica para matas e florestas, o que não é o caso dos autos, onde o incêndio foi em área de pastagem e área de plantação de café. Nesse sentido, aliás, o entendimento de GUILHERME DE SOUZA NUCCI quando ocorre o Confronto com o art. 250, § 1º, “h”, do Código Penal: **Aplica-se o disposto no art. 41 desta Lei, em respeito ao princípio da especialidade**, cuidando-se de mata ou floresta. Resta a aplicação do tipo referido no Código Penal quanto à lavoura e pastagem. [in “LEIS PENAIAS E PROCESSUAIS PENAIAS COMENTADAS”, 1º. ed., 2ª tir., São Paulo: ed. RT., 2006, pág. 540] [...] (sic, fl. 254) Nessa toada, comprovado que a conduta do apelante causou perigo à vida, à integridade física e ao patrimônio alheio, porque dolosamente incendiou pastagem e lavoura em área pertencente a duas fazendas, verifica-se que não restou dúvida quanto à configuração da conduta descrita no artigo 250, § 1º, II, h, do Código Penal. [...] (Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/215327223/apelacao-apl-61763620118260575-sp-0006176-3620118260575/inteiro-teor-215327255?ref=juris-tabs>. Acesso em 13 de jan de 2020)

À vista disso, há de ressaltar que os institutos não se confundem. O que ocorre são elementares parecidas, mas que marcam definições de crimes diferentes no caso concreto, sobretudo porque os institutos tutelam objetos jurídicos distintos.

A conduta genérica prevista no art. 250 do Código Penal tem por escopo caracterizar o crime cuja conduta normativa seja prejudicial à incolumidade pública, enquanto que os dados fundamentais dos tipos penais previstos na Lei nº 9.605/98 abrangem condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, por respeitar o princípio da especialidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar, ao longo do trabalho, que o Direito Penal preocupou-se em criar dispositivos aptos a caracterizar e definir como crime a ação delitiva de incêndio, tanto que assim o fez em dois diplomas diferentes, quais sejam Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), com o objetivo de prestar uma tutela jurídica à incolumidade pública e ao meio ambiente, respectivamente.

Para tanto, o legislador criou uma conduta delineada pelo Código Penal para o crime de incêndio (art. 250 do Código Penal), e outra pela Lei nº 9.605/98 (art. 41), as quais não se confundem, porque são independentes e distintas umas das outras.

O objeto da tutela jurídica do Código Penal tem como descrição uma ação delitiva genérica e abrangente, uma vez que seu foco é a tutela da incolumidade pública. Contudo, verifica-se que no mencionado dispositivo a presença de causas de aumento de pena, devidamente descritas no parágrafo primeiro do mencionado dispositivo. Por sua vez, é possível aferir que a alínea “h” do inciso II não pode ser confundida com o tipo penal do art. 41 da Lei de Crimes Ambientais, pois esta tem o olhar voltado à tutela do meio ambiente, e não à incolumidade pública.

Acerca disso, faz-se menção ao que foi abordado no presente trabalho quanto ao princípio da especialidade, que propõe que a norma especial prevalecerá sobre a geral quando dispuser de elementos que o distingam. Assim, se o fato delitivo for causado contra o meio ambiente, sem comprometer a incolumidade pública e não sendo de perigo comum, será enquadrado conforme a lei de crimes ambientais.

Por outro lado, caso o incêndio seja gerado colocando em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, podendo ser causado a um número indeterminado de pessoas, gerando risco coletivo, estará subsumido ao previsto no artigo 250 do Código Penal. Ademais, é importante lembrar que sempre que ocorrer em lavoura ou pastagem, a conduta terá enquadramento típico no Código Penal, uma vez que a Lei nº 9.605/98 não prevê essas duas elementares em seu tipo penal, fazendo menção expressa às elementares “mata” e “floresta”.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto-Lei nº 2.661, de 8 de julho de 1998**. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Casa Civil. **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: 14 jan 2020.

_____. Casa Civil. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 14 jan 2020.

_____. Casa Civil. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso: 14 jan 2020.

_____. Jus Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8728927/recurso-especial-resp-933356-mg-2007-0053877-6-stj/relatorio-e-voto-13795054?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Jus Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8728927/recur>

so-especial-resp-933356-mg-2007-0053877-6?ref=serp Acesso em: 14 fev. 2020.

_____. Jus Brasil. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/215327223/apelacao-apl-61763620118260575-sp-0006176-3620118260575/inteiro-teor-215327255>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Jus Brasil. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505856570/apelacao-apl-4991120078060029-ce-0000499-1120078060029/inteiro-teor-505856592?ref=serp>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. Jus Brasil. **Tribunal Regional Federal**. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1315442/apelacao-criminal-acr-10264/inteiro-teor-14078110?ref=serp> Acesso em: 14 fev. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial** / Victor Eduardo Rios Gonçalves. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza) Disponível em: <<https://guilhermebsschaun.jusbrasil.com.br/artigos/693420512/crimes-de-dano-e-crimes-de-perigo-conceitos-e-critica>>. Acesso em: 07 dez. 2019.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo: Método, 2015.

ANÁLISE DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO ESTADO DA BAHIA EM 2018

*Amanda Barreto Meirelles do Nascimento*³⁰

*Luciano Bandeira Pontes*³¹

*Nungi Santos e Santos*³²

*Núbia Mara Pereira Barbosa*³³

INTRODUÇÃO

O número de mulheres encarceradas no Brasil aumenta de forma progressiva e veloz e, mesmo assim, diante dessa realidade, constata-se que as mulheres são invisíveis para o Estado. As peculiaridades inerentes ao sexo feminino não são respeitadas – ou sequer observadas – pelos responsáveis em criar e aplicar as políticas públicas voltadas para o sistema prisional.

O presente estudo tem como objeto a análise do encarceramento feminino, especialmente, em relação às presas circunscritas ao Estado da Bahia. Para tal, apresentam-se dados acerca do crescimento carcerário no aludido Estado, a partir da leitura e da análise de dados disponibilizados

30 Mestra em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS/BA); advogada.

31 Mestrando em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS/BA); advogado.

32 Mestrando em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS/BA), procurador do Município de Camaçari-BA; advogado.

33 Mestra em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS/BA; tabeliã do 9º Tabelionato de Notas de Salvador-BA.

pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) e pela Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP). Assim, observar-se-á a perspectiva da sociedade diante da criminalidade que envolve diretamente a figura feminina, bem como o desenvolvimento com o passar dos anos dessa postura social diante das mulheres infratoras. Em suma, o texto tem como foco a atenção à condição social de tais mulheres transgressoras.

A presente pesquisa abordará, ainda, os motivos que levam o público feminino ao envolvimento criminoso, em especial, os motivos implicados com o crime de tráfico de drogas. Será abordada, aqui, a Lei nº 12.403 (BRASIL, 2011), percorrendo-se, dessa forma, as etapas enfrentadas depois da condenação, quando começa a fase da execução provisória, até chegar à execução definitiva.

Dentre algumas questões explanadas, não poderia faltar o *Habeas Corpus* nº 143.641, de São Paulo, em que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes, ou, ainda, em outras situações excepcionais, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada.

Sem o intuito de esgotar o assunto, convém trazer, nesta pesquisa, os relatos históricos e as ações do Estado, desenvolvendo um raciocínio sobre as ferramentas utilizadas pelo ente público – e se existem críticas sobre os resultados já alcançados.

Vários questionamentos são levantados, inclusive o aumento progressivo do sistema prisional feminino, a superlotação de presas provisórias, as deficiências e a assistência à saúde, a elevação do risco de contágio de doenças, a realização de trabalhos alienantes e a ausência de vagas em regime mais benéfico, além de graves consequências extramuros (e outras que excedem), em síntese, são apenas algumas realidades do cotidiano dos estabelecimentos penais femininos em todo o Brasil.

Problematizar a discussão sugerida é mister na sociedade atual, uma vez que consiste em entender o aprisionamento feminino dentro de uma lógica mais ampla de encarceramento, abarcando, com isso, elementos co-

muns a toda prisão, assim como as particularidades de prender mulheres, considerando-se as características tanto do corpo biológico assinalado com o sexo feminino, quanto da identidade de gênero, que carrega as expectativas de comportamentos voltadas ao papel social atribuído às mulheres.

O sistema penal é estruturalmente seletivo no geral. Dito isso, verifica-se a especial seletividade com que se encarceram mulheres que são mães, negras e pobres, justo aquelas que buscam no comércio ilícito de drogas, geralmente por necessidade de subsistência de sua própria família, uma melhor remuneração, quando não são coagidas ou ameaçadas para levar drogas aos presídios. Para essas mulheres que rompem duplamente com seu papel social, o nível de estigmatização (e de isolamento) a que estão sujeitas é ainda pior, já que são afastadas de seus filhos e abandonadas por seus companheiros.

No decorrer da abordagem, será notório o distanciamento entre a norma e a realidade dentro dos presídios brasileiros. A legislação defende a dignidade da pessoa humana, impõe a segurança e a integridade física do usuário do sistema penitenciário. Na prática, contudo, todos esses direitos são violados. Os encarcerados passam por situações tormentosas, quando vêem as suas necessidades não sendo suprimidas, cumprindo a sentença ou preventivamente.

Diante disso, é importante perceber que o encarceramento feminino exige do Estado um tratamento diferenciado, tanto no que concerne à estrutura física dos presídios, que deverá ser diferenciada de um presídio masculino, quanto à estrutura administrativa e funcional, em razão das necessidades concernentes ao sexo feminino.

Algumas dessas necessidades são encontradas na Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210 (BRASIL, 1984) –, que traz, em alguns artigos, tratamentos diferenciados para o sexo feminino encarcerado, quais sejam: (i) nos presídios femininos somente será permitido o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo pessoal técnico especializado (cf. art. 77, § 2º); (ii) a mulher será recolhida a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal (cf. art. 82, § 2º); (iii) os estabelecimentos destinados às mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 meses de idade (cf. art. 83, § 2º); (iv) a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses

e menores de 7 anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada, cuja responsável estiver presa (cf. art. 89).

Com relação a metodologia aplicada foi a qualitativa, já que busca entender o fenômeno do encarceramento feminino na Bahia em 2018, com dados fornecidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) e pela Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP). A técnica utilizada foi bibliográfica e jurisprudencial.

1. O ADVENTO DA LEI Nº 12.403/2011

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, alterou os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689 (Código de Processo Penal), de 3 de outubro de 1941, relativos à prisão processual, à fiança, à liberdade provisória, bem como outras medidas cautelares. O artigo 282 da referida lei assim dispõe:

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

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;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§1 As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 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.

§ 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.

§ 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).

§ 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.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319) [...] (BRASIL, 2011).

Conforme determinação legal, a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Observa-se, no entanto, que tais medidas cautelares visam, efetivamente, a um desencarceramento das pessoas que aguardam no sistema prisional o trâmite processual das ações penais que respondem até a prolação da sentença.

Um dos maiores problemas que o Poder Judiciário enfrenta diz respeito, justamente, ao tempo de duração das ações penais em todas as unidades federativas brasileiras. O acusado, em razão da sua segregação cautelar, encontra-se à disposição do Estado, que tem responsabilidade objetiva sob os detentos, ou seja, o Estado responde pela sua integridade física, mental, principalmente pela segurança de quem se encontra preso.

Não se pode atribuir ao cidadão segregado cautelarmente, em razão de decreto prisional fundamentado no artigo 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a procrastinação da marcha processual, desde quando o Estado é que detém o *jus puniendi*, isto é, possui todos os mecanismos para que a ação penal possa desenvolver-se naturalmente.

Na prática, o Estado passa por uma crise de valores sem precedentes, insiste em se eximir da sua responsabilidade invocando o princípio da razoabilidade, algo que não está positivado no ordenamento jurídico para justificar a sua inoperância.

Logo, a razoabilidade formulada como princípio jurídico ou como diretriz de interpretação das leis é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do Direito. Ademais, o dever de ser pautar no princípio da razoabilidade está sem se ater ao meio escolhido, meios estes adequados, necessá-

rios e não excessivos. Sendo assim, a medida a ser adotada deve ser condizente para atingir o fim constitucionalmente instituído, que é o devido processo legal substantivo, contemplado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal (AMORIM, 2008).

Assim sendo, o princípio da razoabilidade vai de encontro à sua própria razão de existir: é razoável a duração de uma ação penal se prolongar por tempo demasiado além do que a lei determina?

Como base do processo penal, invocam-se o processo legal e a dignidade da pessoa humana, para que não se configure um constrangimento ilegal irreversível fazendo com que os Estados alcances índices não aceitáveis do encarceramento em massa de pessoas negras, pobres e, na sua grande maioria, de periferias. O que se observa, atualmente, é que o Estado encarcerador, ao invocar o princípio da razoabilidade, começa a ganhar um novo problema a ser enfrentado, que é o aumento demasiado de mulheres que vem a cometer crimes. E mais: o Estado não possui estrutura adequada para a manutenção da segregação cautelar de mulheres que cometeram delitos pela primeira vez, que possuem filhos menores e que algumas vezes assumem o papel de chefe de família.

O sistema prisional deveria apresentar uma estrutura minimamente compatível com o quanto preconiza a Lei de Execução Penal, no tocante à classificação do interno em razão da gravidade do crime cometido e da individualização da pena que venha a ser cumprida.

Os índices estatísticos revelam que o sistema não está preparado para receber o contingente de mulheres que cometem delitos e aguardam a instrução processual custodiadas cautelarmente e por um tempo indeterminado. Isso se mostra nada razoável, ao contrário do que preconiza a Constituição Federal (BRASIL, 1988), que afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da ação penal.

No exemplo do encarceramento demasiado de mulheres em Salvador, capital da Bahia, percebe-se, claramente, que o Estado não efetivou qualquer planejamento, a médio e a longo prazo, para solucionar o quadro crítico do encarceramento feminino. E tanto isso é verdade que, até hoje, em pleno século XXI, não existe a previsão para a construção de uma unidade feminina para o cumprimento de pena do regime semiaberto, fazendo com que as internas que alcançam o tempo para a progressão sejam enviadas para o restante do cumprimento de suas penas em prisão domiciliar, ocorrendo, pois, um

tratando diferenciado entre homens e mulheres, indo de encontro ao preceito constitucional de que homens e mulheres são iguais perante a lei.

Dessa forma, cria-se no seio das organizações criminosas uma falsa ideia de que há vantagens para que as mulheres sejam recrutadas para o mundo do crime, tendo em vista que não passarão por todo o trâmite de progressão de regime, igual aos homens, sendo a progressão feminina mais benéfica, por não ter existir uma unidade prisional para o regime semia-berto no Estado da Bahia.

Quanto às consequências do encarceramento de mulheres, é válido ressaltar a perda dos laços familiares, bem como a privação do poder familiar, uma vez que as mulheres são esquecidas por políticas penais, que foram criadas para o sexo masculino, ou seja, a estrutura prisional foi feita para os homens, e as mulheres, por sua vez, por serem mais vulneráveis, não são abarcadas no que diz respeito às suas peculiaridades.

Como medida para ocorrer o desencarceramento de mulheres, a Lei nº 12.403 (BRASIL, 2011) prevê a possibilidade da prisão domiciliar e da monitoração eletrônica, sendo esta última uma inovação tecnológica para que o magistrado possa ter informações em tempo real do perímetro de deslocamento do acusado e, caso o mesmo ultrapasse os limites impostos pela determinação do juiz, imediatamente, o benefício poderá ser revogado, levando o infrator a ser recolhido ao cárcere.

Por certo, tais medidas cautelares diversas da prisão ganham um caráter de desencarceramento, diminuindo, assim, o quantitativo de mulheres presas, sem que as mesmas percam seus laços familiares, não sejam destituídas do poder familiar, o que possibilita uma economia considerável para o Estado, permitindo que se faça um planejamento acerca do sistema prisional para mulheres, bem como a implementação de políticas públicas que possam receptionar as mesmas no sistema prisional e também quando se tornarem egressas.

No tocante à segregação cautelar, o Estado encontrou uma forma humanitária, em consonância ao Pacto de San José da Costa que o Brasil é signatário, que se consubstanciou na concessão da ordem, em sede do *Habeas Corpus* nº 143.641 (São Paulo), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

2. ANÁLISE DOS DADOS DO ESTADO DA BAHIA

Certamente, a matéria em apreço exige mesmo um tratamento interpretativo-crítico mais extenso e aprofundado, todavia, este trabalho tem

uma feição eminentemente descritiva e de pretensões mais simples, com características próprias de um estudo preliminar. Em reforço, tem-se plenamente a consciência da complexidade do assunto vertente; é imperioso salientar, de logo, o cariz provisório do texto que ora se apresenta, já que são as primeiras impressões sobre uma problemática que merece uma investigação posterior, mais acurada.

Esta seção é dedicada a uma análise de números estatísticos oriundos dos bancos de dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), em sua segunda edição, e, posteriormente um cotejo com registros obtidos junto à Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (SEAP), todos alusivos ao encarceramento feminino na Bahia.

Com efeito, seguindo a metodologia já mencionada, foram tomados para análise alguns dados – gráficos e tabelas – levantados nos anos de 2015 e 2016, por dois órgãos bastante representativos da atividade de compilação de informações quantitativas do sistema penitenciário brasileiro, o INFOPEN e a SEAP, sendo aquele mais abrangente, de âmbito nacional, e este, regional, com atribuição para a gestão prisional na administração pública baiana.

Para dar início, tem-se, a seguir, a tabela do número de mulheres encarceradas no Brasil:

Tabela 1. Mulheres privadas de liberdade no Brasil, em junho de 2016

Brasil – Junho de 2016	
População prisional feminina	42.355
Sistema Penitenciário	41.087
Secretarias de Segurança/ Cargeras de delegacias	1.268
Vagas para mulheres	27.029
Déficit de vagas para mulheres	15.326
Taxa de ocupação	156,7%
Taxa de aprisionamento	40,6

Fonte: reproduzida de INFOPEN (2016)

Ainda segundo o aludido trabalho qualitativo, vê-se que o Brasil ocupa a quarta colocação – em números absolutos – dentre os países que mais encarceram mulheres no mundo.

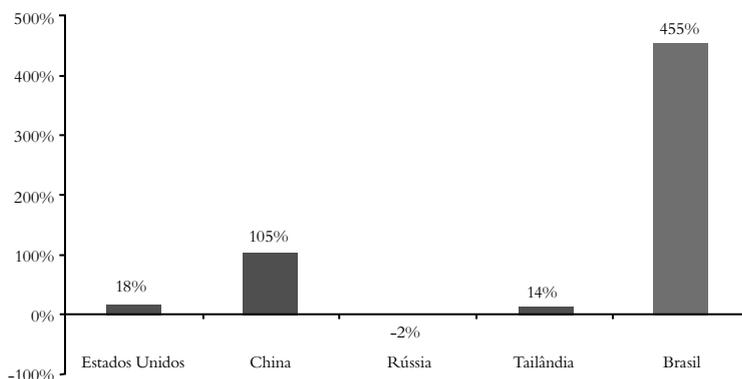
Tabela 2. Informações dos 12 países com maior população prisional feminina do mundo

País	População prisional feminina	Taxa de aprisionamento de mulheres (100 mil/hab)
Estados Unidos	211.870	65,7
China	107.131	7,6
Rússia	48.478	33,5
Brasil	42.355	40,6
Tailândia	41.119	60,7
Índia	17.834	1,4
Filipinas	12.658	12,4
Vietnã	11.644	12,3
Indonésia	11.465	4,4
México	10.832	8,8
Mianmar	9.807	17,9
Turquia	9.708	12,1

Fonte: reproduzida de INFOPEN (2016)

Curioso notar que, em números proporcionais – levando-se em conta o aprisionamento por parcelas de cem mil habitantes –, a taxa de aprisionamento apurada eleva o Brasil para o emblemático terceiro lugar no *ranking*. Convém avançar para mais um gráfico (cf. Figura 1):

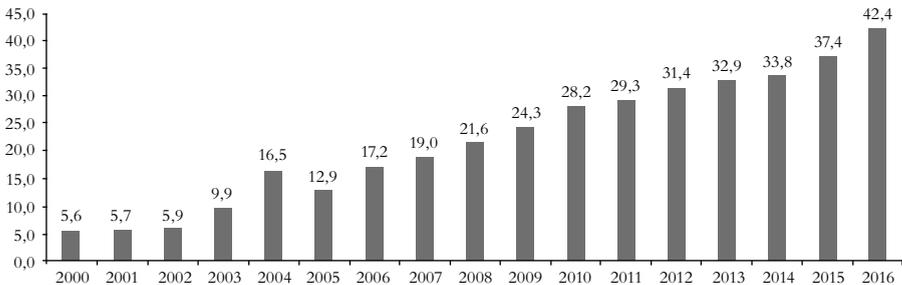
Figura 1. Variação do aprisionamento (2000-2016) nos cinco países de maior população feminina



Fonte: reproduzido de INFOPEN (2016)

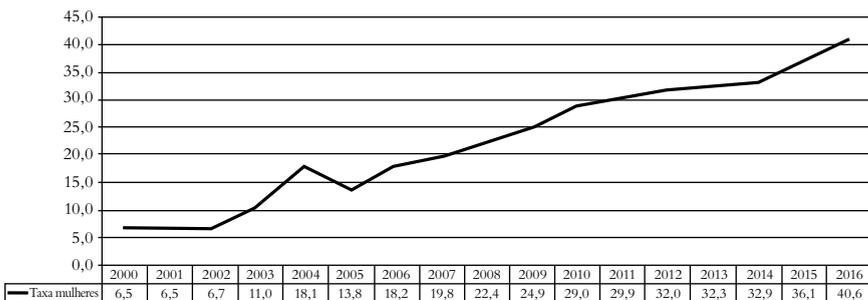
Observa-se que na série histórica de 2000 a 2016, indicativa da evolução da taxa de aprisionamento nas cinco nações do planeta que mais encarceram mulheres, é fácil perceber que a expansão do encarceramento de mulheres no Brasil é gritante e excede muito a realidade global, não encontrando parâmetro de comparação entre a totalidade dos demais países do grupo vertente. O gráfico abaixo confirma a tendência:

Figura 2. Evolução das mulheres privadas de liberdade (em mil), de 2000 a 2016



Fonte: reproduzido de INFOPEN (2016)

Figura 3. Taxa de aprisionamento feminino, de 2000 a 2016 (Brasil)



Fonte: reproduzido de INFOPEN (2016)

Trazendo a problematização para o âmbito da Bahia, percebe-se que, desse montante, no período em exame, havia 604 mulheres privadas de liberdade no retro menciona do Estado brasileiro, seja nos estabelecimentos do sistema prisional, seja em carceragens de delegacias, segundo o levantamento.

Tabela 3. Mulheres no sistema prisional e em carceragens de delegacias (Bahia)

UF	Pessoas privadas de liberdade em carceragens nas delegacias			Pessoas privadas de liberdade no sistema prisional			Total de pessoas privadas de liberdade		
	Homens	Mulheres	Total	Homens	Mulheres	Total	Homens	Mulheres	Total
BA	2.634	112	2.746	12.056	492	12.548	14.690	604	15.294

Fonte: reproduzida de INFOPEN (2016)

Os números disponibilizados pela SEAP, o órgão do poder executivo baiano, infelizmente, não permitem uma aferição adequada, tendo em vista que se têm publicado – costumeiramente – números mensais de modo isolado, isto é, um mês por vez, deletando-se da publicação os números apurados no mês anterior, a cada vez que divulga o mês subsequente. Em suma, não se mantém o resultado dos vários meses anteriores e posteriores, para fins de comparação e observação de uma evolução histórica de períodos mais longos.

Nada obstante, a julgar pelo teor do mapa da população carcerária, publicado no início de setembro de 2018, é possível notar que o universo de mulheres cumprindo pena diminuiu um pouco no Estado da Bahia. A rigor, em dados atuais, são 462 pessoas do sexo feminino na condição de apenadas. Mas é só isso, haja vista não ser possível confirmar nem confrontar tal estatística, devido à forma como são publicados os dados, incompleta, para dizer o mínimo, afinal, falta indicar ali a quantidade de mulheres provisoriamente presas.

Pelas razões já delineadas acima, não é possível fazer um comparativo de ano a ano, numa série histórica, por exemplo, como se deu com o referido levantamento do INFOPEN Mulheres, em sua segunda edição.

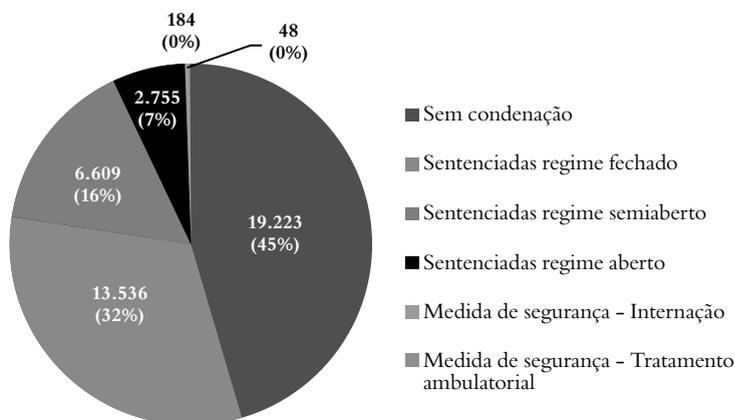
Tabela 4. População carcerária feminina na Bahia, em setembro de 2018 (por regimes)

FEMININO				
PROVISÓRIAS	COORDENADAS			
	RF	RSA	RA	MS
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
13	0	0	0	4
47	44	5	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
26	22	14	0	0
12	15	10	0	0
28	6	13	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
23	5	5	0	0
39	13	15	0	0
0	0	0	0	0
14	15	9	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
34	33	4	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
0	0	0	0	0
236	153	75	0	4

Fonte: GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA. Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/pt-br/dados/17>>. Acesso em: 3 set. 2018.

Prosseguindo-se a análise, calha mencionar a distribuição das mulheres privadas de liberdade, no que concerne à natureza da prisão e ao tipo de regime. De acordo com o levantamento em exame, 45% das mulheres presas no Brasil, em 2016, não haviam sido ainda julgadas e condenadas. É o que se depreende da leitura do gráfico a seguir:

Figura 4. Mulheres privadas de liberdade por regime e natureza prisional (Brasil)



Fonte: reproduzido de INFOPEN (2016)

Trata-se de significativo contingente de mulheres encarceradas sem condenação e, a julgar pela lacuna de dados já mencionada, acerca dos espaços de custódia administrados pelas forças de segurança pública na Bahia, pode-se estar diante de um quadro ainda mais grave do que aparenta.

Essa hipótese se confirma pelo teor do excerto seguinte: pode-se notar que, em 2016, época do levantamento em voga, havia um número de 430 mulheres privadas da sua locomoção, ainda que sem condenação:

Tabela 5. Encarceramento feminino por natureza e regime prisional (Bahia)

UF	Sem condenação		Sentenciadas regime fechado		Sentenciadas regime semiaberto		Sentenciadas regime aberto		Medida de segurança - Internação		Medida de segurança - Tratamento ambulatorial		Total
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	
BA	430	71%	107	18%	63	10%	0	0%	4	1%	0	0%	604

Fonte: reproduzida de INFOPEN (2016)

Em conclusão, é preciso reconhecer que a administração pública do Estado da Bahia, para além do mapa publicado mensalmente no seu *site*, carece de um registro mais elaborado da população carcerária, em especial, a feminina, que indique com maior grau de precisão a real situação, e que essa medida possa servir de parâmetro para que o Poder Judiciário (por seus órgãos) atue na efetivação dos direitos fundamentais e, assim,

colabore na função executiva de encarcerar pessoas (humanas) com dignidade.

3. HABEAS CORPUS Nº 143.641

O referido *Habeas Corpus* teve essa proporção em virtude de envolver a ex-primeira-dama do Rio de Janeiro, Adriana Anselmo, esposa do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, ambos presos pelo crime de corrupção passiva, de lavagem de dinheiro e de associação criminosa.

Pelo fato de os pais estarem presos, os advogados impetraram o *Habeas Corpus* com o objetivo de a ex-primeira-dama ficar em prisão domiciliar, com o escopo de cuidar dos dois filhos menores. Em consequência disso, tem-se o *Habeas Corpus* nº 143. 641, de São Paulo, cuja relatoria foi do Ministro Ricardo Lewandowski, tendo como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar, no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade.

Os advogados e os *amici curiae* afirmaram em sua petição que a prisão preventiva para as mulheres grávidas, em estabelecimentos prisionais que não dispõem de exames de pré-natal, de parto e de pós-parto, é um tratamento desumano, cruel e degradante, o que viola a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais assinados pelo Brasil no tocante à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e ao respeito à dignidade da pessoa humana.

O sistema prisional é seletivo e discriminatório, atingindo, em grande maioria, as mulheres pobres e suas famílias. Os advogados afirmaram que é cabível o *habeas corpus* coletivo por atingir um número significativo de mulheres em situação precária, sendo violados os seus direitos de forma maciça e desumana. Informaram, também, que os estabelecimentos prisionais não foram preparados para as mulheres gestantes e do pós-parto, sendo uma violação aos direitos das mulheres e das crianças.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na sua 2ª turma, entendeu cabível e concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Convenção sobre

Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo nº 186/2008 e Lei nº 13.146/2015).

Caso o juiz entenda que a prisão domiciliar não é viável ou inadequada, analisando cada caso concreto, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no artigo 319 do CPP.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se fala em encarceramento feminino, compreende-se não só as presas ditas definitivas, que cumprem uma sentença penal condenatória transitada em julgado, mas as denominadas provisórias, que estão recolhidas ao cárcere em virtude de uma prisão cautelar, deferida por ordem judicial.

Esta pesquisa não tem por anseio a extinção das punições, o que se explanou, aqui, é o problema do sistema carcerário enfrentado por mulheres que erram e estão “pagando” por esses erros, da forma mais cara que um ser humano pode pagar, com a sua liberdade, com o seu direito de ir e vir, de estar com quem quer, de abraçar seus filhos, de passar uma noite em sua casa. Em contrapartida, tais mulheres querem os seus direitos garantidos, lutam por um espaço para se inserirem na sociedade, desejam a mudança; ou, ainda, aquelas que não pensam na mudança precisam de um apoio, seja profissionalizante ou psicológico, uma oportunidade, para somente depois de se ter tentado poder dizer que essa mulher não quis a mudança, em suma, as oportunidades precisam ser dadas.

O discurso do senso comum precisa ser superado, afinal, não é com mais injustiça que se ensina o caminho justo, mais humanitário. Portanto, diante desse paralelo, é possível visualizar a ineficiência do Estado em execução penal na função administrativa, e a pessoa encarcerada é quem sofre as consequências da execução da pena. Mas não é o sistema penitenciário que tem o dever de atender as necessidades das condenadas dentro do cárcere por intermédio de seus regulamentos? A resposta é objetiva: sim!

Todavia, é primordial destacar que a Lei de Execução Penal (LEP) proporciona condições harmônicas, integrando o condenado ou internado ao convívio social, no entanto, não só a LEP protege o detento, bem como a Constituição Federal (BRASIL, 1988) consagra, em seu artigo 5º,

a proteção dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo no que tange ao respeito à integridade física e moral.

Apesar disso, nota-se uma total inversão dos objetivos traçados, discutidos e promulgados pela Lei: o que seria uma bela ideologia de democracia e, sobretudo, de respeito ao princípio da dignidade humana e o respeito à integridade física e moral de todas as pessoas, tornou-se um cenário de crueldade e de vingança social.

Em outra vertente, numa visão pragmática, pode-se verificar a falência do sistema carcerário, com estabelecimentos sem quaisquer condições de manutenção da dignidade da pessoa humana. A realidade é que o sistema carcerário se encontra em descaso, devido à falta de respeito à dignidade da pessoa humana com a concordância das autoridades competentes, que constitui uma incapacidade do Estado no que diz respeito à administração penitenciária.

Os estabelecimentos possuem por principal finalidade a reeducação. Devido não somente à falta de importância do governo, mas também ao preconceito que todos os indivíduos possuem por indivíduos suspeitos ou criminosos, ao reduzir a importância da vida (digna) de cada um deles, essas pessoas, pelo argumento de que não tiveram educação adequada, são deixadas de lado socialmente.

Constata-se que as necessidades inerentes ao sexo feminino sofrem graves impactos com o encarceramento, como, por exemplo, em relação à higiene do corpo e dos cabelos, a utilização mensal de absorventes, a utilização em maior quantidade de papel higiênico, em síntese, a vaidade feminina.

O comportamento da mulher encarcerada é diferente do homem, principalmente quando não possuem família para quem voltar ou quando seus filhos estão com parentes desconhecidos ou em abrigos. Assim, demonstrou-se que o sexo feminino encarcerado exige um tratamento prisional mais especializado, com o fim de garantir às mulheres um tratamento minimamente digno e humano e, em especial, a retirada da invisibilidade e da omissão dos poderes públicos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Tathiana de Melo Lessa. Princípio da razoabilidade e laxismo penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 49, jan. 2008.

Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4059>. Acesso em: 5 set. 2018.

BAHIA. Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (SEAP). Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/>>. Acesso em: 6 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 22set. 2018.

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

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal –, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4maio2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 22set. 2018.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 6 set. 2018.

CASO SARI CORTE REAL E O MENINO MIGUEL: ANÁLISE CASUÍSTICA DA ZONA CINZENTA ENTRE A CULPA CONSCIENTE, O DOLO EVENTUAL E A CAPITULAÇÃO DELITIVA

*Mariana de Arco e Flexa Nogueira*³⁴

*Otávio Augusto Mantovani Silva*³⁵

INTRODUÇÃO

Em junho de 2020, ganhou destaque nos meios de comunicação e na imprensa³⁶, o caso de Sari Corte Real e o falecimento do menino Miguel, sendo aquela uma mulher branca, esposa de um vereador de Tamandaré,

34 Mestranda em Direito na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Especializada (pós-graduação *lato sensu*) em Ciências Criminais na Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogada (OAB/SP nº 442.072).

35 Mestrando em Direito na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Especialista (pós-graduação *lato sensu*) em Direito Constitucional pela Escola Paulista da Magistratura. Servidor do Judiciário Paulista.

36 Fez-se necessário citar a alta notoriedade dada ao caso, sobretudo por parte das mídias sociais e meios de comunicação jornalísticos, a saber, Correio Braziliense, Carta Capital, G1, Notícias R7, dentre outros jornais cujas reportagens sobre o caso foram devidamente citadas nas referências bibliográficas.

município do estado de Pernambuco, que havia contratado uma empregada doméstica para prestar serviços em sua casa, a qual, por sua vez, como não poderia deixar seu filho de cinco anos de idade sozinho, devido ao contexto de pandemia e o fato de a criança não ter aulas, teve de levar a criança à casa da patroa. Todavia, tendo em vista a necessidade de realizar atividades domésticas, tais como preparar as refeições, limpar a casa e, também, levar o cachorro de sua empregadora para passear, a funcionária do lar teve de sair do apartamento de luxo por alguns minutos, distanciando-se do menor.

Nesse ínterim, seu filho, o menino Miguel, com cinco anos de idade, permaneceu no local, com Sari e uma manicure que estava no apartamento para cuidar das unhas da patroa. O que ocorreu, porém, em breve síntese, foi que a criança, que estava no apartamento, desejava sair para brincar e procurar sua genitora, e as duas mulheres que estavam no local continuaram com suas atividades, até que, em determinado momento, a criança consegue sair do apartamento, chama o elevador e, no *hall*, passa a conversar com a Sari, empregadora de sua mãe. Durante a conversa, o menino entra no elevador do edifício e começa a falar algo para Sari, que aperta o botão do nono andar, que dá acesso à cobertura do prédio. Ao chegar no último andar, o garoto sai correndo do elevador, encontra uma abertura, sobe em uma grade e, devido à sua falta de capacidade para entender o risco no qual estava se colocando, Miguel acaba caindo do edifício de 35 metros de altura, falecendo naquele momento.

A genitora do menino chegou ao local dos fatos, qual seja, o térreo do edifício, e encontrou o filho caído ao solo, de modo foi acionada a polícia militar para investigar o caso. Assim sendo, conforme restou demonstrado pelas imagens da câmera do edifício, Sari foi a última adulta em contato com o menor, sendo que foi levada à delegacia, acompanhada pela autoridade policial, que a indiciou pela prática do delito de homicídio culposo. Fora arbitrada fiança, que foi devidamente paga pela indiciada, que aguarda, portanto, o andamento do processo em liberdade.

Este caso específico chamou atenção da população brasileira, acabando por mobilizar debates e protestos em torno de temas sensíveis como o do racismo, da questão de privilégios, bem como da desigualdade social e das relações de poder existentes na sociedade, sobretudo em um contexto de pandemia de COVID-19, em que uma mulher branca, com alto poder

aquisitivo, contratou serviços de empregada doméstica, negra, para sua residência, no sentido de que, como a moça precisava trabalhar, teve de levar seu filho, que não tinha com quem ficar, ao seu local de trabalho. Por outro lado, Sari, patroa da funcionária do lar, não conseguiu vigiar e cuidar da criança, mesmo que em curto espaço de tempo, a saber, enquanto a funcionária se retirou para passear com sua cachorra, o que levou a criança a óbito.

Feitas tais considerações e fugindo da análise midiática e social dos fatos mencionados, busca-se, com o presente trabalho, proceder a uma breve análise técnica do caso, no âmbito da dogmática jurídico criminal, relativa à responsabilidade penal de Sari, empregadora da funcionária do lar e genitora de Miguel, verificando sua posição de garantidora no momento em que o delito ocorreu, nos termos do artigo 13, parágrafo segundo, do Código Penal, que trata da omissão penalmente relevante e do dever e poder de agir no caso concreto.

Importante ressaltar, ainda, que Sari foi denunciada pelo Ministério Público de Pernambuco como incurso no crime de abandono de incapaz, em sua modalidade agravada, com resultado morte, nos termos do art. 133, parágrafo segundo, do Código Penal, em que pese a autoridade policial ter enquadrado o fato, quando do indiciamento, como homicídio culposo, o que, de certo, não vincula o órgão de acusação, que é o titular da ação penal, neste caso, pública incondicionada.

Assim sendo, objetiva-se, com o presente trabalho, a partir da análise do caso do menino Miguel e das provas que foram divulgadas nos meios de comunicação, sobretudo jornalísticos, examinar a posição de garantidora de Sari no caso concreto, considerando-se que ela se encontrava responsável pelos cuidados com a criança quando esta veio a óbito. Em um segundo momento, busca-se analisar a zona cinzenta existente entre a definição de culpa consciente e dolo eventual, neste caso em específico, para, posteriormente, verificar possíveis capitulações delitivas ao fato, dentre elas, homicídio culposo e abandono de incapaz.

Deste modo, será analisada a doutrina penal quando da diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual, conceitos que ainda se encontram em certa dificuldade de delimitação, uma vez que é necessária análise casuística, sobretudo quando da conduta de Sari, que poderia ser considerada culposa, em primeira análise, na modalidade imprudência, ao ter dei-

xado a criança solta pelo prédio, logo após ter apertado o nono andar, que dava acesso à cobertura do edifício. Além disso, a conduta poderia ter sido considerada negligente, devido ao fato de Sari não ter ido atrás da criança quando o elevador subiu, o que levou o menino a sair para o último andar sozinho, conforme revelam as imagens da câmera de segurança.

Por outro lado, pode-se analisar a questão do dolo eventual, no sentido de que Sari assumiu o risco de produzir um resultado que era objetivamente previsível, qual seja, deixar uma criança de cinco anos de idade adentrar ao elevador sozinha, logo após ter apertado o botão do andar mais alto do prédio, nos termos do art. 18, inciso I, do Código Penal.

Importante mencionar que, devido ao dolo e a culpa *stricto sensu* possuírem natureza jurídica de elemento subjetivo do delito, não é possível saber o que se passa no íntimo do agente criminoso, de modo que as circunstâncias externas devem ser analisadas para auxiliar o processo de imputação, que foi realizado, inicialmente, pela autoridade policial, e, depois, pelo órgão acusatório, a saber, o Ministério Público, quando do oferecimento de denúncia.

Portanto, valendo-se do método dedutivo, analisando-se os conceitos básicos previstos na legislação e na doutrina especializada sobre os assuntos discutidos no presente trabalho, a saber, posição de garante, culpa consciente e dolo eventual, para poder melhor entender o caso concreto, como procedimento metodológico, será feita a revisão bibliográfica e documental.

Deste modo, serão buscados conceitos na doutrina sobre a questão da posição de garantidora, bem como da culpa consciente e do dolo eventual e suas diferenciações, sobretudo na análise do caso específico do menino Miguel. Após, buscar-se-á relacionar o elemento subjetivo do injusto com a capitulação delitiva dada aos fatos em comento, no sentido da análise da responsabilidade penal de pessoa que tinha o dever de vigilância e cuidado de uma criança.

1. DA POSIÇÃO DE GARANTIDORA DA IMPUTADA

No âmbito criminal, tem-se que, para o fato ser considerado crime, deve ser típico, ilícito e praticado por agente culpável, sendo que elementos específicos previstos no tipo penal devem estar presentes. Ressalte-se

que o presente trabalho não tem o escopo de analisar as classificações tripartida e bipartida do delito, mas deve-se ter por certo que o Direito Penal pátrio veda a responsabilidade objetiva.

No que tange ao fato típico, pode-se afirmar ser pacífico, no âmbito da doutrina, conforme aduz Nucci (2017, p. 155) que seus elementos são conduta, resultado, nexa causal e tipicidade. Neste sentido, conforme o artigo 13, do Código Penal, tem-se que o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa, sendo esta a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Já o parágrafo segundo do mesmo artigo trata da omissão penalmente relevante e aborda os crimes omissivos impróprios, também denominados omissivos por omissão, cujos agentes são aqueles que possuem o dever legal de agir. De acordo com tal dispositivo, *in verbis*:

Art. 13. [...]

§ 2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Desta forma, sobre os delitos omissivos impróprios, conforme ensina Cleber Masson (2019, p. 396), “os crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão são aqueles em que o tipo penal descreve uma ação, mas a inércia do agente que descumpra seu dever de agir conduz à produção do resultado naturalístico”. Assim sendo, conforme a teoria normativa ou jurídica, adotada pelo Código Penal, os critérios para definição do dever de agir estão previstos em lei, tendo em vista a necessidade de observância do princípio da legalidade, no sentido de que a omissão é penalmente relevante quando o agente devia e podia agir para evitar o resultado, de modo que dever e poder agir são requisitos cumulativos.

Conforme alínea “b” do art. 13, §2º, do Código Penal, a omissão é penalmente relevante a quem, de outra forma, que não seja por imposição legal, nos termos da alínea “a”, assumiu a responsabilidade de impedir o

resultado. Assim, tem-se que a posição de garantidor pode decorrer de um contrato solene ou então de uma relação informal.

Além disso, a alínea “c” do art. 13, parágrafo segundo, do Código Penal, aduz que a omissão é penalmente relevante a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, de modo que tal comportamento é chamado de ingerência, pois quem cria a situação de perigo tem o dever de impedi-lo e enfrentá-lo.

No caso que aqui se analisa, pode-se observar que, de fato, Sari era ocupava a posição de garantidora da segurança do menino Miguel, que foi a óbito, isso porque contratou a genitora do menor para laborar em sua casa, como empregada doméstica, sabendo previamente que, em decorrência da pandemia, o garoto não teria aulas, e, por isso, não havia quem pudesse cuidar da criança enquanto a mãe estivesse trabalhando, permitindo, portanto, que a empregada levasse seu filho ao local de trabalho (R7, 2020, online). Todavia, no momento em que a obreira foi passear com a cachorra de sua patroa, deixando o menor sob os cuidados de Sari, por aquele breve momento, a patroa, que estava fazendo as unhas, percebeu que o menino queria, de alguma forma, sair do apartamento para procurar sua mãe.

Assim, Sari ficou no *hall* do apartamento com o menino de cinco anos, que passou entrar e sair do elevador, até o momento em que ela disse algo a ele, conforme se depreende das imagens das câmeras (G1, 2020, online) e, da gesticulação e visualização da mídia, verifica-se que a empregadora apertou o último andar do edifício, de modo que a porta se cerrou e a criança chegou ao nono andar. No último andar, em menos de um minuto³⁷, o menino subiu em uma grade, não conseguiu se segurar, caiu e faleceu imediatamente em decorrência da queda.

Vale reforçar que, para que a omissão seja penalmente relevante, não basta o dever de agir, é necessário que, no caso concreto, o agente também possa agir para evitar o resultado. Ao se analisar o caso do menino Miguel,

37 Ressalte-se que as referências relativas ao caso, tais como imagens das câmeras, vídeos da conversa de Sari com Miguel e dados relacionados ao tempo que demorou entre a criança sair do elevador e cair foram devidamente referidos ao final do presente trabalho, nas referências bibliográficas, de modo que provêm de informações de reportagens jornalísticas, uma vez que repórteres entrevistaram peritos e autoridades policiais responsáveis pelo caso, que passaram tais informações relativas ao delito à imprensa.

pode-se concluir que a imputada possuía condições de agir para evitar o resultado morte da criança, com fulcro nas alíneas “b” e “c” do art. 13, parágrafo segundo, do Código Penal, uma vez que Sari estava ciente da condição da genitora da vítima, qual seja, que sua funcionária que não poderia trabalhar sem levar a criança, que demandava atenção e cuidados, tendo assumido, portanto, a responsabilidade de evitar o resultado que, com seu comportamento anterior, criou, ou seja, ao apertar o botão do elevador e permitir que o infante subisse sozinho para o último andar. Portanto, Sari era garantidora incolumidade física da criança, que estava sob sua guarda e proteção quando da produção do resultado naturalístico e da ocorrência do crime.

Não resta dúvida, portanto, que Sari concorreu, ao menos por omissão, para o resultado morte do menino Miguel, uma vez que era garantidora do menor quando dos fatos. Mas qual por qual crime ela deverá responder? Quais são os elementos fáticos e jurídicos que justificam tal tipificação? Para tanto, será crucial analisar, em linhas gerais, a diferença existente entre os elementos subjetivos do injusto, a saber, dolo eventual e culpa consciente, especificamente no caso concreto em análise.

2. DA ZONA CINZENTA ENTRE CULPA CONSCIENTE E DOLO EVENTUAL NO CASO EM ANÁLISE

O caso do menino Miguel ganhou grande destaque na mídia e na imprensa, em diversos jornais e programas de televisão, pois a morte de um menino negro, de família pobre, do Nordeste, causou grande comoção social, podendo-se afirmar que houve uma forte mobilização social almejando que Sari fosse responsabilizada por homicídio doloso, pois, em tese, teria tido vontade de ter matado a criança. Ocorreram protestos e manifestações em frente à sua residência, bem como na delegacia, quando a investigada compareceu para prestar depoimento, todos pleiteando sua prisão como medida de justiça (MEIRELES, 2020, online).

Neste contexto, deve-se pontuar que, embora exista a indignação social frente ao caso, a opinião pública não pode ser capaz de influenciar na capitulação delitiva dos fatos, haja vista que a tipificação adequada depende da análise da prova constante dos autos, além do exame de critérios técnicos, legais e doutrinários, sendo competência do órgão acusatório,

qual seja, Ministério Público, proceder à tipificação legal pertinente. No caso em específico, o *Parquet* ofereceu denúncia em desfavor de Sari como incurso no crime previsto no art. 133, §2º do Código Penal, qual seja, abandono de incapaz agravado, com resultado morte, embora a autoridade policial tenha, quando do inquérito policial e indiciamento formal da acusada, subsumido os fatos no delito de homicídio culposo.

Tendo em vista o contrato social ao qual os membros de determinado grupo social estão vinculados e a necessidade de respeito a normas que dizem respeito à vida em sociedade, o que justifica a punição do crime culposo é o interesse público, que não pode aceitar ataques a bens jurídicos, em razão de condutas ou omissões de pessoas sem cautela.

O desvalor do resultado nos crimes dolosos e culposos é o mesmo, o que se modifica é o desvalor da conduta do agente, pois os culposos, de modo geral, possuem tratamento mais brando. A culpa deve ser analisada no caso concreto, pois, por ser elemento normativo da conduta, depende da valoração, por parte, inicialmente, da autoridade policial, depois, do Ministério Público e, após, por parte do juiz competente para julgar o caso. Neste sentido, Masson (2019, p. 458), conceitua o crime culposo como

Aquele que se verifica quando o agente, deixando de observar o dever objetivo de cuidado, por imprudência, negligência ou imperícia, realiza uma conduta voluntária que produz um resultado naturalístico não previsto nem querido, mas objetivamente previsível, e excepcionalmente previsto e querido, o qual podia, com a devida atenção, ter evitado.

Ressalte-se que imprudência e negligência são duas das três modalidades de culpa, de modo que no crime culposo, a conduta é voluntária, o resultado naturalístico que é involuntário. O agente que incorre em culpa viola um dever objetivo de cuidado, sendo que o resultado é involuntário devido ao fato de que o agente não quer nem assume o risco de produzi-lo, em que pese o resultado ser objetivamente previsível para a pessoa média.

Passando-se à análise da conduta da imputada e a questão da culpa consciente e do dolo eventual, o dolo é entendido como o elemento subjetivo psicológico da conduta, alojado no fato típico, primeiro elemento

do crime (NUCCI, 2014, p. 184). Já no tocante ao dolo eventual, o Código Penal adota a teoria do assentimento ou consentimento, de modo que existirá o dolo quando o agente, mesmo não querendo o resultado, assume o risco de produzi-lo. Os elementos do dolo são a consciência e a vontade, sendo que o dolo eventual pode se enquadrar como uma subespécie de dolo indireto, conforme ensina Bitencourt (2019, p. 111):

Há dolo eventual quando o agente não quer diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado (art. 18, I, in fine, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo. Assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer

Por sua vez, quanto à culpa consciente, adota-se a teoria da representação, no sentido de que o agente prevê o resultado como possível, embora espere sinceramente que ele não ocorra. No que tange à diferenciação entre culpa e dolo, aquela, elemento normativo, e este, elemento psicológico, Nucci (2017, p. 184) pondera que:

Culpa é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado. O dolo é a regra; a culpa, exceção. Para se punir alguém por delito culposo, é indispensável que a culpa venha expressamente delimitada no tipo penal. Trata-se de um dos elementos subjetivos do crime, embora se possa definir a natureza jurídica da culpa como sendo um elemento psicológico-normativo. Psicológico, porque é elemento subjetivo do delito, implicando a ligação do resultado lesivo ao querer interno do agente através da previsibilidade. Normativo, porque é formulado um juízo de valor acerca da relação estabelecida entre o querer do agente e o resultado produzido, verificando o magistrado se houve uma norma a cumprir, que deixou de ser seguida.

Verifica-se, da análise do caso do menino Miguel, que o Ministério Público de Pernambuco entendeu pela existência de dolo eventual, haja vista que houve tipificação dos fatos no crime de abandono de incapaz agravado, com resultado morte, delito este que não admite a modalidade culposa, valendo fazer referência à excepcionalidade do crime culposo, conforme art. 18, parágrafo único, do Código Penal. Logo, no dolo eventual, considerando que o Código Penal adotou a teoria do assentimento, e que Sari assumiu o risco de produzir um resultado, no caso que se analisa, e que culminou na morte da criança, a ela foi imputado o delito na modalidade dolosa.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 101.698, entendeu que a diferença entre culpa consciente e dolo eventual deve ser feita no caso concreto, quando devem ser analisados elementos exteriores ao fato para verificar qual elemento subjetivo se configurou, como no presente caso em tela. Para Bitencourt (2012, p. 377):

Duas teorias, fundamentalmente, procuram distinguir dolo eventual e culpa consciente: teoria da probabilidade e teoria da vontade ou do consentimento. Para a primeira, diante da dificuldade de demonstrar o elemento volitivo, o querer o resultado, admite a existência do dolo eventual quando o agente representa o resultado como de muito provável execução e, apesar disso, atua, admitindo a sua produção. No entanto, se a produção do resultado for menos provável, isto é, pouco provável, haverá culpa consciente. Para a segunda, isto é, para a teoria da vontade, é insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que a probabilidade da produção do resultado seja incapaz de remover a vontade de agir, ou seja, o valor positivo da ação é mais forte para o agente do que o valor negativo do resultado, que, por isso, assume o risco de produzi-lo.

Deste modo, sabendo-se que a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente deve ser realizada no caso concreto, tendo por base as circunstâncias que lhes são específicas, e embora o caso já aponte para a tipificação dos fatos como sendo o crime de abandono de incapaz, insta

questionar, poderia ou deveria ser a agente responsabilizada por homicídio culposo?

3. DA TIPIFICAÇÃO: HOMICÍDIO CULPOSO E ABANDONO DE INCAPAZ?

No que tange à dissonância da capitulação delitiva dos fatos pela qual entendeu a autoridade policial e o Ministério Público estadual, quando Sari foi presa em flagrante, o delegado enquadrou os fatos no crime contra a vida de homicídio culposo, nos termos do art. 121, parágrafo 3º, do Código Penal, entendendo que a mulher teria colaborado com a morte da criança, porque agiu com imprudência e negligência, ao, inicialmente, deixá-la sozinha no elevador, após, por ter apertado o nono andar, bem como devido ao fato de não ter ido atrás da criança. No que se refere ao delito de homicídio culposo, Damásio de Jesus (2020, p. 134) pondera que:

Quando se diz que a culpa é elemento do tipo do crime de homicídio culposo, faz-se referência à inobservância do dever de diligência. A todos, no convívio social, é determinada a obrigação de realizar condutas de forma a não causar a morte de terceiros. É o denominado cuidado objetivo. A conduta torna-se típica no momento em que o sujeito realiza uma ação causadora do resultado morte sem o discernimento e prudência que uma pessoa normal deveria ter. Assim, a inobservância do cuidado necessário objetivo é elemento do tipo culposo, do homicídio.

Por outro lado, entendendo de forma contrária à autoridade policial responsável pelas investigações, o Ministério Público estadual entendeu que o caso sob exame não se trata de culpa, mas sim de dolo, enquadrando a situação fática no delito de abandono de incapaz agravado com resultado morte, crime contra a periclitção da vida e da saúde. Conforme ensina Nucci (2017, p. 669), quanto à análise do tipo penal de abandono de incapaz e os deveres de cuidar, vigiar e guardar, tem-se que:

Os sujeitos ativo e passivo são próprios ou qualificados, pois exigem uma qualidade especial. O autor deve ser guarda, protetor ou autoridade designada por lei para garantir a segurança da vítima,

pessoa de qualquer idade, desde que incapaz, colocada sob seu resguardo. Quanto ao elemento subjetivo, exige-se dolo de perigo. Não cremos haver, no tipo, nenhuma menção ao elemento subjetivo específico ou dolo específico, vale dizer, a especial intenção de colocar em perigo [...]. O objeto material é a pessoa incapaz de se defender, que sofreu o perigo do abandono. Cuidado representa condutas que demandam atenção, zelo, cautela. É a figura mais ampla das quatro previstas. Guarda: trata-se de um nível mais intenso de cuidado, pois exige proteção, amparo e vigilância. É figura destinada à proteção de pessoas que necessitam receber mais do que mera atenção ou zelo, pois demandam abrigo do agente. Ex.: o filho pequeno não pode deixar de receber proteção, pois seu estado de incapacidade é permanente, durante a fase infantil.

Logo, verifica-se que se trata de um caso delicado, com grande apelo midiático e social, de forma geral, tendo em vista o recorte de raça e condição social dos envolvidos, no caso Sari e a genitora de Miguel, o que ganha relevo em uma sociedade com tamanha desigualdade social e econômica como a brasileira, características que foram acentuadas em tempos de pandemia.

No caso em tela, o Ministério Público entendeu por bem em oferecer denúncia pela prática do delito de abandono de incapaz agravado pelo resultado morte, considerando-se que, com base nas circunstâncias fáticas e nas provas do caso, Sari teria atuado com dolo eventual ao ter assumido o risco de deixar a criança ir para o último andar sozinha, abandonando-a, e, por sua vez, com culpa quanto ao resultado morte, ou seja, estar-se-ia diante de uma modalidade criminosa de preterdolo. Sendo o referido crime de perigo abstrato, sua conduta se consumou quando da mera exposição a perigo do infante, com o resultado naturalístico sendo exaurimento do delito.

Entretanto, caso seja demonstrado, nos autos, que, na realidade, Sari não queria, e, embora tenha previsto eventual exposição de perigo do menor com sua não vigilância adequada, acreditava cegamente que este não seria exposto a perigo, ou que o resultado morte não aconteceria, poderá a empregadora da mãe da vítima ser responsabilizada por homicídio culposo, a depender de eventual negligência ou imprudência a serem valoradas no caso, cujos indícios mencionados parecem assim sinalizar.

Por fim, quanto à correta capitulação delitiva, faz-se necessária a análise de provas do processo, bem como das ocorrências que circundam os fatos, a fim de delimitar a posição de garantidora da imputada, a falta de cuidados em relação à criança, sua conduta culposa ou dolosa, devido à previsibilidade objetiva do resultado causado, bem como a condição da vítima, como sendo absolutamente incapaz de se defender do perigo a que foi exposta. Caberá, portanto, ao órgão acusatório e, posteriormente, ao magistrado competente, procederem à análise fática e jurídica do caso, haja vista que, independentemente da tipificação, a acusada se defenderá dos fatos e não da capitulação delitiva.

CONCLUSÃO

Destarte, o presente trabalho conclui que, de fato, o caso em análise é complexo, vez que envolve uma série de discussões conceituais e dogmáticas, e, a depender das provas produzidas no decorrer do processo criminal, a capitulação delitiva em eventual condenação poderá ser alterada. Fato é que, por qualquer dos delitos que Sari venha a ser responsabilizada, seja homicídio culposo ou mesmo abandono de incapaz, será importante que seja feita análise aprofundada dos elementos dos tipos penais referidos, para, após, ser feita a imputação pessoal, a fim de delimitar se a investigada agiu com dolo ou culpa.

Além disso, o Poder Judiciário, precisará, portanto, promover uma análise dos elementos probatórios, como vídeos e áudios do momento em que o delito ocorreu, bem como analisar os desdobramentos da conduta de Sari e sua inércia em procurar a criança. Insta considerar, que, além do processo criminal, Sari está respondendo a dois processos, na esfera cível e outro no âmbito trabalhista, tendo em vista o princípio da independência entre as esferas. Evidentemente, a decisão quanto à autoria e a materialidade do delito poderão afetar diretamente os outros dois processos nas esferas cível e trabalhista.

Não se pode olvidar, ademais, que o presente caso suscita inúmeros outros debates associados a questões atreladas ao racismo, às relações de poder e a desigualdade social, de modo que, independentemente da decisão final de mérito sobre o caso concreto, deve-se ater à análise técnica da conduta de empregadora da genitora da vítima, em que pese o clamor

social e da família do menor falecido, além das manifestações e protestos que foram realizados visando à sua responsabilização. Por fim, frise-se que a análise técnica deve ser efetuada independentemente do clamor popular não apenas nesse caso específico, mas em outros, por exemplo, que envolvem figuras públicas e políticas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Pedro. **Caso Miguel: família de menino que morreu ao cair de prédio pede indenização de quase R\$ 1 milhão a Sari Corte Real**. G1, Globo, 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/08/24/caso-miguel-familia-de-menino-que-caiu-de-predio-pede-indenizacao-de-quase-r-1-milhao-a-sari-corte-real.ghtml>> Acesso em: 28 mar. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado** / Cezar Roberto Bitencourt. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Tratado de direito penal – Parte Geral 1**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL, **Código Penal**. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus 101.698. Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc101698.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2021.

CASO Miguel: Sari Corte Real vira ré e tem dez dias para apresentar defesa. G1, Globo, 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/07/15/caso-miguel-1a-vara-de-crimes-contr-a-crianca-e-o-adolescente-recebe-denuncia-contr-a-sari.ghtml>> Acesso em: 26 mar. 2021.

CASO Miguel: Vídeo mostra caminho percorrido por menino antes de cair do 9º andar e morrer. G1, Globo, 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/06/05/caso-miguel-vi>

deo-mostra-caminho-percorrido-por-menino-antes-de-cair-do-9o-andar-e-morrer.shtml> Acesso em: 25 mar. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE. **Depoimento de Sari Corte tem protesto e presença da mãe do menino Miguel.** Disponível em <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/06/29/interna-brasil,867846/depoimento-de-sari-corte-tem-protesto-presenca-da-mae-do-menino-miguel.shtml>> Acesso em: 25 mar. 2020.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal.** 1. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, v. 1, 866p.

ISTOÉ. MP de Pernambuco denuncia Sari por abandono do menino Miguel. Disponível em <<https://istoe.com.br/mp-de-pernambuco-denuncia-sari-por-abandono-do-menino-miguel/>> Acesso em: 25 mar. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1** / Cleber Masson. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MEIRELES, Marina. **Caso Miguel: parentes e amigos do menino pedem justiça em manifestação no Recife.** Publicado em 13.07.2020 em Portal G1 de notícias. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/07/13/caso-miguel-parentes-e-amigos-do-menino-pedem-justica-em-manifestacao-no-recife.shtml>> Acesso em: 27 mar. 2021.

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

_____. **Código Penal comentado** / Guilherme de Souza Nucci. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Record Notícias – R7. **Caso Miguel: Sari Corte Real fica em silêncio durante audiência.** Disponível em <<https://noticias.r7.com/cidades/caso-miguel-sari-corte-real-fica-em-silencio-durante-1-audiencia-04122020>> Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. **Patroa responderá por morte do filho de 5 anos de doméstica em PE.** Publicada em 04.06.2020. Disponível em <<https://noticias.r7.com/brasil/patroa-respondera-por-morte-do-filho-de-5-anos-de-domestica-em-pe-04062020>>. Acesso em: 27. mar. 2021.

ROCHA, Sabrina. Caso Miguel: imagens inéditas mostram o que aconteceu no prédio de onde menino caiu minutos após a queda. G1, Globo, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/06/14/caso-miguel-imagens-ineditas-mostram-o-que-aconteceu-no-predio-de-onde-menino-caiu-minutos-apos-a-queda.ghtml>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

ROXIN, Claus. **Tipos abiertos y elementos del deber jurídico.** Versión Castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo (Universidad de Madrid). Ediciones DePalma Buenos Aires, 1979.

FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE DO CRIME EM SERGIPE (2017-2018)

*Luciana Muniz Prado de Almeida*³⁸

INTRODUÇÃO

A discussão por igualdade de direitos entre mulheres e homens sempre foi um tema muito debatido e que tem ganhado muito destaque no século XXI, por ter uma grande legião de apoiadores, porém algumas premissas antigas ainda continuam na nossa sociedade, como o machismo. Dessa forma, trazendo o machismo como um termo amplo, este surge e faz com que o homem tenha uma autoridade, um poder sobre a mulher, o que de fato só está na cabeça deste cidadão. E por conta disso, muitas vezes eles acabam não aceitando que a mulher seja um ser livre ou que terminem um relacionamento por não estarem satisfeitas, eles acabam por cometer o crime de feminicídio.

O objetivo do artigo é demonstrar se as políticas adotadas pelo Estado e as punições através do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe têm sido exemplares e eficazes para a diminuição desse crime no estado.

Nesta pesquisa, primeiramente se falará do que é feminicídio e como essa tipificação ocorreu no nosso país. Posteriormente, a exposição e análise de dados fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de Sergipe. Já na terceira parte, demonstrará as medidas que o Estado como

38 Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (SE), Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Guanambi (BA), Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (SE). Parecerista ad-hoc da Revista Direito em Debate da Unijuí (RS).

um todo está tomando para solucionar esses casos, ou melhor, prevenir para que esses casos não aconteçam. Desse modo, a metodologia utilizada é a qualitativa, tendo como base bibliografia e dados, como acima mencionados, que tratam do tema.

O que se pode notar, então, é que mesmo com a criação de ações e da tipificação do crime, o contexto do feminicídio é muito complexo e compreende também numa modificação cultural, onde o patriarcado deve ser trazido como problemático para a vida de muitas mulheres, mas não só, os homens são vítimas também de um sistema duro que não admite que a mulher possua direitos e tenham suas vidas garantidas independente de um relacionamento amoroso.

1. FEMINICÍDIO: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO ATÉ A SUA TIPIFICAÇÃO COMO CRIME

A mulher sempre foi rodeada de uma certa mística sobre seu ser. Um desses pontos vem da religião, onde esta era quem proferia os costumes da época, surgindo com isso o instituto da família, onde a mulher era um indivíduo no qual existia para ser esposa e mãe. Quando solteira, era posse de seu pai e então, quando casava, passava a ser posse do seu marido.

Com o Código Civil de 1916 não era diferente, pois a importância que ele dava à mulher era quase inexistente, pois precisava de autorização do seu pai ou seu marido para qualquer dos atos jurídicos, ou seja, para que esses atos fossem válidos. Era tratada como relativamente incapaz. O próprio Código trazia que na família o poder era pátrio, o poder era do pai.

Da mesma forma, as mulheres só puderam ter direito a voto em 1932, com o Código Eleitoral. A partir de 1977, puderam se divorciar da mesma forma que os homens. Já a Constituição Federal de 1988 traz muito mais garantias para essas cidadãs, porém esses direitos foram gradativos e ainda hoje percebemos algumas discrepâncias com relação às garantias dos homens.

Na visão de Rios e Silva (2015), o papel político e social dessa mulher assumiu contornos universais e unitários, sem a percepção de que as experiências vivenciadas pelas mulheres não poderiam ser sintetizadas em uma única identidade.

Percebe-se, ainda, que há uma certa imposição de um patriarcado na nossa sociedade e que a luta para que se possua mais proteção às mulheres, de forma que essas sejam respeitadas pelo que são e pelo que almejam conseguir.

Segundo Weber (1991), o patriarcado compõe uma imposição de dominação a terceiros, onde o dominador pretende influenciar nas ações de outras pessoas e estas significam um mandado máximo de obediência. Ressalta-se que essa estrutura de dominação estabelece vínculos pessoais entre o dominador e os seus “servos”, tendo como fundamentação, para Rezende (2015), a crença de que sempre foi assim, então não tem por que modificá-la.

A mulher, assim, é tida como propriedade doméstica, sendo tratada como objeto do seu companheiro. Porém, segundo Pateman (2013), a eliminação do patriarcado não impõe a superação como modo de organização de relações privadas, entre familiares, distintas das relações recorrentes entre o Estado e terceiros.

Na visão de Locke (2005), entretanto, quando se fala que o patriarcado e Estado estão intimamente ligados, se complementam, significa dizer que as relações patriarcais sobrevivem ao processo de racionalização. Ou seja, a liberdade que os indivíduos (homens) possuem no ambiente público é fundamentado na opressão de mulheres. Desse modo, segundo Vianna (1974), a formação histórica do Brasil, quanto à formação de latifúndios e quase não existência de cidades, atingiu a sociedade de maneira que os grandes latifundiários passassem a se respeitar, criando um “espírito de clã”, onde estes eram os patronos das populações mais pobres e vulneráveis.

É a partir dessa sociedade baseada em afetos aos mais próximos e pouco ou nenhum afeto aos estranhos que se constrói a política brasileira. Assim, segundo Aguiar (1997), a subordinação das mulheres não pode ser desligada da relação entre o público e o privado.

A teoria feminista, pois, permite a análise do patriarcado como um sistema de opressão que permanece e se atualiza ainda com a existência de normas modernas e com o avanço do capitalismo e da democracia.

Segundo Walby (1990), existem estruturas diferenciadas de patriarcalismos, sendo elas: relações de trabalho remunerado patriarcais, violência masculina, relações patriarcais na cultura (pela educação, pelos meios de

comunicação e pela religião), o modo de produção patriarcal e relações patriarcais no Estado. Na visão dessa mesma autora, no âmbito privado, o homem se encontra na posição de opressor e de quem se beneficia dessa subordinação pelas mulheres, excluindo-as da vida pública. Quanto ao patriarcado público, as mulheres não são proibidas formalmente de se manifestarem, porém devem ser subordinadas ao patriarcado.

Desse modo, as mulheres continuam sendo violentadas diariamente no Brasil, não sendo respeitadas nas suas diversas formas. Em tal contexto, ressalta-se a criação de normas no país acerca da violência contra mulher, sendo elas a Lei n.º 11.340/2006 (lei Maria da Penha) e o artigo art. 121, § 2º, VI do Código Penal, o qual foi acrescido pela Lei n.º 13.104/2015.

Ao introduzir a lei Maria da Penha, relembra-se a história da mulher que foi quem deu nome à lei. De acordo com o Instituto Maria da Penha, a sua formação era de farmacêutica e ela foi vítima de violência doméstica durante 23 anos. Seu marido tentou matá-la por duas vezes que acabou por denunciá-lo. Pouco se dava crédito à sua história, pois como advinha de uma mulher e mulher era vista ainda como um indivíduo sem tantos direitos, por mais que o Código Civil de 2002 já fosse outro, prevalecia a ideia do patriarcado, o machismo. O que a mulher falava por vezes era considerado como exagero ou acabava sendo minimizado.

Então, como o Brasil não tomava nenhuma providência para que seu caso fosse solucionado e pudesse ocorrer um julgamento válido para esse marido, Maria da Penha acabou por denunciar o país a OEA (Organização dos Estados Americanos), a qual puniu o Estado brasileiro e determinou que algumas medidas fossem tomadas. Desse modo que surgiu a lei conhecida como lei Maria da Penha, a qual traz medidas protetivas para mulheres vítimas de violência doméstica.

A partir da publicação dessa lei, os casos de violência doméstica passaram a cair, até que estagnaram e voltaram a crescer, e era muito visível que havia uma necessidade urgente de uma lei mais dura, pois percebia-se que muitas das mulheres passaram a ser vítimas de homicídio por homens. Foi então que em 2015, foi sancionada a lei n.º 13.104 a qual acrescentou ao Código Penal a tipificação de feminicídio.³⁹

39 Art. 121, VI, Código Penal: Matar alguém. § 2º-A: Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Com a tipificação do crime de feminicídio se instaurou a controvérsia na proposta onde “o Estado estava ao lado das mulheres”. Para Rifiotis (2007), a criminalização dessa conduta suscitou, desde a sua sanção, num conjunto de análises que punham em xeque as estratégias que os movimentos feministas brasileiros tentavam pôr em prática. Sua normatização possui antecedentes históricos anteriores à lei Maria da Penha e mais específicos que esta, apesar de reconhecer a importância da lei pela sociedade brasileira.

Segundo Segato (2006), o feminicídio é um crime claramente de poder, porque mantém as mulheres subordinadas e submetidas ao homem. O território corporal das mulheres é violado para que a morte seja consumada ou efetivar a sua tentativa. Ou seja, para essa autora, a contextualização do feminicídio está ligado a como o corpo das mulheres acaba assimilando os reflexos de uma cultura patriarcal que se funda na submissão das mulheres aos homens e na relação que esses mesmos homens se relacionam com os seus pares, implicando na construção de uma lógica social de submissão das mulheres.

Desse modo, para Machado e Elias (2018), o corpo das mulheres acaba sendo invalidado e exterminado pelos homens vorazes que neles inscrevem a assinatura de um sacrifício inteiro. Uma crítica realizada a tipificação desse crime, segundo Cabette (2018), é que a vida das mulheres ainda pode ser colocada em risco de violência ou ainda ser assassinada pelo seu companheiro. Porém, a diminuição de prática de crime não é modificada apenas com a sua normatização. Exige-se, para tanto, que a cultura seja modificada e o entendimento seja mais abrangente, respeitando assim as mulheres como seres humanos que devem viver dignamente.

Passou-se a discutir, então, e até a se processar pessoas pelos crimes de feminicídio. Ressalta-se que toda e qualquer violência praticada contra a mulher fere sua autoestima, a coloca num patamar de subordinação e humilhação constantes. As marcas são constantes e duradouras e fere a sua dignidade.

Segundo Taylor (2000), nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor delas lhe devolverem um quadro de si mesmas, redu-

tor, desmerecedor ou desprezível. O não-reconhecimento ou o reconhecimento errôneo podem causar danos, podem ser uma forma de opressão, aprisionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora. Sem um reconhecimento ou um reconhecimento errôneo, fere-se a dignidade da vítima, construindo então uma não dignidade e uma visão distorcida dessa pessoa que é constantemente colocada à humilhação ou até à violência, qual seja ela, pelo seu companheiro.

Podemos perceber que ao tornar o feminicídio crime, há uma problemática sobre a prevenção, pois ao condenar alguém por “matar uma mulher pela condição de ser mulher” já estamos falando de um fato que já ocorreu, de uma medida protetiva que não foi respeitada. Dessa forma, analisa-se os dados no Estado de Sergipe (2017–2018) para que depois se possa falar quais são as medidas para que se previna que esse delito aconteça.

2. DADOS E ANÁLISE: FEMINICÍDIO EM SERGIPE NOS ANOS DE 2017 E 2018

Segundo a Secretaria de Segurança Pública do Estado de Sergipe, em 2017 foram registrados 03 (três) boletins de ocorrência com tipificação de feminicídio. Já em 2018, a quantidade de registros foi alarmante, sendo 16. Vale lembrar que nesse estado foram registrados 37 casos de homicídios contra mulheres, mas 16 de feminicídio, o que equivale a 43,2% de homicídios dolosos. Percebe-se que houve um aumento nesses dois anos, mas que a quantidade de registros continua a crescer, tendo em vista que o objeto de estudo foi só a comparação desses dois anos. Deve-se haver uma prevenção desse delito, de forma a dar uma vida digna à vítima, devemos ser empáticos e reconhecê-la como indivíduo de direitos e garantias.

Já em relação aos processos constantes no sítio do Tribunal de Justiça de Sergipe, foram julgados em 2º grau, no ano de 2017, 06 (seis) recursos e 02 (dois) pedidos de Habeas Corpus. No ano de 2018 foram julgados 12 (doze) recursos e 04 (quatro) pedidos de Habeas Corpus. Um detalhe é que todos os pedidos, tanto de recurso quanto de HC foram negados pelos desembargadores.

Perceptível da leitura desses recursos é que no momento do fato violento, a motivação do crime era sempre a mesma, qual seja, “matar a mulher pela condição de ser mulher”, além de outros termos que são

constantes como: ciúmes, homem violento, não aceitava o fim do relacionamento ou não queriam reatar o relacionamento. Ressalta-se também que muitas dessas mulheres que foram assassinadas pelos seus companheiros ou ex – companheiros tinham filhos e foram mortas na frente deles, o que traz uma outra preocupação sobre como esse indivíduo irá crescer.

Outro ponto a ser citado também é que se percebe um tom de crueldade nesses feminicídios. Por alguns dos relatos das testemunhas nos processos, faz parecer que esses homens estavam cegos de ódio e mesmo as vítimas pedindo ajuda ou pedindo que parem, eles continuam até o fim, assassinando a mulher. Pouca ajuda ou nenhuma ajuda teve essa mulher vitimada de seus vizinhos ou da sua própria família quando relatada a violência sofrida pelo seu companheiro ou ex – companheiro.

A análise primordial que se faz dessas situações é uma influência ainda bastante contundente da influência do patriarcado nas relações, onde o homem acha que a mulher é posse dele e que as pessoas acabam achando “normal” ou não sabem como ajudar uma mulher que passa por uma relação abusiva ou sofre violência desses homens.

3. MEDIDAS PARA PREVENÇÃO DO CRIME: O QUE OS ÓRGÃOS PÚBLICOS ESTÃO FAZENDO PARA QUE O CRIME NÃO OCORRA

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe possui uma Coordenadoria da Mulher, a qual, até 2018, desenvolveu sete programas, sendo eles: a) Programa Educação, com o objetivo de capacitar profissionais da segurança pública e do judiciário para atender vítimas de violência doméstica contra a mulher, conscientizando sobre a violência doméstica de forma preventiva com palestras, oficinas, dentre outras programações; b) Programa Acolher para Empoderar, fortalecendo a autoestima da vítima de violência doméstica contra a mulher, por meio de atendimento psicossocial, acolhendo também a vítima com vistas a encaminhá-las para psicoterapias, entre outros; c) Programa Interior em Rede, diagnosticando a realidade da rede de enfrentamento à violência doméstica local, com ações pertinentes ao tema; d) Programa 3R's, trabalhando a violência doméstica de forma sistemática, buscando saber qual a perspectiva dos atores em relação ao conflito; e) Programa Estatísticas, buscando levantar dados e infor-

mações sobre esses casos de violência, o que permite a análise para ações futuras dessa Coordenação; f) Programa CIOSP/CIFAP, com o objetivo de uma prestação de serviço muito rápida entre o Tribunal de Justiça e o CIOSP (Centro Integrado de Operações de Segurança Pública).

Dentro de cada programa, mais detalhadamente, foram realizadas palestras em órgãos públicos em cidades do interior, em escolas; capacitação de professores, de policiais militares, de servidores do próprio Tribunal; oficinas em presídio e outras instituições; trabalho de conscientização em presídio feminino; exposições; entre outras ações.

Já a Prefeitura Municipal de Aracaju, capital do Estado, encaminha mulheres vítimas de violência ao Creas (Centro de Referência Especializado de Assistência Social), sendo que este encaminhamento ocorre logo após o registro do boletim de ocorrência. Nesse local, recebem assistência jurídica e psicossocial.

Em 2018, foi reinstalada a Câmara Técnica Estadual de Gestão e Monitoramento do Pacto pelo Enfrentamento à Violência Contra a Mulher do Estado de Sergipe, a qual tem como objetivo planejar e monitorar todas as ações de enfrentamento à violência contra a mulher através de ações conjuntas. Importante falar que essa Câmara é representada pela Coordenadoria Estadual de Políticas para as Mulheres; da OAB – Seccional Sergipe; do Tribunal de Justiça de Sergipe; da Universidade Federal de Sergipe (UFS); do Ministério Público Estadual; da Defensoria Pública Estadual; da Prefeitura de Aracaju, além da sociedade civil.

A Assembleia Legislativa de Sergipe criou a Procuradora Especial da Mulher, com o objetivo de priorizar projetos de lei que favoreçam a promoção e proteção da mulher contra a violência doméstica, principalmente das mais jovens e negras. Outro objetivo é intensificar as políticas públicas da Casa. Além disso, é importante citar que são realizadas campanhas educativas por parte da Assembleia para conscientização do que é violência doméstica e de que forma as mulheres podem denunciar.

A OAB/SE possui uma Comissão de Defesa dos Direitos das Mulheres, a qual com todas as suas outras funções, atua diretamente realizando palestras, criando políticas sobre equidade de gênero e, com alguns dos seus participantes, realiza entrevistas em mídias para conscientização da violência doméstica.

O Ministério Público Estadual, inclusive com a sua função habitual na defesa dos direitos, realiza palestras e disponibiliza em seu sítio cartilhas, artigos, realiza campanhas acerca da temática e disponibiliza folders explicativos de como denunciar quando se é vítima de violência doméstica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tipificação do feminicídio foi um importante instrumento a ser sancionado no ordenamento jurídico brasileiro, porém observa-se o quão grave é a violência contra a mulher ocorrida na sociedade. Dessa forma, a tipificação de um delito posterior à violência é de grande valia, mas não somente isso. Portanto, a sociedade precisa adquirir novos hábitos, mudar seus pensamentos e passar a respeitar as mulheres como seres humanos que são.

Há que se falar que na maioria desses órgãos públicos pesquisados, as medidas tomadas são ainda primárias, são mais educativas (reconhecendo a sua importância, mas poderiam acolher melhor quem fosse vítima e violência). Para que o crime de feminicídio ocorra, na maioria das vezes muitas etapas ocorrem antes, ou seja, o dominador, violentador não decide de uma hora para outra retirar a vida daquela mulher.

Precisa-se criar uma cultura de respeito, de não agressão, de não humilhação, de respeitar a dignidade dessa pessoa. Os filhos (homens) precisam ser ensinados desde crianças que mulher não é posse de ninguém, que não deve ser subordinada, dominada e que tem o direito de ser livre. Ela tem o direito de trabalhar, de se relacionar e, principalmente, tem o direito de terminar um relacionamento quando ela desejar, dentre outras coisas. Não cabe a ninguém, além dela como dona de si, de realizar o que ela queira.

Uma sociedade fundada em machismos e patriarcado deve acabar. Mulheres também possuem direitos e todos os dias morrem muitas por questões de conceitos errados criados na cabeça de pessoas que após o delito vão dizer que agiram por ciúme ou qualquer outra coisa. Nenhum motivo é suficiente para ceifar a vida de qualquer pessoa.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Neuma. Perspectivas feministas e o conceito de patriarcado na sociologia clássica e no pensamento sociopolítico brasileiro. In: AGUIAR, Neuma (Org.) **Gênero e Ciências Humanas: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres**. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1997. p. 161-191.
- AMADEO, Javier. Identidade, reconhecimento e redistribuição: uma análise crítica do pensamento de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. **Revista Política e Sociedade**: Florianópolis, v. 16, n. 35. Jan-abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2017v16n35p242#:~:text=Desa%20forma%2C%20o%20objetivo%20central,e%20mais%20especificamente%20entre%20o>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SERGIPE. **Procuradoria especial da mulher é instalada na Alese**. Disponível em: <https://al.se.leg.br/procuradoria-especial-da-mulher-e-instalada-na-alese/>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei n.º 13.104/2015**. Prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 11.340/2006**. Autoriza, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência (Lei Maria da Penha). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: mais um capítulo do Direito Penal simbólico agora mesclado com o politicamente correto. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/159300199/feminicidio-mais-um-capitulo--do-direito-penal-simbolico-agora-mesclado-com-o-politicamente-correto>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DIREITOS DA MULHER – MP/SE. **Artigos, cartilhas, outros documentos.** Disponível em: <http://www.mpse.mp.br/Caop/Documentos/Documentos.aspx?caop=5&tipo=60>. Acesso em 13 jul. 2019.

COORDENADORIA DA MULHER – TJ/SE. **Relatório de Gestão 2017/2018.** Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/Bi%C3%AAnio%202017%20e%202018.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Quem é Maria da Penha?** Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html#:~:text=Maria%20da%20Penha%20Maia%20Fernandes,da%20Universidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo>. Acesso em: 31 mar. 2021.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins, 2005.

MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia G. G. Rodrigues. Femicídio em cena: da dimensão simbólica à política. **Revista Tempo Social**, v. 30, n. 1, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-20702018000100283-&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 31 mar. 2021.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público/privado. *In*: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Teoria política feminista: textos centrais.** Vinhedo: Horizonte, 2013.

PORTAL BRASIL. **9 fatos que você precisa saber sobre a Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/9-fatos-que-voce-precisa-saber-sobre-a-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 14 jul. 2019.

REZENDE, Daniela Leandro. Patriarcado e formação do Brasil: uma leitura feminista de Oliveira Vianna e Sérgio Buarque de Holanda. **Revista Pensamento Plural**, Pelotas, n. 17, julho-dezembro, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/pensamentoplural/article/view/6568/5155>. Acesso em: 31 mar. 2021.

- RIFIOTIS, Theophilos. Alice do outro lado do espelho: revisitando as matrizes das violências e dos conflitos sociais. **Revista de Ciências Sociais**, v. 37, n. 2, 2006. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/revcienso/article/view/540>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 16. Brasília. Janeiro – abril de 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522015000200011&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 31 mar. 2021.
- SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Revista Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul.-dez. 1995, p. 71-99. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoe-realidade/article/view/71721>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- SECRETARIA DE ESTADO DA MULHER, INCLUSÃO, ASSISTÊNCIA SOCIAL, DO TRABALHO E DOS DIREITOS HUMANOS. **Câmara de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher é reimplantada**. Disponível em: <https://infonet.com.br/noticias/cidade/camara-de-enfrentamento-a-violencia-contra-mulher-e-reimplantada/>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- SEGATO, Rita Laura. “**Que és un feminicidio: notas para um debate emergente**”. *Série Antropologia*, Brasília, n. 401.
- TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- VIANNA, Francisco José Oliveira. **Populações meridionais do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, v. 1, 1974.
- WEBER, Max. Sociologia da dominação. *In*: WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 1991. p. 187-223.
- WEBER, Max. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

A EVOLUÇÃO DO ESTADO NO ENTENDIMENTO ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DE TRANSEXUAL SER VÍTIMA DE FEMINICÍDIO NO BRASIL DOS DIAS ATUAIS.

Wanderley Elenilton Gonçalves Santos⁴⁰

INTRODUÇÃO

O presente texto visa analisar o feminicídio e o enfrentamento da temática que envolve a (im)possibilidade de pessoa transexual figurar como vítima. Porém, antes, tem por escopo demonstrar, de forma não exauriente, a evolução dos diversos mecanismos legais que surgiram para erradicar a violência de gênero, amparar as mulheres vítimas dessa prática abjeta e implicar consequências cautelares e definitivas aos agressores que se valem da pseudo superioridade que julgam possuir, as quais, nosso ordenamento jurídico cuidou de equilibrá-la, seja por meio da proteção estatal, seja mediante ações afirmativas destinadas a compensar desigualdades entre o homem e a mulher.

40 Mestrando em Direito na Era Digital pelo UNIVEM; MBA em Gestão Pública pela Escola Paulista de Direito; pós-graduado lato sensu em Processo Penal pela Faculdade Damásio; pós-graduado lato sensu em Direito do Trabalho pelo UNIVEM; delegado na Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Ainda que a temática seja relativamente nova, ao operador do direito é de rigor enfrentá-la. O mundo moderno urge por soluções à altura de seu progresso. Ainda que não seja com ele anuente, deve, ao menos, ser compatível com o que se espera de uma ciência evolutiva. O Direito já respondeu e se adaptou com maestria à era ambiental, à era coletiva, à era digital e, hodiernamente deve encarar com ética e responsabilidade o desafio de adequação dos transexuais à sua realidade, a fim de que não remanesça sem identidade social, seja no âmbito do direito privado e, principalmente, diante do direito público, obrigação maior do Estado e objeto do presente texto, o qual tem por objetivo estimular a discussão acerca do feminicídio e a (im)possibilidade da pessoa transexual figurar como vítima desse crime hediondo.

A metodologia de pesquisa, resume-se em buscas pela coleta de dados bibliográficos, inferencial e empíricos, de forma a lapidar conhecimentos e fundamentos para o desenvolvimento do trabalho, visando angariar fontes materiais e processuais que apontem a um norte consensual de como se classificam os transexuais quando são atacadas em sede de violência doméstica ou homicídio qualificado.

Desta feita, verifica-se que a presente exposição enfrentará as dificuldades não apenas vividas pelos transexuais, mas como também pelos operadores do direito, os quais, ainda carecem de direção doutrinária e jurisprudencial firmada nas respostas que advirão dos inúmeros questionamentos, tais como, é permitido aa transexual ser sujeito passivo do crime hediondo descrito como feminicídio no Estado Brasileiro e, em caso positivo, quais os requisitos para tanto?

1. APARATOS NORMATIVOS DE PROTEÇÃO À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA E O FEMINICÍDIO

A violência contra a mulher é uma realidade que atinge a população feminina de forma alarmante. Segundo os dados da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, obtidos por meio de análise da Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência – “Ligue 180”, nos dez primeiros meses de 2015, quando foi popularizado e amplamente divulgado o mencionado canal de denúncias, foram registradas 63.090 informações de violência praticada contra as mulheres, levando o

Brasil a obter uma média equivalente a um relato de agressão a cada sete minutos.⁴¹

Violências dessa natureza, são objetos de estudos e discussões há décadas. Em 1979, as Organizações das Nações Unidas apresentaram ao globo a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida como Convenção da Mulher ou pela sigla em inglês CEDAW, a qual entrou em vigor no ano de 1981, tendo sido um dos documentos internacionais pioneiros na promoção dos direitos humanos da mulher.

Referido tratado internacional, aprovado pelo Congresso Nacional com o Decreto Legislativo nº 26/1994 e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 4.377/2002, serviu como verdadeiro parâmetro mínimo para as ações estatais, tornando-se a grande Carta Magna dos direitos das mulheres. Ademais, simbolizou inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano.⁴²

Na sequência, em complementaridade e visando coibir essa antiga e covarde prática que assolava grande parte da população feminina mundial, a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como a “Convenção de Belém do Pará”, foi aprovada perante o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 107/1995, e incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 1973/1996, tendo definido o que seria violência contra a mulher e quais as suas modalidades, atribuindo aos Estados deveres e mecanismos de proteção, ressaltando que “*a violência contra a mulher constituía violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais*”, bem como, “*ofensa contra a dignidade humana*”.

Já em âmbito nacional, nossa Constituição Federal, além de precificar e assegurar direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, deliberou, em seu artigo 226, § 8º que “o Estado assegurará a assistência à

41 Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br>>. Acessado em 28 de jul. de 2016.

42 Sílvia Pimentel, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2021.

família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Não obstante, com relativa tardança, mas com objetivos bem definidos, a Lei nº 11.340/2006, amplamente conhecida como Lei Maria da Penha, foi estatuída não só com o fito de inibir os crimes de gênero como também e, principalmente, para dispor à mulher vítima de violência doméstica e familiar, a competente proteção pelo Estado, tanto por meio de ações integradas entre seus diversos órgãos, quanto por meio das medidas protetivas de urgência que afastem as ameaças de injusto intentadas pelo agressor.

Em que pesem referidas normas integrarem o rol das medidas de combate à violência contra a mulher, nosso legislador ordinário, imbuído com os propósitos protecionistas, constituiu, mediante a Lei nº 13.104/2015, o crime descrito como “feminicídio”, inserindo no parágrafo 2º, do artigo 121, do Código Penal, a sexta qualificadora do crime de homicídio, consistente em sobrepesar o homicídio praticado por qualquer pessoa contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, tornando-se, por consequência, crime hediondo.

Cuidou o legislador de explicar no parágrafo 2º-A, do artigo 121, do mesmo diploma legal, o que seria a expressão “razões de condição de sexo feminino”, aduzindo tratar-se de feminicídio quando o crime envolver: a) violência doméstica e familiar e b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Registre-se que a definição de violência doméstica e familiar ficou a cargo do artigo 5º, da Lei nº 11.340/2016 (Lei Maria da Penha), entendendo-se como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause a morte da mulher, seja no âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto. Por sua vez, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, situação a qual impende análise caso a caso, trata-se de um conjunto de adjetivos depreciativos que visam subjugar a mulher ao estado de “coisa”, tratando-a como ser inferior, fazendo com que sua morte se torne a forma de humilhá-la, diminuí-la, desprestigá-la, segrega-la, etc.

Ressalte-se que a nomenclatura feminicídio significa, portanto, matar mulher pela motivação especial de ser a vítima pessoa do sexo feminino. Como exemplo de feminicídio por violência doméstica, tem-se o agente que mata sua esposa em razão dela se negar a trocar a saia curta antes de sair de casa. Já o exemplo de feminicídio por menosprezo ou discriminação, tem-se

o agente que mata a sua chefe por não aceitar ser subordinado a uma mulher. De se notar que nesses casos, o homem age impelido pela crença íntima da submissão do gênero feminino ao masculino. Diferente, entretanto, do feminicídio, o qual, por sua vez, trata-se de matar mulher com ausência da condição específica do gênero feminino. Como exemplo, cita-se o indivíduo que mata a mulher para receber o seguro de vida. Nesse episódio, o agente mata com a precípua intenção monetária, independentemente do sexo da vítima.

Como não bastasse o fato da Lei nº 13.104/2015 qualificar o homicídio, erigindo o feminicídio ao rol dos crimes hediondos, conforme artigo 1º da Lei nº 8.072/1990 (Crimes Hediondos), o legislador ordinário ainda submeteu o feminicida a causas peculiares de aumento de pena, consoante dispõe o parágrafo 7º, do artigo 121, do Código Penal, mencionando que a reprimenda para o crime em tela poderá ser aumentada de um terço até a metade se for cometido: a) durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; b) contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência e; c) na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Apenas a título de ilustração, interessante esclarecer que as circunstâncias que fazem aumentar a sanção do feminicida deve ser por ele conhecida. Se ignoradas, portanto, as tais peculiaridades, excluir-se-á o aumento de pena ante a configuração do erro de tipo em relação a este gravame.

2. NO BRASIL DOS DIAS ATUAIS, TRANSEXUAL PODE FIGURAR COMO VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FEMINICÍDIO?

Tal questão guarda uma gama de situações que precisam ser discutidas antes que a resposta seja dita, de forma a evitar posição precipitada, vez que não bastam verificar condições objetivas, devendo, o operador do direito fazer uma análise acurada das posições anteriores acerca da temática que lastream o entendimento atual e dominante no país.

2.1. DO SUJEITO PASSIVO RELACIONADO À LEI MARIA DA PENHA

O artigo 5º, da Lei nº 11.340/2006 estampa a exigência legal de que para se tornar sujeito passivo de violência doméstica e familiar, necessária

e propriamente, que a vítima deva ser mulher. Extrai-se tal qualidade especial da intenção normativa de guardá-la contra as intempéries das condutas humanas em razão do gênero feminino, visando coibir ações que lhe aflijam física, patrimonial ou psicologicamente. Assim, afasta-se, por corolário lógico, do rol de sujeito passivo, a figura masculina.

Não obstante, com a desconstrução dos dogmas, Ferrão, Carvalho e Coacci (2019, p. 187), mencionam a evolução da sociedade e do comportamento coletivo com vistas a trazer pensamentos heterodoxos à temática relacionada a transexualidade. Sob o prisma psicológico, aduzem que

A discussão da transexualidade está bastante vinculada a modos de ser homem e a modos de ser mulher. Talvez a discussão da intersexualidade remeta mais radicalmente à possibilidade de mudar uma ordem simbólica que se consolidou na lógica do binarismo a partir do século XVII. Antes prevalecia o modelo de sexo único ou monista, existiam corpos completos e corpos involuídos em relação a esse “uno”, o macho completo. Estamos enfrentando um processo histórico que associa o esforço do alargamento dos signos no universo simbólico [...]. De fato, o que estamos discutindo é a redescritção do humano, sem medo de assumir que a ruptura que propomos é a do abalo da estrutura binária. Podemos propor a redescritção da humanidade, assim como a humanidade sempre foi descrita e redescrita.

Verifica-se, com isso, que a edificação de novos preceitos tem por base a evolução individual, de modo a permitir à sociedade contemporizar à sua época, com ensaios e experimentos considerados antes, absurdos.

Desta feita, interessante demonstrar que sempre houve deveras resistência no reconhecimento dos direitos das pessoas transexuais. Afirma Jesus, (2017, p. 73), que

[...] no Brasil, pessoas trans que buscam legalmente adequar o seu registro civil ao nome e ao gênero com o qual se identificam encontram obstáculos desumanizadores, sendo em geral demandadas, mesmo as que não desejam, a se submeterem a cirurgias de redesignação genital para que lhes seja concedido o direito fundamental à identidade.

Não que hodiernamente, ainda não haja objeções, porém, com o recente julgamento datado de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após discussões, alterações de entendimentos e mudança de votos, decidiu, no bojo do Recurso Extraordinário nº 670422, o qual compreendia repercussão geral reconhecida, que fosse permitido ao transgênero, realizar, acaso queira, a alteração de seu registro civil de forma direta e por via administrativa, em cartório, independentemente de decisão judicial e/ou cirurgia de redesignação de sexo.

A novel decisão foi considerada um grande avanço libertário na sociedade contemporânea, sendo defeso, portanto, ao Estado, exigir mutilações físicas e/ou intervenções psíquicas da pessoa transexual. Com efeito, impende destacar que no tocante à Lei Maria da Penha, houve sensível solidificação no entendimento de que pessoa transexual que se identifica com o gênero feminino pode figurar como sujeito passivo de violência doméstica, tendo total resguardo dos direitos preconizados e observância dos benefícios normativos previstos.

Conforme assevera Bianchini (2014, p. 58), precursora e defensora deste entendimento,

[...] de acordo com o art. 5º, parágrafo único, a Lei nº 11.340/2006 deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual, razão pela qual, na relação entre mulheres hétero ou transexuais (sexo biológico não corresponde à identidade de gênero; sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, deve haver incidência do referido diploma legal.

Redefinindo o entendimento doutrinário, Lima (2020, p. 1260), aponta que nos

[...] dois julgados recentes (ADI 4.275/DF e RE 670.422), o Supremo Tribunal Federal reconheceu aos transgêneros e aos transexuais, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil. No referido julgado, concluiu a Suprema Corte que o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. [...] Com base nessa decisão, é de rigor a conclusão no sen-

tido de que, na eventualidade de um transgênero (ou transexual) proceder à alteração de seu gênero diretamente no registro civil, identificando-se, a partir de então, como mulher, poderá ser sujeito passivo da violência doméstica e familiar prevista na Lei Maria da Penha.

Desta feita, resta cabalmente demonstrando que nos dias atuais, o Estado avançou na concepção do sujeito passivo dos crimes que envolvam violência doméstica, compreendendo que a mulher transexual possa figurar como vítima para ter os seus direitos resguardados.

2.2. DO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Como visto, tratou a Lei nº 13.104/2015 de qualificar e agravar a pena do homicida que atenta contra a vida de mulher por motivos de condição de sexo feminino, seja em razão de violência doméstica e familiar, seja por menosprezo ou discriminação à sua condição de gênero. Sob esse viés, por óbvio, exclui-se, igualmente aos casos de “Maria da Penha”, o homem da possibilidade de figurar como vítima desse crime.

Nesta toada, Gonçalves, (2020, p. 46), aduz que “*somente mulheres podem ser sujeito passivo de feminicídio*”. E continua o autor, ressaltando que “*não podem figurar como sujeito passivo do delito homens, homossexuais, travestis etc.*”. Na mesma esteira, Prado (2019, p. 769) menciona que “*a utilização da expressão ‘sexo’ feminino faz com que a qualificadora incida quando o sujeito passivo de fato seja biologicamente identificado como sendo do sexo feminino [...]*”.

Não obstante, impende destacar que ante a evolução jurídico-social e estatal demonstrado anteriormente, à pessoa transexual que se identifica com o sexo feminino tem os seus direitos resguardados na medida em que se invoca o status adotado por ela, o que, certamente, não se faz ao bel prazer, mas com preceitos mínimos para não causar insegurança pessoal e ao instituto.

Assim, para Farias e Rosenvald, (2015, p. 183)

[...] a transexual não pode ser confundida com o homossexual, bissexual, intersexual (também conhecido como hermafrodita) ou mesmo com o travesti. A transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de

sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico.

França (2005, p. 142), aduz ser a transexualidade uma

[...] inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero.

Ademais, como já mencionado, o Plenário do STF decidiu, conforme o RE nº 670422, que pessoa transexual altere o seu registro civil sem a necessidade de imposições cirúrgicas ou demandas jurídicas, fazendo com que a pessoa com identidade de gênero feminina – objeto do presente estudo –, passasse a ser tratada oficial e permanentemente como mulher.

Diante de tais conceitos, ousa-se extrair que a transexual, não confundível com o homossexual ou travesti, possui em sua psique uma confusão de identidade de gênero, rejeitando sua característica físico-sexual para prover-se perante a sociedade como se enxerga psicologicamente, ou seja, com os atributos do sexo oposto ao de seu nascimento.

Na atualidade, existem dois critérios não acumulativos que inserem a transexual à adequação à sua verdadeira identidade de gênero. São eles: psicológico e jurídico. Isso porque, para o critério biológico, de cunho conservador e, atualmente em desuso, existem apenas dualidades fenotípicas. Ou o indivíduo nasce homem e como tal se perdura social e juridicamente com tal característica até a sua morte ou nasce mulher, com genitália e órgão reprodutor feminino e se perpetua com tal condição até não mais existir, traçando, desta feita, o sistema binário, o qual, em nada, inova no mundo social e/ou jurídico.

Já no critério psicológico, o indivíduo nasce em corpo cujo o estereótipo sexual não condiz com a que ele se identifica, fazendo com que todas as suas ações tenham por base a confluência do gênero com a qual o indivíduo se reconhece. Não há a aceitação do critério biológico como puro e verdadeiro, vez que tal fato traria eternos conflitos com a sua psique, razão pela qual, é adotado por pessoas transexuais para requisitar a sua confor-

mação com o gênero pela qual ela se identifica. Não é necessário, nestas condições, haver a cirurgia de redesignação de sexo, bastando, portanto, a solidez de sua posição como trans.

Por derradeiro, no critério jurídico, situação semelhante ao anterior se instalava, porém, não bastava a identificação do gênero diferente ao de nascença da transexual. Era preciso, para que fosse aceito minimamente, que comprovasse eventuais intervenções cirúrgicas e/ou medicamentosas, com vistas a demandar ação judicial para reconhecimento de sua identidade de gênero.

Trata-se, aqui, o critério jurídico no pretérito em razão de não mais precisar haver demanda para que a pessoa trans tenha o tratamento conforme a sua identidade de gênero, consoante a repisada decisão do STF. Assim, remanesce o critério jurídico como uma espécie de soldado de reserva acaso haja inobservância dos direitos já solidificados pelo Supremo Tribunal Federal, para, simplesmente, haver o escorreito cumprimento do que fora decidido pela Corte Constitucional.

Com efeito, de se perceber que tais discussões não são simples e estão longe de serem esgotadas, porém, impende demonstrar haver duas correntes para determinar se transexual pode figurar como vítima de feminicídio.

A primeira posição, de cunho conservadora, menciona, categoricamente, que a transexual não é mulher, apesar de sentir-se psicologicamente como tal, alterar o seu assentamento civil ou mesmo transmudar fisicamente seu órgão genital, razão pela qual, não poderia estar abarcado pela proteção especial da Lei nº 13.104/2015. Sob este prisma, Barros (2016):

[...] identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso, como a neocolpovulvoplastia [cirurgia de transgenitalização] altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora do feminicídio.

Em que pesem renomados juristas defensores da posição ortodoxa, em rechaçar a possibilidade de a pessoa transexual ser protegida pela figura do feminicídio, fato é que, sob o prisma teleológico, quis a Lei nº 13.104/2015 proteger o polo mais fraco da relação afetiva ou social, seja

ela biologicamente mulher, psicologicamente mulher ou juridicamente mulher.

A segunda corrente, transformativa, moderna e atual, defende que se a transexual tiver realizado a retificação de seu registro civil, deve ter o tratamento dispensado de acordo com a sua nova característica física, vez que a psicológica já o colocava nessa posição, independentemente de cirurgia de mudança de sexo.

Verifica-se que tal posicionamento apresenta como válido os critérios psicológico e/ou jurídico. Nessa toada, Cunha (2016, p. 66), simpático a esta contemporânea corrente, menciona que

[...] a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Delmanto (2016, p. 971), afirma que

[...] a transexual que mantém o psiquismo voltado para o gênero feminino e que tenha realizado tanto a cirurgia de mudança de órgãos genitais, quanto a alteração em seu registro civil para fazer constar mulher, poderá ser abrangido pela proteção especial do feminicídio.

Sintetizando a temática, Greco (2015) explica que “*aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio*”.

Vê-se, portanto que a corrente moderna, vem ganhando força com argumentos cada vez mais convincentes e harmônicos ao cenário social atual. Ignorar a galopante evolução das pessoas e das ciências, seria o mesmo que engessar o Direito, impedindo o progresso da hermenêutica jurídica à realidade contemporânea.

Desta feita, compreende-se por respondida a questão central da presente exposição, qual seja, se no Brasil dos dias atuais, transexual pode

figurar como vítima de violência doméstica e feminicídio, vez que restou clara a posição afirmativa de que, contemporaneamente, pessoa que oficialmente se identifica com o gênero feminino pode ser sujeito passivo de feminicídio e ter os seus direitos resguardados pela Lei Maria da Penha em sede de violência doméstica e familiar.

E, não há que se falar, no caso em tela, de analogia *in malam partem*. Ao atribuir o direito de pessoa nascida homem e com identidade de gênero feminino, alterar o seu registro civil, passando a receber todo o tratamento jurídico-social como mulher, tal indivíduo passa, efetivamente, a gozar de todas as proteções que uma pessoa nascida mulher receberia, vez que é defeso distinções e discriminações.

Destarte, se é mulher no registro civil deverá ser mulher para os fins penais. Não pode haver categorização. O indivíduo não pode ser classificado como mulher para determinados direitos/obrigações e como homem para outras finalidades, sob pena de haver, repise-se, segregação, preconceito e estigmatização.

Ora, não existe meia pessoa homem, meia pessoa negra, meia pessoa autista, meia pessoa feliz, meia pessoa inteligente, assim como não deve haver meia pessoa mulher. Ou se é, ou não é! Por tais motivos, defende-se a ideia de que, uma vez mulher, mulher para com todos os direitos e todas as obrigações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, de se verificar que o Direito, tão criticado por sua inércia às evoluções e, por vezes, tachado como “a ciência de retrovisor”, vez que todas as demais conseguem acompanhar o dinamismo evolutivo ao passo que o Direito permanece na retaguarda, sendo observado atrás, surpreendeu os mais céticos, trazendo à tona, posicionamento vanguardista no que tange às questões dos transexuais.

Ao decidir pela simplificação dos métodos transformativos de uma pessoa que nasceu em corpo a qual não reconhece, permitindo a alteração de seu registro civil de forma direta e desburocratizada, sem a necessidade de ações judiciais e/ou intervenções médicas invasivas, fez com que as agruras suportadas por uma pessoa trans fosse esvaziada, cedendo lugar ao nascimento de um ente, de uma lição, de uma felicidade, de uma bandeira

ra, enfim, de uma pessoa! Mas não uma nova pessoa e sim, uma pessoa em conformidade com o que sempre foi.

Com efeito, diante de tal quadro, resta patente afirmar que a transexual com identidade de gênero feminino pode, mas não deseja, ser vítima de feminicídio no Brasil.

O Estado contemporâneo está disposto às mudanças. Ele aceita os argumentos propostos. Ele quer discutir e quer evoluir. À sociedade, cabe a ponderação, o bom senso, o respeito e, acima de tudo, à ética.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais**. Disponível em: <<http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidioeneocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acessado em 28 de jul. 2016.
- BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal volume 2: crimes contra a pessoa**. 20. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal, parte especial**. Editora Juspodivm, Salvador, 2016.
- DELMANTO, Celso, “et alii”. **Código Penal Comentado**. 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Editora Atlas, São Paulo, 2015.
- FRANÇA, Genival Veloso. **Fundamentos de medicina legal**. Editora Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 2005.

- FERRAO, Dalcira, CARVALHO, Lucas Henrique de e COACCI, Thiago. **Psicologia, genero e diversidade sexual: saberes em diálogo**. Conselho Regional de Psicologia Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte especial (arts. 121 a 183)**. 3. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.
- GRECO, Rogério. **Feminicídio – Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. In <<http://rogeriogreco.jus-brasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal, parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio – arts. 121 a 183 do CP**. 36. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.
- JESUS, Jaqueline Gomes de; PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa. **Feminicídio: invisibilidade mata**. Editora Fundação Rosa Luxemburg – Instituto Patrícia Galvão. São Paulo, 2017
- JOHAS, Bárbara, AMARAL, Marcela e MARINHO, Rossana. **Violências e resistências: estudos de gênero, raça e sexualidade**. Teresina. EDUFPI, 2020.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24^a ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 8^a ed., Editora JusPodivm, Salvador, 2020.
- MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

A EXCLUSÃO DAS MULHERES NA CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA NA ESFERA PENAL

*Isabela Maria dos Santos Kurtemback*⁴³

*Larissa Aline Lopes Damasceno*⁴⁴

INTRODUÇÃO

A base da dogmática penal ainda vigente foi construída há mais de 80 anos, sem a participação de mulheres. O Código Penal brasileiro teve sua origem no ano de 1940, período de forte instabilidade democrática e social no país, cuja participação política e civil era majoritariamente composta por homens. Ressalta-se, ainda, que o processo de exclusão de mulheres da participação política perdurou até o ano de 1932.

O presente trabalho objetiva compreender de que forma esta exclusão afeta a vida de mulheres até os dias atuais, dentro do sistema penal. Para tanto, parte-se da hipótese de que a não participação feminina implica a não elaboração de políticas públicas efetivas, que façam cessar a violência empreendida contra este público, e o endurecimento das leis penais, num viés punitivo que ignora a lesão causada à vítima.

43 Graduada em Direito na Universidade Federal Fluminense.

44 Graduada em Direito na Universidade Federal Fluminense.

Como objetivos específicos, frisa-se a investigação acerca dos possíveis impactos da invisibilidade feminina nos debates que sustentam a edição de leis penais e projetos de leis, dentre eles, a flexibilização do Estatuto do Desarmamento e o projeto de lei que propõe a castração química.

Para entendimento do impacto na participação política feminina, será utilizado o conceito habermesiano de esfera pública, acrescido das contribuições de Nancy Fraser a respeito dos contra-públicos subalternos.

A metodologia deste artigo é pautada por um caráter interdisciplinar, cujos objetivos específicos serão perquiridos via pesquisa teórica, através de um estudo interdisciplinar entre a dogmática penal e Criminologia Feminista. A partir de investigação histórica, será apontado o processo de exclusão da participação feminina na elaboração de leis, e suas consequências, ilustradas por meio de dados estatísticos. Ainda, serão promovidas análises qualitativas acerca dos conceitos teóricos abordados.

1. A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA CONFRONTAÇÃO DOS DISCURSOS: OS CONTRA-PÚBLICOS SUBALTERNOS

Entende-se por “esfera pública” a “esfera das pessoas privadas” (HABERMAS, 2003, p. 42) que se reuniam “para manifestarem sua opinião sobre temas de interesse geral” (MONICA; COLEN, 2020, p. 95). Movidos pela transformação das convenções sociais a partir de suas deliberações, intermediavam “as relações entre o Estado e a sociedade civil burguesa” (MONICA; COLEN, 2020, p. 95). Para disso, dispunham “de uma série de critérios institucionais em comum. Em *primeiro lugar*, é exigida uma espécie de sociabilidade que pressupõe algo como a igualdade de status, mas que inclusive deixa de levá-lo em consideração” (HABERMAS, 2003, p. 51).

Na esfera pública burguesa contemporânea a Habermas, “desenvolve-se uma consciência política que articula, contra a monarquia absoluta, a concepção e a exigência de leis genéricas e abstratas e que, por fim, aprende a se auto-afirmar, ou seja, afirmar a opinião pública como única fonte legítima das leis” (HABERMAS, 2003, p. 71). Nesse sentido, a “opinião pública” pretendia “corresponder à ‘natureza das coisas’”, de forma que as leis precisariam assegurar, “além dos critérios formais de

generalidade e abstrações, também a racionalidade como um critério material” (HABERMAS, 2003, p. 72).

A opinião pública se forma na luta dos argumentos em torno de algo, não sem crítica, na aprovação ou rejeição, seja ela ingênua ou plebiscitariamente manipulada, em relação a pessoas, através do *common sense*. Por isso é que ela precisa ter por objeto antes a apresentação precisa dos fatos do que a pessoa dos governantes. (HABERMAS, 2003, p. 85).

Contudo, essas esferas públicas, que promoviam verdadeiros espaços deliberativos, excluía a participação de mulheres: “mulheres e dependentes estão excluídos da esfera pública política tanto de fato quanto de direito” (HABERMAS, 2003, p. 73). O público feminino tinha “com freqüência uma participação mais forte na esfera pública literária do que os proprietários privados e os próprios homens adultos” (HABERMAS, 2003, p. 73). Essa esfera pública literária não era “autoctonamente burguesa; ela preserva uma certa continuidade em relação à representatividade pública da corte” (HABERMAS, 2003, p. 44), mas se colocava como uma fase pela qual se chegava à esfera pública política.

Nancy Fraser (1997, p. 98), uma das pensadoras da teoria feminista deliberativa, entende que a ideia habermesiana de esfera pública “*no es completamente satisfactoria*”, pois “*los constructos machistas de género se incorporaron a la concepción misma de la esfera pública republicana, al igual que una lógica que [...] llevó a la exclusión formal de las mujeres de la vida política*” (FRASER, 1997, p. 101). Fraser argumenta que “*el análisis que ofrece de la esfera pública debe someterse a una interrogación crítica y a una reconstrucción, si ha de convertirse en una categoría susceptible de teorizar los límites de la democracia existente*” (FRASER, 1997, p. 101).

A autora questiona se seria possível que os interlocutores deliberassem em espaços discursivos “*como si fueran iguales socialmente, cuando estos espacios discursivos están situados dentro de un contexto social [...] penetrado por relaciones estructurales de dominación y subordinación*” (FRASER, 1997, p. 111). Dessa maneira, “*la eliminación de las desigualdades sistémicas es una condición necesaria para la paridad en la participación. [...] sí exige el tipo de igualdad general que no es compatible con relaciones de dominación y subordinación generadas sistémicamente*” (FRASER, 1997, p. 113).

Na tentativa de alterar esse cenário, surgem os contra-públicos subalternos. Esses grupos “*contribuyen a extender el espacio discursivo*”, o que “*implica la ampliación de la confrontación discursiva*” (FRASER, 1997, p. 116). Um exemplo de contra-público subalterno feminista se insere no final do século XX, nos Estados unidos, “*con su abigarrado conjunto de revistas, librerías, editoriales, redes de distribución de películas y videos, series de conferencias, centros de Investigación, programas académicos, congresos, convenciones, festivales y lugares de reunión locales*” (FRASER, 1997, p. 115).

Nessa esfera pública, “*las feministas han inventado nuevos términos para describir la realidad social, incluyendo ‘sexismo’, ‘doble jornada’, ‘acoso sexual’, y ‘violación intramarital’, ‘en una cita’ (date rape) y ‘por un conocido’ (acquaintance rape)*” (FRASER, 1997, p. 115). A partir dessa linguagem, tornaram explícitas, novamente, suas identidades, reduzindo sua “*desventaja en la esfera pública oficial*” (FRASER, 1997, p. 115-116).

Nesse sentido, depreende-se que a participação feminina, que, por vezes, dá-se na forma de contra-públicos subalternos, pode ser um mecanismo eficaz para a retomada da identidade deste público⁴⁵, para a redução de sua desigualdade, e ampliação da confrontação discursiva.

Uma vez que o Congresso Nacional se constitui como uma esfera pública, pois faz juz às suas características, entende-se que uma maior participação feminina poderia, efetivamente, contornar certas desigualdades visualizadas neste contexto fático, aqui observadas no que tange à esfera penal. Sinalize-se, todavia, que:

De acordo com a etimologia da palavra, participação origina-se do latim "participatio" (pars + in + actio) que significa ter parte na ação. Para ter parte na ação é necessário ter acesso ao agir e às decisões que orientam o agir. [...] E só será sujeito da ação quem puder decidir sobre ela. (BENINCÁ, 1995)

Desse modo, quando se refere a participação feminina, não se restringe à ideia de presença de mulheres no Congresso Nacional, o que por si só não é eficaz para reverter o problema apontado no presente artigo, sendo

45 Destaque-se, contudo, que “as mulheres são diversas e plurais e o gênero entrecruza-se com outras categorias, como raça/etnia, geração, sexualidade e capacidade, construindo um sujeito complexo e plural” (CAMPOS, 2011, p. 5), aspecto que precisa ser considerado.

necessária uma representação feminina efetiva. Por conseguinte, passa-se a ilustrar como a construção da legislação penal no país foi desenvolvida, em sua origem, sem a participação deliberativa de mulheres.

2. O PROCESSO HISTÓRICO DE EXCLUSÃO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA FEMININA NO BRASIL

É importante ressaltar que a legislação penal ainda em vigor tem sua origem em 1940, período de práticas autoritárias e segregacionistas. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, outorgado pelo presidente Getúlio Vargas no Estado Novo, teve como responsável o Ministro da Justiça Francisco Campos, grande entusiasta da ditadura estadonovista, que a concebia como o resultado de um “imperativo de salvação nacional” (CAMPOS, 2002, p. 55).

O contexto histórico da época demonstra uma sociedade pauta-da pela “divisão de papéis” e “responsabilidade dentro do casamento” (SCHWARTZMAN; BOMENY; COSTA, 2000, p. 127-128) no que tangê às mulheres, e reafirma o machismo predominante em toda a sociedade nos principais momentos de construção democrática do país, incluindo a construção da legislação. Ressalta-se, ainda, que “a masculinidade não compõe apenas os indivíduos, mas também instituições e tradições” (HORST, 2019, p. 81), compreendendo, portanto, o Estado brasileiro e seus poderes.

Durante anos as mulheres sequer foram consideradas cidadãs. Ao serem impedidas de votar, tiveram sua cidadania plena negada pelo Estado, além de “não poderem concorrer a cargos públicos, ou, quando concorriam, tinham muito trabalho para convencer os juízes a autorizar suas candidaturas” (MARQUES, 2018, p. 100). O cenário impedia que houvesse quem as representasse e ouvisse suas demandas, tendo em vista que suas pautas não alcançavam a esfera do Poder Legislativo (MARQUES, 2018, p. 100).

Em uma perspectiva legal, o Estado negou a existência das mulheres em seu campo jurídico por diversas vezes, como é possível constatar pela análise da história do Brasil. Segundo o vocabulário jurídico brasileiro presente no texto da Constituição de 1824, “apenas os cidadãos ativos poderiam usufruir de direitos políticos” (MARQUES, 2018, p. 27). Des-

ta forma, o simples gesto de escolha das palavras já carregava um sentido excludente pela legislação do país. Neste sentido:

O texto fala em “cidadãos ativos”, não é? A origem dessa expressão dá pistas preciosas sobre o que os parlamentares estavam pretendendo quando optaram por essa redação. É que classificar os integrantes da cidade em cidadãos ativos e passivos era um procedimento típico da política francesa desde o final do século XIX. Nele, mulheres (e também crianças, loucos e outros) eram cidadãs passivas – ou inativas, segundo o vocabulário jurídico brasileiro. Elas usufruíam de direitos civis e por isso podiam receber herança, mas não podiam exercer opinião sobre assuntos políticos. (MARQUES, 2018, p. 27).

Assim, o conceito de cidadão se mostrava em um sentido literal – e também no figurado –, um substantivo masculino. Por conseguinte, apenas em 1933, foi eleita a primeira mulher na história do país, a deputada federal Carlota Pereira de Queiroz (PILATTI, 2013, p. 65–71), após luta do movimento sufragista.

Ressalte-se, contudo, que o movimento sufragista era formado por mulheres brancas – enquanto as feministas brancas lutavam por seus direitos, as mulheres negras lavavam suas roupas, cuidavam de suas crianças e cozinhavam em suas casas (NASCIMENTO, 2017).

Apesar dos avanços conquistados, é possível notar o reflexo da proibição do exercício da cidadania das mulheres por tanto tempo, bem como o processo de exclusão de sua participação na construção da legislação penal brasileira. De acordo com o Observatório do Legislativo Brasileiro, nas eleições de 2018, foram eleitas 77 mulheres para a Câmara dos Deputados, representando apenas 15% do total. Contudo, o número representa um avanço, pois desde 1933, primeiro ano de uma mulher na Câmara dos Deputados, esse percentual não ultrapassou os 10% (OBSERVATÓRIO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO, 2021).

Ainda, segundo Estatísticas Eleitorais (2018) produzidas pela Justiça Eleitoral, de cada cem parlamentares estaduais brasileiros, somente quinze são deputadas. Além disso, dos 1.060 eleitos em 2018 para os legislativos nos Estados, apenas 163 são do sexo feminino (TSE, 2018).

Ante o exposto, o processo histórico de exclusão das mulheres das discussões políticas afastaram-nas dos espaços legislativos e, por consequência, da possibilidade de pensar e debater soluções para os problemas sociais que as envolvem, o que pode gerar consequências na forma de elaboração da legislação do país, especialmente penal.

A partir de análise do momento em que mulheres puderam votar e ser votadas, nasce a compreensão de que apenas a permissão não foi suficiente para garantir a real participação destas mulheres no poder legislativo, levando em conta que participação inclui poder de decidir, e o percentual de mulheres presentes no poder legislativo nunca foi em um patamar que possibilitasse a tomada de decisões.

Com isso, nota-se que é preciso que o Estado forneça os meios para que as mulheres representem um percentual que possibilite a tomada de decisões no poder legislativo. O Brasil carece de políticas públicas que reafirmem a confiabilidade no trabalho de uma mulher integrante do poder legislativo, o que entende-se que deveria ser feito, tendo em vista que esta resistência advém de ações passadas do Estado.

Destaca-se, ainda, que as políticas de cotas estabelecida pela Lei n° 9.100/95 e pela Lei n° 9.504/97 não são suficientes para garantir a participação feminina no poder legislativo. Por um lado, porque presença não significa participação, como fora exposto anteriormente e, ainda, por que a representação nos partidos políticos não garante a igualdade no momento da eleição ou momento posterior a este.

3. ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA DOS IMPACTOS NA PRODUÇÃO DE NORMAS PENAIS SEM A EFETIVA PARTICIPAÇÃO DE MULHERES

A pouca representatividade de mulheres no Poder Legislativo, e consequentemente, na elaboração de leis penais – seja em 1940 ou ainda em 2021 – faz com que a população feminina não seja considerada de forma individualizada no momento de criação de novas normas ou de alteração das normas vigentes. Neste sentido, é possível citar as alterações na Lei n° 10.826/03, com consequente flexibilização da política armamentista no país, sem que fosse realizado um estudo prévio do impacto na vida das vítimas de violência.

Em análise consequencialista é possível observar que as modificações por decretos desencadearam a tendência no crescimento do número de população armada, ainda que parte das alterações não tenha subsistido. Enquanto em 2017 o número total de registros de posse de arma de fogo ativos no SISNARM era de 637.972, em 2019 este número foi para 1.056.670, aumento considerável de 65,6% (FBSP, 2020 p. 221).

A medida facilita o acesso ao segundo meio mais utilizado nos feminicídios no Brasil (FBSP, 2020, p. 121), aumentando os riscos aos quais mulheres vítimas de violência estão submetidas no Brasil. No período entre 2013 e 2018, de acordo com dados do Atlas da Violência de 2020, houve “aumento de 25% nos homicídios de mulheres por arma de fogo dentro de suas residências” (IPEA, 2020, p. 39).

Os riscos que a alteração legislativa traz impactam não somente a possibilidade de violência física, mas também a psicológica, tendo em vista que o fato de saber que seu agressor detém uma arma de fogo pode fazer com que haja mais casos de subnotificação pelo medo de denunciar.

É sabido que a posse de arma de fogo eleva o risco à violência doméstica, tanto que a existência de arma em casa é uma das questões consideradas nos formulários de avaliação de risco. Neste sentido, políticas que flexibilizam as regras para aquisição de armas de fogo podem vulnerabilizar ainda mais mulheres em situação de violência doméstica. (FBSP, 2020, p. 121)

Além deste exemplo, propostas como o projeto de lei para a criação do Estatuto da Gestante, que veda o aborto legal em casos de estupro e oferece auxílio em troca, proposto por um parlamentar homem, evidencia a falta que faz a maior participação feminina no processo legislativo.

Ainda, a proposta de castração química é recorrentemente trazida à tona pelos congressistas brasileiros, conforme o conteúdo de projetos como o Projeto de Lei nº 597/11, de autoria do Deputado Marçal Filho. A proposta é mais um ato legislativo que desconsidera as origens da violência sexual no Brasil, além de também violar princípios constitucionais e do próprio Direito Penal.

Ressalta-se que não raras vezes os estupros são cometidos sem a utilização de penetração, mas utilizando-se de objetos, como vassouras e garfos. Isto porque estupro não é apenas sobre sexo, mas sobre poder:

[...] a prática de atos libidinosos independe de ereção peniana, havendo registros de crimes dessa natureza cometidos por homens impotentes. Isso significa que a castração química revela-se ineficaz quando o paciente não apresenta volição suficiente para reprimir seus impulsos sexuais. (VIEIRA, 2008)

A cultura do estupro, portanto, não é de fato considerada quando a legislação penal é elaborada, porque os legisladores majoritariamente homens não fazem análise histórica objetivando compreendê-la. Nota-se que a cultura do estupro pode ser definida como “conjunto de violências simbólicas que viabilizam a legitimação, a tolerância e o estímulo à violação sexual” (SOUSA, 2017). O poder legislativo brasileiro, a ignora, contudo, voltando-se exclusivamente para o uso do Direito Penal quando há necessidade de debate acerca do tema.

O uso do poder punitivo sem medidas assistenciais às vítimas também pode ser citado como reflexo do androcentrismo que paira sobre o Direito, que não será modificado enquanto não se reconhecer a crise sistêmica causada pelo desenvolvimento legislativo segregacionista no país, bem como a realização de estudos que proponham caminhos para que estas estruturas sejam superadas.

Merece destaque que a postura vindicativa assumida pelos legisladores não tem surtido efeitos positivos na redução da criminalidade, em especial da vitimação feminina. Dados indicam que a criação da qualificadora do feminicídio pouco impactou a ocorrência de mortes de mulheres em razão do gênero (FBSP, 2020, p. 116). A informação indica que o modo de legislar em matéria penal está equivocado para os fins de efetiva proteção à vida da mulher.

Nota-se, portanto, que a ausência de participação legislativa feminina faz com que as soluções propostas por homens para combater as violências de gênero não considerem as origens destas violências, e portanto, acabem por vulnerabilizar ainda mais mulheres. As medidas retromencionadas são exemplos de ações viabilizadas em sua maioria pelo Direito Penal que além

de não promoverem significativa transformação social, acabam por aumentar outros problemas como o aumento constante da população carcerária.

Verifica-se, a partir da edição de leis penais que não levam em conta fatores históricos ligados ao gênero, uma ausência de estudos acerca de uma Criminologia Crítica, bem como feminista.

Vera Andrade (1997, p. 45) avalia que não há “clareza a respeito da existência e especificidade de uma Política criminal feminista no Brasil, que tem se exteriorizado, na prática, com um perfil reativo e voluntarista, como mecanismo de defesa a uma violência historicamente detectada”. Para a autora (ANDRADE, 1997, p. 47), a ineficácia do sistema penal na proteção de mulheres se deve ao fato deste não atuar para prevenir novas violências, já que “não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero”.

Os problemas retromencionados, principalmente no que tange ao sistema criminal, são reflexos de um poder que não somente não tem mulheres suficientes em sua composição, como também não as considera em suas funções.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que o sistema de justiça criminal é elaborado pelas mãos de legisladores majoritariamente homens que não consideram as mulheres nesse processo, conclui-se que “o sistema de justiça criminal, do qual o processo é um instrumento, orienta-se a partir de estigmas criados e alimentados pelo patriarcado” (MENDES, 2020).

Nota-se que a elaboração de leis penais é feita majoritariamente por homens, de acordo com dados estatísticos do TSE (2018). Isto porque o poder legislativo brasileiro não é dotado de representatividade feminina.

Quando da análise de possíveis motivos que cooperaram para que mulheres não tenham alcançado a igualdade dentro do âmbito legislativo, a história revela que a falta de credibilidade no trabalho feminino pode ter profundas ligações com a forma com que o Estado brasileiro tratou as questões ligadas ao gênero no país. Isto porque, se há menos de 90 anos atrás, mulheres sequer poderiam votar, como esperar que fossem fortemente votadas nos dias atuais?

Em análise consequencialista é possível observar que os debates acerca da legislação penal, portanto, ocorrem sem que as soluções sejam propostas e discutidas por mulheres, inclusive os temas de seu maior interesse, como a violência doméstica e os crimes sexuais. Neste sentido, observou-se a edição de leis que pouco se importam com as consequências que seus efeitos podem atrair para a população feminina do país.

Enquanto a criminalização de condutas não logrou êxito em reduzir casos de violência contra a mulher, notadamente o feminicídio, a flexibilização do Estatuto do Desarmamento pode impactar negativamente a ocorrência destes casos, aumentando-os. Isto porque as armas de fogo são o segundo meio mais utilizado para matar mulheres em razão de gênero. A edição de novas leis ou decretos ligados à política armamentista sem que haja um estudo prévio de seus impactos para as mulheres é exemplo da nocividade de um poder legislativo sem a participação feminina, em especial no que tange à normas com impactos penais.

Da mesma forma, propostas de leis como a castração química desconsideram as origens das violências sexuais sofridas por mulheres, bem como ignora a “cultura do estupro” presente na mentalidade da população brasileira. Novamente, a ausência de mulheres no poder legislativo mostra-se um fator negativo para considerar o público feminino antes de elaborar propostas que em nada agreguem para a tutela da vida da mulher.

Desta feita, somente ampliando a participação feminina no legislativo seria possível alcançar uma legislação penal antipatriarcalista. Isto porque, diante deste cenário, mulheres participariam efetivamente dos debates relacionados a problemas como o alto índice de violência doméstica no país.

Para isso, o Estado deve fornecer incentivos em todos os âmbitos, especialmente econômicos, para que mais mulheres se engajem na política e sejam eleitas pela população, visto que este mesmo Estado foi também responsável por este cenário. Da mesma forma, a promoção de estudos que considerem a possibilidade de relacionar gênero e Direito Penal serviriam para conscientizar os legisladores acerca da importância de buscar aprofundamento nas temáticas ligadas à violência de gênero, construindo uma verdadeira política criminal feminista a partir de estudos criminológicos com perspectiva de gênero.

Embora a presença de mulheres nos espaços legislativos não garanta que as agendas de políticas públicas voltadas às mulheres serão considera-

das, é imperioso destacar que a igualdade no poder legislativo é passo necessário para que os debates sobre leis penais sejam elaborados com maior responsabilidade e efetividade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção de cidadania**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645>. Acesso em: 6 abr. 2020.

BENINCÁ, E. As origens do planejamento participativo no Brasil. **Revista Educação – AEC**, n. 26, jul-set. 1995.

BRASIL. **Código Penal**, Decreto-Lei nº 2.848, 1940.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. In: _____. (org). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. FBSP, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 06 jan. 2021.

FRASER, Nancy. Pensando de nuevo la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes. In: FRASER, Nancy. **Justicia interrupta: reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Univeridade de Los Andes, Facultad de Derecho, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- HORST, Juliana de Oliveira. **Feminicídio como fenômeno social complexo**: entre a nomeação feminista e a criminológica. Curitiba, 2019, 138f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=57585&idprograma=40001016017P3&anobase=2019&idtc=93>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da violência 2020**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlas-violencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 13 jan. 2021.
- MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.
- MENDES, Soraia. **Processo Penal Feminista**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- MONICA, Eder Fernandes; COLEN, Karen de Sales. **Esfera pública e democracia deliberativa**: interpretações feministas para se pensar uma teoria de gênero para o direito brasileiro. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 5, n. 1, p. 92-110, janeiro/julho de 2020. Disponível em: <https://revistaidcc.com.br/index.php/revista/article/view/67/66>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- NASCIMENTO, Luciene. **“Tudo nela é de se amar” Poesia de Luciene Nascimento**. In: I Ciclo de Palestra Racismo e Direito, 1., 2017, Volta Redonda. Vídeo... Volta Redonda: NEGRUFF, 2017. Disponível em: <https://www.facebook.com/watch/?v=1049560878512556>. Acesso em: 23 fev. 2021.
- OBSERVATÓRIO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO. **Câmara dos Deputados no Brasil**: uma história de sub-representação das mulheres. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP-UERJ), 8 de março de 2020. Disponível em: <https://olb.org.br/>

camara-dos-deputados-no-brasil-uma-historia-de-sub-representa-cao-das-mulheres/. Acesso em: 02 mar. 2021.

PILATTI, Adriano. Constituintes, Golpes e Constituições – os caminhos e descaminhos da formação constitucional do Brasil desde o período colonial. In: GOMES, Marcos Emilio (org.). **A Constituição de 1988, 25 anos: a construção da democracia e liberdade de expressão: o Brasil antes e depois da Constituinte**. 1ª ed. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013, p. 26-133.

SCHWARTZMAN, Simon; BOMENY, Helena Maria Bousquet; COSTA, Vanda Maria Ribeiro. **Tempos de Capanema**. São Paulo: Paz e Terra, Fundação Getúlio Vargas, 2000.

SOUSA, Renata Floriano de. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. **Revista Estudos Feministas**. 2017, v. 25, n. 1, p. 9-29. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2017000100009&lng=en&nrm=iso.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Thiago Borba Calixto dos. Castração Química: Alternativa para os Crimes Contra a Liberdade Sexual? **Revista Jurídica Consulex**, ano XII, nº 272, 15 de maio de 2008, p. 18-20.

BREVE HISTÓRICO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE: DA TEORIA PSICOLÓGICA À CRISE DA TEORIA NORMATIVA PURA

*Lucas Frasson Sant'Ana de Oliveira*⁴⁶

INTRODUÇÃO

A culpabilidade pode ser conceituada como o juízo de reprovação pessoal sobre injusto praticado pelo agente, quando ele podia, no caso concreto, agir conforme o Direito (GRECO, 2015, p. 433). Essa conceituação, porém, não encontra unanimidade na história do Direito Penal, nem foi construída subitamente. Longe disso: o tema sempre foi alvo de grande discussão, muitas teorias empenharam-se na busca pelo sentido, fundamento e função da culpabilidade. Ao longo desse processo, é comum a afirmação de que a evolução dogmática da culpabilidade está intimamente ligada à evolução histórica da ciência jurídico-penal como um todo. Nesse sentido foi que von Liszt, antes de esboçar sobre a trajetória da culpabilidade, disse que “é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o processo do direito penal” (VON LISZT, 1899, p. 250).

Para além do valor histórico da matéria, é possível identificar uma característica desafiadora na construção de um conceito para a culpabilidade-

46 Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Participante do projeto de ensino Kinesis – Grupo de Estudos em Filosofia do Direito.

de, que contém considerável carga metafísica. Esse é o um dos principais motivos pelos quais os mais importantes penalistas se dedicaram ao estudo desse tema e propuseram à culpabilidade a sua própria concepção.

Grande parte da doutrina brasileira já defendeu que a culpabilidade nada mais é que pressuposto da pena. Entre os importantes nomes que sustentaram essa tese, estão René Ariel Dotti (2002, p. 355) e Damásio de Jesus (2011, p. 500). De outro lado, há a tese defendida por autores como Cezar Roberto Bitencourt, que colocam a culpabilidade na posição de elemento integrante do conceito analítico do delito. Este autor, em oposição à sustentação de Damásio de Jesus, argumenta que, seguindo uma linha que considera a culpabilidade mero pressuposto da pena, deveria se concluir que são também pressupostos a tipicidade e a ilicitude, já que a sanção penal seria consequência jurídica do crime, este e todos os seus elementos seriam pressupostos da sanção penal (BITENCOURT, 2001, p. 802-803).

Apesar dessa alteração, quase a totalidade da doutrina moderna concordaria com a afirmação de que o Estado, para exercer seu *jus puniendi*, deve verificar a presença de três conceitos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, independentemente da posição que ocupe o último.

Nesse contexto é que se insere a culpabilidade como aqui será estudada: com função fundamentadora e limitadora do Direito Penal subjetivo que ao Estado pertence. Não sendo, por conseguinte, a intenção deste artigo o exame da culpabilidade segundo outros dois possíveis aspectos: (i) princípio garantidor da responsabilidade subjetiva, contrário à responsabilidade objetiva e (ii) elemento de determinação (medição) da pena (BITENCOURT, 2016, p. 438-439).

Trata-se de pesquisa bibliográfica, que, conforme Cervo e Bervian (1983, p. 55), “procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos”, especialmente livros artigos científicos. E sua natureza é qualitativa, e diferente não poderia ser, haja vista consistir em uma investigação que não se limita a uma mera análise de dados objetivamente quantificáveis (VIEIRA, 2010, p. 87). Já o método que melhor descreve esse trabalho é o histórico, que, entendido como a técnica que investiga o contexto antecedente a determinado fenômeno e o seu processo evolutivo, possibilita uma melhor compreensão da transformação do tema e, portanto, dele em si (LAKATOS, 2003, p. 106-107).

1. BREVE TRAJETÓRIA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Já há muito tempo, observa-se rascunhos do que hoje se tem por culpabilidade. Como exemplo disso, lembra von Liszt, o direito romano posterior e o direito canônico adotavam a impunidade dos *infans* (VON LISZT, 1899, p. 250), considerando-os, mesmo que não sob traços atualmente concebidos, inculpáveis. Logo, de acordo com Assis Toledo, considera-se falsa a afirmação de que a teoria psicológica da culpabilidade foi cronologicamente a primeira a tratar do tema *culpabilidade*. Os romanos dividiam o dolo em dois tipos: o *dolus malus* e o *dolus bonus*. Este guardava um sentido próximo ao que hoje conhecemos como *artimanha*, *astúcia*. O *dolus malus*, por sua vez, designava essa astúcia quando utilizada perversamente, ilicitamente. Por essa definição, é possível verificar que o *dolus malus* carregava uma carga de reprovação, de conotação negativa. Verifica-se nesse ponto a existência um juízo de censura sobre a conduta humana, quando eivada de má intenção (TOLEDO, 1994, p. 220-221).

Não obstante tudo isso, foi a partir do século XIX que a temática tomou rumos mais específicos, notadamente com a discussão entre *livre-arbítrio* e *determinismo*, que será abordada no próximo tópico.

2. O LIVRE ARBÍTRIO E O DETERMINISMO

Antes de apresentar teorias que buscaram fixar o conceito de culpabilidade, não se poderia deixar de oferecer noções acerca das teorias que buscaram inicialmente definir o fundamento da reprovabilidade da conduta. São basicamente duas correntes antagônicas: a do *livre-arbítrio* e a *determinista*. A primeira, ligada à Escola Clássica, asseverava que o homem é naturalmente livre para fazer suas escolhas, portanto, é moralmente responsável por elas (GRECO, 2015, p. 433). Partindo disso, chegava-se à conclusão de que somente pode ser responsabilizado o sujeito que age com voluntariedade, pois o fundamento da punição é justamente a liberdade de ação.

A Escola Positiva, em sentido oposto, admitia o fundamento de que o homem não é livre para agir conforme a sua vontade, mas sim determinado por fatores internos e externos que conduzem sua conduta, como um cão-pastor faz às ovelhas. Nesse sentido, afirma Rogério Greco que,

segundo o *determinismo*, “o homem não é dotado desse poder soberano de liberdade de escolha, mas sim que fatores internos ou externos podem influenciá-lo na prática da infração penal” (GRECO, 2015, p. 434).

Para elucidação dessas ideias, trazemos um autor daqueles que não se pode parafrasear sem que haja risco de perda da riqueza e inteligibilidade de suas palavras – Basileu Garcia:

A Escola Clássica, no campo filosófico, é partidária da doutrina do livre arbítrio. A Positiva é determinista. Nega a liberdade das ações humanas. Para os clássicos, a explicação dos delitos é a vontade inteligente e livre dos homens, porque eles têm liberdade moral. Os positivistas, pelo contrário, entendendo que o crime não provém da vontade humana, mas dos fatores biológicos, físicos e sociais, sustentam o determinismo (GARCIA, 1982, p. 86).

Para os clássicos, o livre arbítrio, essência da responsabilidade moral, é a base da responsabilidade penal. Pune-se alguém, declarando-o, portanto, penalmente responsável, porque dispõe de livre arbítrio, liberdade para agir. A Escola Positiva, opondo-se ao livre arbítrio, assentou outro conceito de responsabilidade: o de responsabilidade social (GARCIA, 1982, p. 89).

Há ainda quem pregue a conciliação dessas duas teorias, afirmando que as duas linhas de pensamento podem ser vistas como complementares, e não necessariamente como excludentes uma da outra. Segundo essa corrente, apesar de os fatores citados pela corrente determinista influenciarem de fato a conduta dos sujeitos a eles expostos, existe certo grau de liberdade de escolha que não pode ser olvidado (GRECO, 2015, p. 435).

Sem descartar a importância dessas teorias e sua colaboração para o desenvolvimento das demais teorias da culpabilidade, percebe-se que, a partir do século XIX, a discussão toma rumo ainda mais específico, sobretudo com o surgimento da *teoria psicológica da culpabilidade*, a respeito da qual se fala adiante.

3. A TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

Em harmonia com o *sistema causal-naturalista*, nasceu a *teoria psicológica da culpabilidade*, introduzida por Beling e aperfeiçoada por von Liszt. Esses

autores, seguindo uma visão analítica do crime, dividiram o delito em duas partes: uma externa (objetiva), identificada pela ação típica e pela antijuridicidade; outra interna (subjéctiva), consistente na culpabilidade (MACHADO, 2010, p. 45).

Por essa linha de entendimento, a culpabilidade, como parte interna e subjéctiva do delito, é o elo anímico que liga o autor ao resultado, uma conexão causal de natureza psicológica (BITENCOURT, 2016, p. 442). Desse modo, segundo essa teoria, a culpabilidade se destina a determinar, do ponto de vista psicológico, as relações existentes entre o autor e o fato por ele cometido (FERNANDEZ, 2002, p. 15).

Na introdução deste artigo, há uma citação de von Liszt, que se referiu à culpabilidade utilizando o termo “culpa” (v. *supra*). Cabe agora elucidar o porquê desse emprego. Para a teoria psicológica da culpabilidade, o dolo e culpa em sentido estrito, que formam a culpa em sentido amplo, não se encontravam no fato típico, como se vê no sistema finalista (JESUS, 2011, p. 276). Esses dois conceitos eram apontados como espécies de culpabilidade, mais ainda, como a culpabilidade em si. Ao lado deles, o conceito de imputabilidade era apontado como mero pressuposto da culpabilidade (BITENCOURT, 2016, p. 443). Juarez Tavares, com a maestria que lhe é peculiar, leciona que, para essa teoria, dos componentes da culpabilidade,

[...] destacam-se, primacialmente, o dolo e a culpa, situados como formas de culpabilidade e constituindo o núcleo desta. Ao lado deles figuram, como pressuposto, a imputabilidade, que deve estar presente no momento da ação ou da omissão, e, como causa de exculpação, o estado de necessidade (TAVARES, 1980, p. 25).

Apesar de correntemente adotado no século XIX, o conceito psicológico de culpabilidade logo se revelou insuficiente. Diversas críticas surgiram, talvez a mais importante foi a residente no problema da *culpa inconsciente*, que ocorre quando o agente não prevê o resultado de sua conduta. A teoria psicológica não pôde justificar a punição diante de *culpa inconsciente* de maneira satisfatória, pois a responsabilização nesse caso é fruto de um juízo de valor, da aferição da possibilidade de previsão do resultado (TAVARES, 1980, p. 32), e não de um vínculo psicológico entre autor e resultado, aliás, não há tal vínculo.

Além disso, não houve explicação suficiente dos motivos que levavam essa corrente a afirmar que um incapaz (menor de idade, por exemplo) não age culpavelmente, mesmo se age sob as condições psicológicas exigidas (MACHADO, 2010, p. 50).

Essas e outras questões fizeram com que, aos poucos, fosse evidenciada a deficiência teórica da concepção psicológica da culpabilidade e, para suprir essa carência, novas teorias surgiram. Sendo assim, apesar das várias (e válidas) críticas, a teoria psicológica foi, vale reconhecer, impulsora do surgimento de teses mais estruturadas, como a *psicológico-normativa*, que modificou sua antecessora sem, todavia, abandonar por completo suas premissas.

4. A TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA DA CULPABILIDADE

Em 1907, Reinhard Frank reformulou o conceito de culpabilidade ao apresentar, em sua monografia intitulada *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade), uma nova concepção da culpabilidade. Para o penalista alemão, a culpabilidade não se resumia à parcela subjetiva do crime, tampouco se formava apenas por aspectos psicológicos. Frank rechaçava a afirmação de que o dolo e a culpa eram espécies de culpabilidade. O dolo e a culpa, diante dessa nova percepção, foram considerados elementos integrantes do conceito de culpabilidade, ao lado de outros dois conceitos, quais sejam: a *imputabilidade* e as chamadas *circunstâncias concomitante* (FRANK, 2002, p. 40-41). Sendo assim, o conceito psicológico da culpabilidade foi enriquecido com a inserção da ideia de reprovabilidade do ato praticado pelo autor (TOLEDO, 1994, p. 223). De mera relação psicológica, a culpabilidade passou a ser considerada como o juízo de reprovação pessoal que recai sobre o agente, levando-se em consideração tanto elementos psicológicos quanto normativos (TAVARES, 1980, p. 40).

A imputabilidade não foi tomada pela teoria *psicológico-normativa* como mero pressuposto da culpabilidade, como entendia o sistema anterior, mas sim como seu elemento. Ainda, a imputabilidade não foi definida pela singela expressão *capacidade de culpabilidade*, utilizada mais tarde por Welzel. O conceito correspondia, resumidamente, à consideração do estado espí-

ritual (mental) do autor como normal (FERNANDEZ, 2002, p. 18). Já o conceito de *circunstâncias concomitantes*, depois substituído pela *motivação normal* e, mais tarde, pelas considerações acerca das *causas de exculpação*, consistia basicamente na verificação da situação em que o sujeito se encontrava ao praticar o injusto (BITENCOURT, 2016, p. 445).

O elemento *dolo* teve nesse momento destaque, pois se manifestava como uma figura híbrida, na medida em que deixou de ser representado apenas por aspectos psicológicos e passou a ter também peso normativo. Foi como uma ressurreição do *dolus malus* dos romanos, formado pela *vontade, previsão e consciência da ilicitude da ação* (sendo este último elemento normativo e os demais psicológicos (BITENCOURT, 2016, p. 448).

Às ideias de Frank, somaram-se as considerações de Goldschmidt e Freudenthal. Este substituiu o terceiro elemento da concepção trazida por Frank pela ideia de *exigibilidade de conduta conforme o Direito*. Esse elemento consistia na reprovação da conduta do agente, quando este agiu ilicitamente, embora pudesse agir em conformidade com a norma (BITENCOURT, 2016, p. 446). Vê-se que esse postulado absorve e remodela a ideia de *circunstâncias concomitantes*, uma vez que também considera, para a verificação da possibilidade da adoção de conduta diversa, as circunstâncias nas quais o agente praticou o injusto e a possibilidade de adoção de uma conduta adequada ao Direito.

Edmund Mezger, outro notável nome da teoria normativa, referiu-se à culpabilidade como composta pelos seguintes elementos: *imputabilidade, dolo ou culpa, e ausência de causas de exclusão da culpabilidade*. Este último, como vemos, foi apresentado como um juízo negativo, de não existência de circunstância que tornasse a conduta conforme o Direito inexigível. Mezger afirmava ser a culpabilidade o conjunto dos pressupostos fáticos da pena, que, juntos, fundamentam o juízo de reprovação pessoal dirigido ao autor da conduta antijurídica (MACHADO, 2010, p. 65-66).

Em síntese, após as aduzidas remodelações e adaptações, a culpabilidade foi definida pela teoria psicológico-normativa como um juízo de censura que recai sobre o agente e que se forma por três elementos básicos: (i) *imputabilidade*, (ii) *dolo* ou *culpa* (elemento psicológico-normativo) e (iii) *exigibilidade de conduta conforme o Direito*. Assim, por essa linha de entendimento, já era possível esclarecer questões não respondidas pela teoria psicológica da culpabilidade. Grande exemplo é o da não culpa-

bilidade do sujeito que age em estado de necessidade exculpante, pois, para essa nova concepção, não bastava a presença de dolo ou culpa para configuração da culpabilidade (como ocorria com a teoria antecessora), também era imprescindível a normalidade da situação fática (considerações sobre as causas de exculpação). Por conseguinte, mesmo agindo dolosamente, não era considerado culpável o agente que atuou em estado de necessidade exculpante, porquanto se configurava exclusão do terceiro elemento da culpabilidade.

Apesar do avanço em relação à sua antecessora, a teoria normativa não escapou às críticas. Diversos autores apontaram como ponto fraco dessa linha de pensamento o já tratado *dolo híbrido*, que tinha a *consciência de ilicitude da conduta* como um de seus elementos. Seguindo essa estruturação não seria possível justificar a punibilidade do *criminoso habitual* ou *por tendência*. Este tipo de delinquente, pela influência do meio em que vive, muitas vezes não possui consciência da ilicitude de suas ações, destarte, é faltoso um dos elementos necessários à constituição do dolo e, conseqüentemente, é faltosa a culpabilidade (BITENCOURT, 2016, p. 448-449). Chega-se a uma das maiores críticas à teoria normativa: como julgar inculpável aquele indivíduo que mais deveria receber censura do Direito Penal? (TOLEDO, 1994, p. 225).

O problema foi logo percebido por Mezger, que construiu uma ideia anexa à teoria normativa, denominada *culpabilidade pela condição de vida*, com o objetivo de explicar o fundamento da culpabilidade em tais situações. Resumidamente, essa ideia pregava que o fundamento da culpabilidade deveria ser o autor, e não o fato. Isto é, o que interessava para a aferição da culpabilidade do agente não era o fato por ele praticado, mas sim ele mesmo, o seu caráter, a sua natureza, o seu “modo de ser” (TOLEDO, 1994, p. 237). Claramente, a adoção dessa tese abriria espaço a um excessivo controle do Estado sobre o indivíduo, ferindo garantias individuais fundamentais, como lembra Cezar Roberto Bitencourt:

Uma concepção dessas, voltada exclusivamente para o autor, e perdendo de vista o fato em si, o seu aspecto objetivo, pode levar, como de fato levou, na Alemanha nazista, a um arbítrio estatal desmedido, a uma intervenção indevida no modo de ser do indivíduo (BITENCOURT, 2016, p. 449).

Ademais, considerar a aferição da culpabilidade pela condição de vida do agente, tomando-se em conta suas características precedentes à prática do fato, possibilitaria a imposição de dolo a um sujeito que, em determinada situação, não agiu nessa condição, já que se levaria em conta sua personalidade, não apenas o fato específico por ele praticado naquela ocasião (MACHADO, 2010, p. 69). Evidentemente, tal imposição não pôde ser aceita e a concepção psicológico-normativa não prosperou, sendo sobrepujada pela *teoria normativa pura*.

5. A TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE

O *finalismo*, como conceito filosófico, aduz que o mundo se organiza visando a um determinado fim e que todo acontecimento se dirige ao seu fim específico. No Direito, a corrente finalista foi inicialmente proposta por von Weber e Graf zu Dohna, que dividiram os delitos em causais e finais. Contudo, sem embargo do mérito desses autores, foi Hans Welzel que inseriu, de forma mais precisa, o *finalismo* na teoria jurídico-penal (MACHADO, 2010, p. 57). Acatando o conceito analítico do delito, o autor buscou explicar seus elementos segundo o pensamento finalista e inaugurou uma das teorias mais importantes do Direito Penal.

Para Welzel, a ação é a atividade humana voltada a uma finalidade, tendo em vista que o homem, de acordo com seu conhecimento causal, pode prever as possíveis consequências de suas ações e, com base nisso, adotar condutas dirigidas aos seus objetivos (WELZEL, 1956, p. 39). A ação pode compor-se da consciência do que o sujeito quer (elemento intelectual) e da decisão de querer fazê-lo (elemento volitivo), esses dois elementos, juntos, formam o dolo (WELZEL, 1956, p. 73). Disso retira-se uma primeira conclusão: o dolo, na corrente finalista, integra o conceito de ação, e não de culpabilidade.

É possível notar que aqui a formação do dolo satisfaz-se com os dois elementos, sendo um *volitivo*, e outro *intelectual*; portanto, ele é tomado como puramente psicológico (*dolo natural*). A *consciência da ilicitude*, que, na teoria *psicológico-normativa*, era o elemento normativo do dolo, não mais se encontra nesse local, foi transferida, pois, à culpabilidade (BITENCOURT, 2016, p. 451).

A antijuridicidade foi vista por Welzel como a relação objetiva de contrariedade entre o ordenamento jurídico e a conduta praticada pelo agente. A culpabilidade, por sua vez, não se limita a esse julgamento objetivo de desconformidade entre a ação e o ordenamento jurídico. Segundo Welzel (1956, p. 57-58), esse terceiro elemento do crime funda-se em uma dupla relação: a conduta do autor não é conforme o Direito e o autor podia, naquela situação, ter agido conforme exigia a norma.

A culpabilidade, então, consiste na reprovação pessoal do autor, quando este agiu em desconformidade com o Direito, apesar de ter podido atuar conforme o ordenamento jurídico exigia. Segundo essa teoria, o que leva o sujeito a atuar em desconformidade com a norma é sua vontade de ação, logo, é a vontade o objeto precípua da reprovabilidade e somente através dela é também culpável a totalidade da ação. Destarte, a culpabilidade pode ser definida como “reprovabilidade da resolução de vontade” (WELZEL, 2001, p. 87-88). Ou seja, somente a ação produto da vontade do homem pode ser considerada culpável.

5.1. O PROBLEMA DO LIVRE-ARBÍTRIO PARA WELZEL

Como dito, a reprovabilidade da resolução da vontade do agente depende de ele ter tido a possibilidade de atuar em conformidade com o Direito. Welzel deixou claro que esse raciocínio não é dirigido no sentido abstrato de que qualquer homem poderia ter atuado de maneira lícita, mas sim no sentido concreto de que aquele determinado sujeito, naquela determinada situação, poderia ter agido conforme exigia a norma (WELZEL, 2001, p. 93). A partir desse raciocínio, o autor propôs uma questão aparentemente simples: “é teoricamente possível a adoção de uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada?” (WELZEL, 2001, p. 94). E, com essa questão, tratou de um conceito que considerava fundamental para a culpabilidade: o livre-arbítrio. Tomando-o como pressuposto existencial da culpabilidade, Welzel abordou a questão proposta sob três diferentes aspectos: o *antropológico*, o *caracterológico* e o *categorial*.

Sob o aspecto *antropológico*, apontou que a principal distinção entre o homem e o animal consiste no fato de que aquele se difere deste *negativamente* em relação à existência de uma grande liberdade de formas de condutas a serem adotadas, e *positivamente* pela capacidade que possui

de, através de atos inteligentes, descobrir e agir conforme seria correto. Segundo o autor, esse é o fato que separa o homem dos animais e o caracteriza como ser responsável (WELZEL, 2001, p. 95).

No plano *caracterológico*, Welzel afirmou que o indivíduo possui impulsos dirigidos à conservação da espécie, às paixões, às necessidades e aos desejos mais selvagens. Todavia, o homem, como ser responsável, é capaz de vencer, com sua vontade, esses instintos, que podem ser regulados segundo os valores e as finalidades do agente, para uma configuração da sua vida que não se limita ao tempo presente (WELZEL, 2001, p. 96-97).

Já sob o plano *categorial*, o autor substituiu o “se é possível” pelo “como é possível”: “como é possível ao homem o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada finalisticamente, em virtude da qual, unicamente, pode se fazer *responsável* por ter adotado a decisão errada em lugar da correta?” (WELZEL, 2001, p. 98).

Nesse ponto, o autor dirige críticas tanto ao *indeterminismo tradicional* quando ao *determinismo*. Com relação ao primeiro, afirmou que aceitar todas as suas premissas seria destruir a ideia de sujeito responsável, pois, se o ato de vontade do homem não estivesse determinado por nada, o ato de vontade posterior não poderia guardar relação alguma com o ato anterior. Em suma, aceitar todas as ideias do indeterminismo significaria afirmar que os atos de vontade são uma série de impulsos completamente desconexos e isolados no tempo (WELZEL, 2001, p. 98).

Da mesma forma, há críticas dirigidas ao determinismo. Essa tese errou ao considerar a existência de apenas uma forma de determinação (*monismo causal*). Seguindo, o penalista afirmou que a questão a ser observada é a possibilidade do direcionamento dos impulsos anímicos do homem conforme o sentido, portanto, trata-se de liberdade de vontade, de poder atuar conforme os fins, e não de liberdade de ação, não de poder agir de outro modo qualquer (WELZEL, 2001, p. 100).

Por isso tudo, o autor chegou à conclusão de que a “culpabilidade não significa ‘livre’ decisão em favor do mal, mas ficar preso pela coação causal aos impulsos, sendo o sujeito capaz de autodeterminação conforme os fins”, significa “a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável” (WELZEL, 2001, p. 101-102). Este é o fundamento da responsabilização do homem pela adoção de uma conduta errada no lugar de uma correta.

5.2. ELEMENTOS INTEGRANTES DA CULPABILIDADE SEGUNDO A TEORIA NORMATIVA PURA

Ao analisar a concepção psicológico-normativa, introduzida por Frank e alterada pela inclusão da *exigibilidade* de Freudenthal, evidenciaram-se os seguintes elementos do conceito de culpabilidade: (a) *imputabilidade*, (b) *dolo ou culpa* e (c) *exigibilidade de conduta diversa*. Sendo que, no dolo, encontrava-se a *consciência real/atual da ilicitude, vontade e previsão*. Portanto, o dolo incluía elementos normativos e psicológicos.

A teoria welzeniana, por sua vez, retirou do dolo a *consciência da ilicitude* (elemento normativo) e a transportou, modificada, para a culpabilidade, restando ao dolo somente elementos psicológicos. Ao mesmo tempo, retirou o dolo da culpabilidade e o transportou para a ação, restando à culpabilidade somente elementos normativos, a saber: (i) *imputabilidade*, (ii) *consciência da ilicitude* e (iii) *exigibilidade de obediência ao Direito*. E é assim que essa teoria recebe o nome de *normativa pura*.

A *imputabilidade* aqui foi definida como *capacidade de culpabilidade*, formada por dois elementos, um *intelectual* e um *volitivo*. O primeiro diz respeito à capacidade do sujeito de compreender o injusto do fato, o segundo, à capacidade de ele decidir de acordo com essa compreensão. Ausente qualquer um desses, não haverá capacidade de culpabilidade e, assim, não haverá culpabilidade (WELZEL, 2001, p. 103-104).

Logo que o dolo foi extraído da culpabilidade, a *consciência da ilicitude* foi retirada dele e permaneceu na culpabilidade como seu elemento individualizado. Contudo, no lugar de *consciência real* da ilicitude, fala-se em *consciência potencial*. Não é preciso que o sujeito efetivamente tenha a conhecimento de que age em desconformidade com a norma, apenas exige-se que ele tenha, na situação concreta, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato. Desse modo, soma-se à exigência de possibilidade de conhecimento acerca da realização do tipo a possibilidade de conhecimento acerca da antijuridicidade do fato (WELZEL, 2001, p. 103-104).

Asseverou-se ainda que esses dois primeiros elementos da culpabilidade não são suficientes para a fundamentação da reprovabilidade, já que é preciso analisar se, na situação concreta, podia ser exigido do autor que agisse conforme o Direito. Nas palavras de Welzel (2001, p. 138), a *exigibilidade de obediência ao Direito*

[...] não se trata de capacidade geral de decisão conforme os fins, e por conseguinte da imputabilidade, que existe independentemente da situação dada, mas da possibilidade concreta de o autor, capaz de culpabilidade, poder tomar uma decisão de acordo com o conhecimento do injusto.

6. A CRISE DA TEORIA NORMATIVA PURA

É inegável a contribuição da teoria normativa pura para a criação de um conceito sólido para a culpabilidade, como é inegável a importância da teoria finalista para o Direito Penal como um todo. No entanto, embora essa tese seja a mais adotada, fala-se atualmente em “crise da teoria normativa pura da culpabilidade” (BITENCOURT, 2016, p. 465-466). Teorias mais recentes criticam o modelo normativo puro – aduzindo, principalmente, a dificuldade de demonstração empírica da existência do livre-arbítrio e da possibilidade de autodeterminação do sujeito conforme o sentido – e apresentam novos fundamentos para a culpabilidade, por vezes, com argumentos quase irrefutáveis.

Dentre as teorias surgidas em meio à essa crise, destaca-se o conceito *funcional* de culpabilidade, que se apoia em pressupostos político-criminais e na ideia de *justificação social da pena*, ligando o conceito de culpabilidade à *teoria dos fins da pena* (GRECO, 2015, p. 445). Nesse contexto, destacam-se dois autores, Claus Roxin e Günther Jakobs. Ambos possuíram um importante papel nas discussões acerca do conceito de culpabilidade a partir do séc. XX.

Roxin, que adota uma visão *moderada* da *teoria funcionalista* da culpabilidade, levanta ideias que passam a considerar como terceiro atributo do conceito analítico de crime não a culpabilidade, mas sim a *responsabilidade*, conceito mais amplo, que compreende a culpabilidade e a necessidade preventiva da pena.

Culpabilidade, para este autor, “consiste no agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas” (ROXIN, 2006, p. 144). Quanto a esse elemento da responsabilidade, o autor aparentemente acata parte das ideias de Welzel, pois também leciona que a culpabilidade assenta-se, basicamente, na capacidade de compreensão do caráter ilícito da ação e na possibilidade de agir segundo essa compreensão (ROXIN, 2006, p. 145),

aproximando-se, portanto, da imputabilidade welzeniana. Entretanto, mesmo que à primeira vista as ideias possuam o mesmo resultado prático, destaca Roxin que sua visão acerca da culpabilidade não se fundamenta no *livre-arbítrio* ou no *poder-agir-de-outro-modo*, como prega o finalismo, pois esses são conceitos de impossível comprovação empírica. Prefere o autor elevar a fundamentação da culpabilidade à noção de “capacidade para ser destinatário de norma”, pois essa capacidade sim é passível de verificação por meio de métodos biológicos, psicológicos e psiquiátricos (ROXIN, 2006, p. 146).

Todavia, para Roxin, ser o injusto culpável não é suficiente para justificar a aplicação de uma sanção penal. Devemos também considerar a necessidade de sanção segundo razões preventivas. Dissertando sobre o tema, o autor apresenta o exemplo de um sujeito que age sob estado de necessidade exculpante, o qual, embora tenha “idoneidade para ser destinatário de normas”, é isento de pena, e justifica:

Se em tais situações o legislador renuncia à pena, tal ocorre porque ele a considera desnecessária, ou mesmo nociva, de um ponto de vista preventivo geral e especial. Aquele que realiza um tipo penal em situação de estado de necessidade é, em geral, fiel ao direito e não necessita de qualquer intervenção ressocializadora. Afinal, ele provavelmente jamais se encontrará em tal situação novamente (ROXIN, 2006, p. 152).

Desse modo, a visão funcionalista de Roxin aduz que a exclusão da culpabilidade pode se fundar tanto na inexistência ou redução da culpabilidade, quanto em razões preventivo-gerais. Em suma, “para a imputação subjetiva da ação injusta devem concorrer a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva da pena” (ROXIN, 2006, p. 154) e a coexistência desses dois elementos é que gera a *responsabilidade* como terceiro atributo do conceito analítico de crime.

O *funcionalismo sistêmico* (ou *radical*) de Jakobs, por sua vez, sustenta a correspondência entre o conceito de culpabilidade e de necessidade preventiva da pena. A culpabilidade se fundamenta na finalidade preventivo-geral da pena e consiste na verificação de inobservância ao Direito, que deve ser punida quando necessária à manutenção da confiança na norma

violada (BITENCOURT, 215, p. 469). Assim, a culpabilidade não se verifica segundo os aspectos psicológicos, psiquiátricos ou biológicos do autor, mas tão somente consoante o juízo acerca da existência ou não da necessidade de uma punição para que a confiança na ordem jurídico-social seja preservada (ROXIN, 2006, p. 143).

Essa tese foi duramente criticada por diversos autores. Roxin manifestou-se no sentido de que essa instrumentalização da culpabilidade, com o resultante esvaziamento de seu conceito material, viola a dignidade da pessoa humana e, portanto, não fornece uma concepção de culpabilidade que possa ser aceita (ROXIN, 2006, p. 144). Ademais, esta concepção estrutura-se sob o fundamento de prevenção geral, nada tendo a ver com o fato em si, ou com o sujeito que o pratica, ferindo o princípio da personalidade da pena (MACHADO, 2010, p. 160).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para compreender algo, é imprescindível conhecer sua história. Por isso, é de suma importância estudar as teorias responsáveis pela evolução histórica do conceito de culpabilidade. O constante estudo da culpabilidade resultou na completa transformação do conceito, que inicialmente guardava caráter puramente psicológico e foi, de maneira gradativa, aderindo características normativas, até que só estas restaram. Atualmente, é possível conhecer teses que aderem outros elementos, como observamos com as teorias funcionalistas. Há ainda muitos outros exemplos da riqueza de conteúdo da ideia de culpabilidade.

Giuseppe Bettiol (apud YAROCHEWSKY, 2015, p. 192) dizia que o ponto central do direito penal é a culpabilidade. Claus Roxin (2006, p. 133) inicia sua exposição acerca da culpabilidade, em seus *Estudos de direito penal*, dizendo que nenhum outro instituto do direito penal é tão controvertido quanto à culpabilidade, e, também, nenhum é tão indispensável. Esses adjetivos não se justificam apenas pela associação da evolução histórica do conceito de culpabilidade com o processo histórico da ciência penal, mas também pela posição de sustentáculo e de fundamento do Direito Penal subjetivo que a culpabilidade ocupa. Por tudo isso é que pretendemos, com o artigo que se encerra, apresentar uma breve história desse conceito e inspirar o caro leitor a aprofundar-se no tema.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Evolução e revisão de alguns conceitos da culpabilidade. **Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: in memoriam**. Coord. Luis Alberto Arroyo Zapatero; Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.
- BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, 1940.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERNANDEZ, Gonzalo D. La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso; Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002.
- FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso; Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2002.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**: tomo I, v. 1. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- JESUS. Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TOLETO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VIEIRA, José Guilherme Silva. **Metodologia da pesquisa científica na prática**. Curitiba: Fael, 2010.
- VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Leuzinger, 1899.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.
- WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Evolução dogmática do conceito de culpabilidade. **Revista Duc In Atum Cadernos de Direito**. Disponível em: <https://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/32/32>. Acesso em: 01 abr. 2021.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: REFLEXOS DA PANDEMIA COVID-19 NAS ESTATÍSTICAS CRIMINAIS COLETADAS NA CIDADE DE CURITIBANOS-SC EM 2020

*Carlos Humberto Naves Junior*⁴⁷

*Marco Aurélio de Jesus Pio*⁴⁸

*Márcio Antônio Alves de Oliveira*⁴⁹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar as estatísticas criminais sobre violência doméstica e familiar contra a mulher no cenário nacional diante da crise de saúde pública ocorrida no ano de 2020 e que se estende até 2021, tendo em vista os dados obtidos no Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e os levantadas na cidade de Curitiba-SC sobre as mesmas espécies delitivas no ano de 2020, verificando eventual correlação. Para tanto, serão analisados os resultados apresentados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública (ABSP) e em outros documentos sobre alguns crimes, de

47 Doutorando em Direito pela Unifacvest/Universidade Veiga Almeida.

48 Doutorando em Direito pela Unifacvest/Universidade Veiga Almeida.

49 Doutorando em Direito pela Unifacvest/Universidade Veiga Almeida.

modo a apontar provável correlação entre a Pandemia COVID-19 no ano de 2020 com o aumento ou diminuição das incidências criminais, resultantes do novo contexto social, familiar e econômico brasileiro.

Ao longo do texto, serão verificados os números de registros policiais em 2020 e em anos anteriores, tanto sobre crimes patrimoniais quanto sobre crimes relacionados a violência doméstica, de modo a traçar um cenário atual sobre o assunto, indicando conexão com efeito colateral do isolamento domiciliar e distanciamento social, reflexos da pandemia Covid-19.

O trabalho tem sustentação na Criminologia, na medida em que traz à lume algumas mudanças ocorridas por ocasião da pandemia COVID-19 no ambiente e no comportamento social, verificando a influência desses fatores no comportamento do autor de infração penal, bem como na vítima.

Para a confecção do artigo, foram utilizados conhecimentos científicos e filosóficos, com método dialético e hipotético-dedutivo, sendo pesquisa explicativa, bibliográfica, aplicada e qualitativa, realizada por intermédio de conhecimentos publicados em substratos escritos e eletrônicos e, também, pesquisa em banco de dados de sistemas de informações da segurança pública.

1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E A PANDEMIA COVID-19

Sobre o assunto violência doméstica e familiar contra a mulher, deve se evidenciar a importância no contexto social da edição da Lei nº 11.340/2006, denominada “Lei Maria da Penha”, na medida em que trouxe muitos avanços na proteção da mulher em situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2006).

A Lei nº 11.340/2006 foi gerada não somente para atender o preceito constitucional previsto no art. 226, § 8º da Carta Magna⁵⁰, mas também em virtude da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Convenção da Mulher) de 1979, sendo o primeiro tratado internacional a abordar de maneira ampla os direitos humanos das mulheres. Tal documento foi recepcionado pelo Brasil e apro-

50 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

vado pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo nº 26 em 22 de junho de 1994 e promulgado pelo Presidente da República em 13 de setembro de 2002, por intermédio do Decreto nº 4.337 (LIMA, 2020).

A Convenção da Mulher teve como um de seus objetivos a instituição de ações afirmativas para minimizar a discriminação de qualquer espécie, em especial, da mulher. Desta forma, nas palavras de LIMA (2020, p. 1255), para

compensar desigualdades históricas entre os gêneros masculino e feminino, e de modo a estimular a inserção e inclusão desse grupo socialmente vulnerável nos espaços sociais, promovendo-se, assim, a tão desejada isonomia constitucional entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), esta Convenção passou a prever a possibilidade de adoção de *ações afirmativas*.

Dessarte, as ações afirmativas podem ser traduzidas como um conjunto de ações, políticas especiais e temporárias em favor das pessoas discriminadas, tendo por eixo a criação de mecanismos compensatórios e ataque aos fatores de discriminação, de forma a repercutir nos setores marginalizados um nível satisfatório de oportunidades sociais (LIMA, 2020).

Deste modo, a Lei nº 11.340/2006 veio para positivar algumas ações afirmativas no tocante ao microsistema de proteção a mulher e, da mesma maneira, indicar medidas que podem ser tomadas em favor da vítima de violência e contra o agressor.

Conforme Cunha e Pinto (2008, p. 31), citando o art. 5º da Lei,

[...] entende-se por violência doméstica e familiar toda a espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra a mulher (vítima certa), num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Em continuidade, Cunha e Pinto (2008) assinalam que

A Lei nº 11.340/2006 extraiu do caldo da violência comum uma nova espécie, qual seja, aquela praticada contra a mulher (vítima própria), no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade (art. 5º). Nesses casos, a ofendida passa a contar com precioso esta-

tuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir essa modalidade de agressão. (CUNHA e PINTO, 2008, p. 31).

Neste sentido, percebe-se que o legislador criou microssistema de proteção melhorado, tendo em vista a necessidade de se estabelecer proteção diferenciada para a mulher em situação de vulnerabilidade no contexto social de suas relações afetivas, porquanto inúmeros fatores impediam ou dificultavam o acesso da mulher ao sistema de justiça criminal.

Cumprir apontar que inúmeras leis posteriores – inclusive muitas no ano de 2019 – foram editadas para melhorar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, incluindo novos mecanismos de proteção, crime por conta do descumprimento das medidas protetivas (24-A da Lei nº 11.340/2006), dentre outras medidas.

Deste modo, embora a legislação de 2006 tenha previsto proteção especial à mulher no contexto de violência doméstica, não trouxe ferramenta para mensurar as ocorrências desta espécie no cenário nacional, lacuna que foi preenchida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)⁵¹, eis que produz, desde o ano de 2007, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (ABSP), importante fonte de conhecimento sobre segurança pública, onde constam informações sobre criminalidade no Brasil. Desde 2015, o ABSP traz, em específico, dados relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Resulta necessário acompanhar a evolução dos indicadores sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, para uma melhor proposição de políticas públicas para minimizar os efeitos deletérios deste tipo de infração penal e, em sentido semelhante, direcionar melhor o poder público para atuar nas causas que culminam nos crimes, não somente observar e minimizar as consequências.

51 Organização não-governamental, apartidária, e sem fins lucrativos, que se dedica a construir um ambiente de referência e cooperação técnica na área da segurança pública. A organização é integrada por pesquisadores, cientistas sociais, gestores públicos, policiais federais, civis e militares, operadores da justiça e profissionais de entidades da sociedade civil que juntos contribuem para dar transparência às informações sobre violência e políticas de segurança e encontrar soluções baseadas em evidências.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2015, primeiro Anuário a tratar da violência doméstica e familiar contra a mulher, indicou que em 2014 foram registradas 2.640 ocorrências relativas a este tipo de crime, incluindo todas as infrações penais consumadas ou tentadas praticadas em contexto de violência doméstica (ABSP, 2015, p. 79).

Em 2020, ocasião em que foram analisados os dados de 2019 relativos aos Estados da Federação, foram registrados 266.310 casos de lesão corporal dolosa contra a mulher, em contexto de violência doméstica e familiar, o que representa uma taxa de 253,6 incidências por 100 mil habitantes, número que vem crescendo em comparação aos anos anteriores (ABSP, 2020, p. 124).

Em 2018, foram registrados 248.439 casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o que representou 241 eventos por 100 mil habitantes. Assim, diante dos 266.310 casos registrados em 2019, percebe-se que houve um acréscimo de 5,2% em 2019 comparativamente a 2018 (ABSP, 2020, p.124).

Sobre levantamento referente ao primeiro semestre de 2020, disponível na nota técnica “Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19 – Ed.3”, produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, insta destacar a influência da pandemia COVID-19 e suas possíveis interferências nos números do primeiro semestre de 2020, para uma correta interpretação dos dados.

O mundo, de meados de março de 2020 em diante, foi palco de pandemia (COVID-19) gerando uma crise de saúde pública que mudou os rumos da sociedade como um todo, desde economia (com o fechamento de pequenos comércios, aumento da taxa de desemprego etc.) até a mudança na rotina de milhões de pessoas (distanciamento social, maior permanência em casa, uso de máscaras, aumento da preocupação com a higienização etc.), na medida em que a rapidez da disseminação do vírus exigiu medidas contundentes por parte dos governos e da população.

Destaca-se que a mudança no cenário cotidiano do Brasil trouxe reflexos para o universo jurídico e social, pois o Direito tem por fito regular as relações sociais, relações construídas e estabelecidas na sociedade em um dado momento.

Na seara penal, a pandemia Covid-19 afetou os “crimes de rua”⁵², eis que o distanciamento social, maior permanência das pessoas em suas residências e a ausência de transeuntes proporcionaram uma redução nas vítimas potenciais, ocorrendo, por conseguinte, redução nos roubos, furtos, dentre outros crimes patrimoniais.

Outro fator apto que deve ser considerado é o aumento do desemprego em 2020, valendo destacar que, em respeito às medidas de isolamento, os bares, casas noturnas e afins, também foram obrigados a diminuir sua atividade, impelindo as pessoas a permanecer em suas residências por mais tempo.

Segundo Pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), consubstanciada na publicação PNAD – Contínua (Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínua), a taxa de desemprego em 2020 no Brasil foi de 13,5%, sendo a maior desde o início das pesquisas em 2012.

Assim, segundo o PNAD-Contínua:

O mercado de trabalho em 2020 teve forte impacto da pandemia do COVID-19. Principalmente, a partir dos dados do trimestre móvel fevereiro-março-abril de 2020, observou-se queda acentuada da população ocupada, cuja retração, em 2020, foi de 7,9%. Como consequência, o nível da ocupação atingiu a menor estimativa anual da pesquisa: 49,4%. Por outro lado, houve crescimento recorde da população fora da força de trabalho, que em 2020 apresentou expansão de 9,9 milhões de pessoas.

A perda de ocupação em 2020 ocorreu nas diversas atividades econômicas, principalmente nos serviços e comércio, que respondem por cerca de 70% da ocupação no País; e entre os trabalhadores informais que registram redução de 13,2% no contingente nesse ano. (IBGE, 2020, p.3).

Em suma, o desemprego gerado pela pandemia também favoreceu maior permanência dos indivíduos em seus lares. Houve redução em al-

52 Crime de rua (ou do colarinho azul): é crime cometido normalmente por pessoas economicamente menos favorecidas, como o furto e o roubo. É denominado crime de colarinho azul em alusão ao uniforme que era utilizado por operários norte-americanos no início do século XX, então chamados blue-collars. (CUNHA, 2019, p. 213).

guns crimes, diante da ausência da vítima em potencial, das condições ambientais adequadas ou do agressor motivado; em outras espécies delitivas, houve um aumento, diante do afastamento do Estado (força policial) por conta da ausência de acionamento, dentre outros fatores.

Sobre o impacto da pandemia no crime e na violência no Brasil, Marques e Barros (2020, p. 29) indicam que

É interessante notar que, em 2020, dentre os tipos de roubos analisados, a maior redução foi no roubo a transeunte, com queda de -34,0% nos registros. Podemos associar a maior redução deste indicador à menor quantidade de pessoas circulando pelas ruas das cidades brasileiras durante a vigência de normas de distanciamento social como prevenção à propagação da Covid-19, tendo em vista que o mesmo tipo de roubo havia tido redução de -17,4% entre 2018 e 2019.

Além do roubo a transeuntes, outras infrações penais também apresentaram diminuição no 1º semestre de 2020 (se comparadas ao 1º semestre de 2019), quais sejam, diminuição de 22,5% de roubos de veículos, diminuição de 25,7 % de roubos de cargas, diminuição de 18,8% de roubos a comércios e diminuição de 16% de roubos a residências (ABSP, 2020, p. 26).

A violência doméstica e familiar contra a mulher também merece destaque em 2020, diante da diminuição de sua incidência. Não obstante, nota-se que a interpretação dos dados não deve ser feita de maneira isolada, desconsiderando o contexto inserido.

Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, houve diminuição de 9,9% na lesão corporal dolosa tendo como vítima o sexo feminino e, no mesmo sentido, diminuição de 15,8% nos crimes de ameaça tendo por vítima o sexo feminino (ABSP, 2020, p. 32-33). Contudo, isso revela efeito colateral do isolamento domiciliar, tendo em mente que as mulheres, em permanente convívio com agressores, possuem maior dificuldade em procurar o poder público para noticiar as infrações penais perpetradas em seu desfavor.

Assim, consoante documento produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, nota técnica denominada “Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19 – Ed. 3”, publicado em 24 de julho de 2020, tem-se que

Desde meados de março de 2020, com a intensificação da pandemia de Covid-19 em todo o mundo e especificamente no Brasil, diversos estados do país adotaram medidas de isolamento social com o objetivo de minimizar a contaminação da população pelo novo vírus. Embora essas medidas sejam extremamente importantes e necessárias, a situação de isolamento domiciliar tem como possível efeito colateral consequências perversas para as milhares de mulheres brasileiras em situação de violência doméstica, na medida em que elas não apenas são obrigadas a permanecerem em casa com seus agressores, mas também podem encontrar ainda mais barreiras no acesso às redes de proteção às mulheres e aos canais de denúncia.

Os números levantados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) desde o início da vigência das medidas de isolamento social têm apontado também para esse sentido. Temos observado, mês após mês, uma redução em uma série de crimes contra as mulheres em diversos estados – indicativo de que as mulheres estão encontrando mais dificuldades em denunciar a(s) violência(s) sofridas neste período. A única exceção é o tipo mais grave de violência: a violência letal. Os levantamentos periódicos elaborados pelo FBSP têm mostrado, em todos os meses, aumentos nos índices de feminicídios e/ou homicídios em diversos estados. De forma análoga, os dados também indicam uma redução na distribuição e na concessão de medidas protetivas de urgência, instrumento fundamental para a proteção da mulher em situação de violência doméstica. (Violência doméstica durante a pandemia de covid-19 – Ed. 3, FBSP, 2020).

Por consequência, chega-se à conclusão de que as mulheres estão tendo dificuldades em procurar o poder público para dar conhecimento das agressões sofridas, analisando que os registros nas delegacias de polícia caíram 9,9% em relação às agressões decorrentes de violência doméstica, entretanto houve um aumento em 3,8% nos acionamentos da Polícia Militar (ligações para o 190) em casos de violência doméstica (ABSP, 2020, p. 12).

Para melhor compreensão dos dados acima, cumpre frisar que o primeiro atendimento das infrações penais geralmente é realizado pela Polícia Militar (PM), órgão responsável pela polícia ostensiva e preservação da

ordem pública, consoante § 5º do art. 144 da Carta Magna de 1988, sendo este órgão policial normalmente acionado via ligação para o 190.

Assim, plausível que algumas vezes tenha ocorrido o acionamento da Polícia Militar via 190 para deslocar até o endereço indicado pela vítima, mas, por uma série de razões, tal atendimento não tenha sido completado, não gerando estatística criminal⁵³, como por exemplo no caso de a Polícia Militar chegar no local dos fatos e o agressor convencer a vítima, por meio de intimidação, a não noticiar a infração penal sofrida.

As informações indicadas no texto até então refletem lógica que pode ser analisada à luz da Criminologia. Consoante CUNHA (2019, p. 35):

Criminologia é ciência empírica que estuda o crime, a pessoa do criminoso, da vítima e o comportamento da sociedade. Não se trata de uma ciência teleológica, que analisa as raízes do crime para discipliná-lo, mas de uma ciência causal-explicativa, que retrata o delito enquanto fato, perquirindo suas origens, razões de sua existência, os seus contornos e sua forma de exteriorização.

Destacando-se que os objetos de estudo da Criminologia são, em linhas gerais, crime, criminoso, vítima e controle social, necessário observar que havendo mudança no ambiente e no comportamento social, exurgem reflexos diretos e indiretos no crime, no criminoso e na vítima, bem como a necessidade de adequação do controle social (primário e secundário) para combater ou retardar o evento danoso.

Consoante PENTEADO FILHO (2020, p. 20):

Tem-se como fundamental o estudo do papel da vítima na estrutura do delito, principalmente em face dos problemas de ordem moral, psicológica, jurídica etc., justamente naqueles casos em que o crime é levado a efeito por meio de violência ou grave ameaça.

Ressalta-se que a vitimologia permite estudar inclusive a criminalidade real, efetiva, verdadeira, por intermédio da coleta de informes fornecidos pelas vítimas e não informados às instâncias de controle (cifra negra de criminalidade).

53 As estatísticas colhidas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública não são relacionadas à totalidade dos atendimentos feitos pela Polícia Militar, mas, sim, estatísticas de casos registrados nas delegacias de polícia, o que não corresponde exatamente a um mesmo número.

E continua Pentado Filho (2020, p. 21) apontando que

O controle social é também um dos caracteres do objeto criminológico, constituindo-se em um conjunto de mecanismos e sanções sociais que buscam submeter os indivíduos às normas de convivência social.

Há dois sistemas de controle que coexistem na sociedade: o controle social informal (família, escola, religião, profissão, clubes de serviço etc.), com nítida visão preventiva e educacional, e o controle social formal (Polícia, Ministério Público, Forças Armadas, Justiça, Administração Penitenciária etc.), mais rigoroso que aquele e de conotação político-criminal.

O estudo da vítima, do agressor, do crime e dos fatores sociais, portanto, resultam de grande importância para a compreensão da infração penal e, de modo igual, indicar profilaxia adequada.

A vítima de violência doméstica normalmente consegue noticiar a infração penal quando da ausência do agressor, situação que foi prejudicada por conta da maior permanência deste no lar conjugal por ocasião da pandemia COVID-19. Da mesma forma, a presença do Estado, substanciado neste caso na atividade policial, não pode ser sentida em sua potência diante do não acionamento dos mecanismos estatais de proteção da mulher em situação de violência.

2. ESTATÍSTICAS CRIMINAIS EXTRAÍDAS DO SISTEMA INTEGRADO DE SEGURANÇA PÚBLICA (SISP) DE SANTA CATARINA COM RELAÇÃO À CIDADE DE CURITIBANOS-SC

Diante do contexto nacional de 2020, interessante trazer à baila os dados relativos à cidade de Curitiba/SC com relação aos atendimentos efetuados pela Polícia Militar no que diz respeito aos crimes patrimoniais e violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo a constatar se nesta cidade existe a reprodução (total ou parcial) do cenário nacional, mormente diante da interferência que a pandemia COVID-19 promoveu nos indicadores criminais como um todo.

Com relação aos crimes patrimoniais ocorridos na cidade de Curitiba/SC, nota-se uma diminuição em sua incidência no ano de 2020 em relação a 2019. Em 2019, a Polícia Militar de Curitiba atendeu 412 casos de furtos, ao passo que em 2020 (até 09 de dezembro) foram 277 atendimentos.⁵⁴

Assim, possível observar uma redução de 32% dos furtos ocorridos em 2020 em comparação ao ano anterior. Tal fato pode ser atribuído ao distanciamento social ocorrido em 2020, ocasião em que a circulação de pessoas nas ruas diminuiu drasticamente, implicando também na diminuição dos delitos patrimoniais, mormente os cometidos em desfavor de pedestres e condutores de veículos. Além disso, fatores socioeconômicos contribuíram para a diminuição dos crimes patrimoniais, porquanto houve distribuição de renda por intermédio de programas sociais, como o auxílio emergencial para a população de baixa renda.

Em continuidade, ocorreu redução em quase todas as espécies delituosas, à exceção de duas, quais sejam, suicídios e violência doméstica e familiar contra a mulher, ambos também ligados – direta ou indiretamente – à situação imposta aos cidadãos em 2020, maior permanência em seus lares, conjugado com outros fatores, tais como perda do emprego, diminuição da renda familiar, entre outros.

Em 2019, a Polícia Militar de Curitiba registrou 191 casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, variando entre os crimes de ameaça e lesão corporal. Na contramão da redução generalizada dos índices criminais na cidade, a Polícia Militar registrou 205 atendimentos de crimes desta espécie em 2020, apontando acréscimo considerável em referência ao ano anterior, se levar em consideração o cenário nacional de isolamento e distanciamento domiciliar⁵⁵.

Mesmo com a pandemia, ocorreu um aumento nos índices de atendimento pela Polícia Militar de Curitiba envolvendo violência doméstica e familiar, valendo salientar que tal órgão policial, além do atendimento de rotina, implementou em todo o Estado de Santa Catarina em 2019

54 Dados extraídos do Sistema Integrado de Segurança Pública (SISP) de Santa Catarina. Acesso em: 09 dez. 2020.

55 Dados extraídos do Sistema Integrado de Segurança Pública (SISP) de Santa Catarina. Acesso em: 09 dez. 2020.

programa institucional denominado “Rede Catarina de Proteção à mulher” cujo objetivo é

Proteger e orientar às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, a partir de visitas preventivas e da fiscalização de medidas protetivas urgência. Fomentar ações de polícia restaurativa por meio de policiamento direcionado, buscando pacificar conflitos e solucionar problemas relacionados à quebra da ordem pública no âmbito doméstico e familiar. (SANTA CATARINA, 2019).

Desta forma, razoável entender o incremento no número de atendimentos de infrações penais relacionados à violência doméstica, eis que a Polícia Militar, mesmo na pandemia, permaneceu com sua capacidade operativa completa, traduzindo em maior fidedignidade aos números colhidos no Sistema Integrado de Segurança Pública (SISP) de Santa Catarina.

Diante das referências apresentadas, tanto do contexto nacional quanto do contexto regional, perceptível a influência do isolamento social no aumento das infrações penais relativas a violência doméstica e familiar contra a mulher, algumas vezes presenciado no aumento de ligações para a autoridade policial (via 190), outras vezes percebido pelo incremento no número de casos de feminicídio, muito embora em alguns locais os registros policiais de crimes contra a mulher não aumentaram em razão da maior dificuldade de a mulher procurar o auxílio das forças policiais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Pandemia COVID-19 assolou o país em 2020 e persiste até 2021, trazendo consequências previsíveis e imprevisíveis, mudando o cenário que existia com relação a extensa gama de crimes, consoante abordado durante todo o texto.

Em 2020, ocorreu decréscimo nos crimes patrimoniais em referência a 2019, porquanto ausentes algumas circunstâncias que facilitavam tal prática, ao passo que houve sensível aumento em outras infrações penais, a

exemplo dos crimes ligados à violência doméstica e familiar contra a mulher, apresentando até mesmo subnotificação decorrente do incremento do fator de risco “convívio com o agressor”, na medida em que, com o isolamento social, as famílias se viram obrigadas a aumentar o tempo de convivência entre seus integrantes.

A cidade de Curitiba/SC, quanto aos índices criminais, seguiu em partes a tendência nacional de diminuição dos crimes patrimoniais, diante dos mesmos fatores observados no cenário nacional, é dizer, distanciamento social, isolamento domiciliar e diminuição na circulação de transeuntes e veículos nas ruas, além de fatores socioeconômicos, como distribuição de renda por intermédio do auxílio emergencial, dentre outros.

Com a diminuição da circulação de pessoas, por exemplo, ocorreu a diminuição dos furtos a transeuntes; com a maior permanência dos indivíduos em casa, ocorreu uma diminuição dos furtos em residências. Não obstante, com relação às infrações ligadas à violência doméstica, Curitiba/SC não seguiu a tendência nacional de diminuição (e aumento da subnotificação), sendo observado acréscimo no número de casos, enfatizando que o atendimento realizado pela Polícia Militar – primeiro órgão estatal a entrar em contato com a situação de conflito – permaneceu operando com sua capacidade total, ao contrário de alguns outros órgãos estatais.

Tanto as referências nacionais apresentadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – revelando inclusive subnotificação – quanto as estatísticas coletadas no Sistema Integrado de Segurança Pública (SISP) de Santa Catarina no que diz respeito à cidade de Curitiba/SC levam a uma mesma conclusão, de que a Pandemia COVID – 19 teve como efeito colateral um aumento expressivo nos atendimentos relacionados à violência doméstica, diante do contexto social no qual as pessoas aumentaram o tempo de permanência em seus lares.

Levando em conta a maior dificuldade de a mulher em situação de vulnerabilidade entrar em contato com a força policial para relatar os abusos sofridos e solicitar providências, cabe ao Poder Público – incluindo os órgãos de segurança pública – traçar estratégias para suprir tal lacuna, de modo a proporcionar atendimento adequado a este tipo de vítima, cuja vulnerabilidade dificulta o acesso aos canais de comunicação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 20 nov. 2020. CUNHA, Rógério Sanches. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 7. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica. Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) comentada artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2015. São Paulo: FBSP, 2015. Disponível em: forumseguranca.org.br. Acesso em: 09 dez. 2020.

_____. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2020. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: forumseguranca.org.br. Acesso em: 09 dez. 2020.

_____. **Violência doméstica durante a pandemia de covid-19 – Ed. 3**. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: forumseguranca.org.br. Acesso em: 09 dez. 2020.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua. Principais destaques da evolução do mer-**

cado de trabalho no Brasil 2012-2020. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Principais_destques_PNAD_continua/2012_2020/PNAD_continua_retrospectiva_2012_2020.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** Volume único. 8. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

MARQUES, David; BARROS, Betina Warmling. **O impacto da pandemia no crime e na violência no Brasil – análise do primeiro semestre de 2020.** In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2020. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: forumseguranca.org.br. Acesso em: 09 dez. 2020

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de Criminologia.** 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Ebook)

SANTA CATARINA. **Marco Conceitual Rede Catarina de Proteção à Mulher.** Polícia Militar de Santa Catarina. Santa Catarina: Comando Geral da Polícia Militar de Santa Catarina, 2019.

REFLEXÕES SOBRE O INIMIGO NO BRASIL PÓS-DEMOCRÁTICO: DE CARL SCHMITT A RUBENS CASARA

*Kerston Marques Silva Benevides*⁵⁶

*Antonio Eduardo Ramires Santoro*⁵⁷

INTRODUÇÃO

O Brasil apresenta uma tradição autoritária que remete à sua colonização e que somente nos tempos hodiernos tem sido mais amplamente discutida como base da nossa realidade social. Esse autoritarismo está diretamente ligado ao passado escravista do país. Conforme Jessé Souza, “no Brasil, desde o ano zero, a instituição que englobava todas as outras era a escravidão [...] Nossa forma de família, de economia, de política e de justiça foi toda baseada na escravidão” (SOUZA, 2019, p. 42).

Além dos três séculos e meio de escravidão, o país atravessa, ainda, longos períodos sob governos autoritários e ditatoriais. Findando-se o último, no ano de 1984, há menos de quarenta anos. A compreensão da

56 Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Docência do Ensino Superior - FABEC Brasil. Especializando em Direito Penal e Criminologia - PUCRS. Bacharel em Direito - UNIVERSO Goiânia. Advogado. Membro da Comissão de Direito Criminal da OAB/GO.

57 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra; Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ; Mestre em Direito pela Universidade de Granada – Espanha; Professor Associado do PPGD/UFRJ; Professor Adjunto do PPGD/UCP; Professor Titular IBMEC; Advogado.

tradição autoritária que permeia todos os nossos espaços políticos e sociais é condição essencial para a reflexão proposta nesta pesquisa.

O principal problema a ser trabalhado durante a abordagem que segue é: como é criado e instituído o inimigo no Brasil na contemporaneidade? A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste artigo é a da pesquisa bibliográfica e do método histórico, sob a abordagem dialética e interdisciplinar, notadamente recorrendo-se aos campos da Ciência Política, Filosofia e Sociologia.

Após esta introdução, serão apresentados dois capítulos. O primeiro capítulo, intitulado “O Inimigo”, subdivide-se em três tópicos: O inimigo em Carl Schmitt; O discurso legitimador da criação do inimigo; e, A estratégia de criação do inimigo. O segundo capítulo, intitulado “A Pós-Democracia Brasileira”, subdivide-se em outros três tópicos: Pós-democracia e pós-verdade; A crise e a exceção; e, O inimigo instituído: o exemplo alemão. Em seguida, passam-se às considerações finais.

1. O INIMIGO

Cotidianamente, nos programas televisivos e nas redes sociais, noticiam-se linchamentos públicos – reais ou virtuais – como uma das únicas maneiras de obtenção de justiça, dada a pouca eficiência e demora da justiça penal. Ganham espaço nas manchetes as propostas de recrudescimento da lei penal e o empenho do poder político no sentido de promover políticas criminais de caráter populista. Verifica-se, a partir daí, uma tendência regressiva da política penal, com as propostas de penas mais duras, mais encarceramento e um retorno à função estritamente retributiva da pena. Essa análise inicial comprova, sem dificuldade, o peso e o alcance do discurso que legitima a criação do inimigo da sociedade.

1.1. O INIMIGO EM CARL SCHMITT

O controvertido autor alemão, Carl Schmitt, que viveu entre o final do século XIX e o final do século XX é quem introduz na obra “O Conceito do Político”, de 1932, a ideia de inimigo público como componente político. A polêmica em torno do autor, e a atribuição a ele da pecha de autor maldito, deve-se ao fato de ter se filiado ao nacional-socialismo e partici-

pado do governo nazista de Hitler. Para além da controvérsia, cabe analisar sua contribuição em termos de Ciência Política e Direito. Para o teórico, deve ser critério do político a diferenciação entre amigo e inimigo. Essa diferenciação deve levar em consideração o sentido real, concreto e existencial de ambos, “o inimigo político [...] é precisamente o outro, o desconhecido e [...] basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele” (SCHMITT, 2009, p. 28).

Carl Schmitt traz em sua obra a ideia de irredutibilidade do conflito, ele considera que o conflito seja a essência das relações humanas, desde quando a humanidade passa a se organizar em agrupamentos. No entanto, não trata de desafetos ou inimigos particulares. Segundo o autor, “inimigo é somente o inimigo público, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, público” (SCHMITT, 2009, p. 30).

Portanto, na sua visão, o conceito de inimigo constitui um conjunto de pessoas, conduzidas e agrupadas por determinadas ideias comuns, com quem existe a possibilidade de entrar em conflito.

1.2. O DISCURSO LEGITIMADOR DA CRIAÇÃO DO INIMIGO

Considera-se que, mais do que identificar os amigos ou inimigos, o poder político também tenha a autonomia e intenção de alçá-los a uma condição ou outra. Para que isto ocorra, especialmente no contexto do direito e do processo penal é preciso subjetivizar-se esse campo. Essa subjetivização ocorre destacadamente no âmbito normativo.

Na doutrina jurídico-penal, pode-se distinguir o debilitamento do direito penal de garantias através da imputação jurídica conforma critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado [...] do cancelamento da exigência de lesividade conforme à multiplicação de tipos de perigo sem perigo (perigo abstrato ou presumido); da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas leis penais em branco etc (ZAFFARONI, 2011, p. 14-15).

Além da subjetivização do direito, a despersonalização do inimigo também se apresenta como característica de sua criação. Atribui-se a ele um tratamento diferenciado, um tratamento de não-pessoa, porque inimigo de “todos”.

Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. [...] quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais... (ZAFFARONI, 2011, p. 18).

Inimigo é, de fato, um conceito que remete a conflito, guerra, risco e caos. A inserção dessa ideia no direito penal carrega intenções diversas, de atendimento a demandas políticas. A partir de quando se coloca um determinado grupo na condição de grupo inimigo, imputa-se a seus integrantes a suscetibilidade de toda a sorte de punições

O criminoso designado como inimigo de todos, que têm interesse em perseguir, sai do pacto, desqualifica-se como cidadão e surge trazendo em si como que um fragmento selvagem de natureza; aparece como o celerado, o monstro, o louco talvez, o doente e logo o 'anormal' (FOUCAULT, 2014, p. 100).

Zaffaroni alerta que a criação e identificação do inimigo sempre se baseia em algum mito criado com a finalidade específica de atendimento a esta demanda.

Os mitos mais grosseiros se impõem porque existe sempre uma relação inversa entre o grau de irracionalidade e brutalidade do poder repressivo e o nível de elaboração do discurso que procura legitimá-lo, e também porque se adequam melhor às demandas publicitárias (ZAFFARONI, 2011, p. 59).

É sabido entre os penalistas que Günther Jakobs e Cancio Meliá, identificando que em cada país existem normas que ele chama de legislação de luta e concluindo que “quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal [...] por isso, não

pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”, propôs um direito penal do inimigo não autoritário, asseverando que “um direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaça *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do inimigo” (JAKOBS e CANCIO MELIÁ, 2007, p. 49-50).

Em comparação entre o direito penal do inimigo defendido por Jakobs e o pensamento de Schmitt, Zaffaroni deixa claro que a pretensão de polarizar o direito penal (inimigo vs. cidadão) encontra óbice na determinação de sua extensão. Afinal “quem decide quem são os inimigos”? E completa:

[...] a resposta não parece ser muito diferente à de Schmitt, salvo que este último o postula como função própria e exclusiva da política e Jakobs limita-se a constatá-la como dado da realidade [*guerra ou luta contra o crime organizado, delitos graves, criminalidade sexual, corrupção, droga, criminalidade econômica, terrorismo etc.*]⁵⁸. Esta possibilidade de ilimitada definição política do inimigo elimina toda garantia de que esta não chegue aos extremos que racionalizou Mezger. (ZAFFARONI e OLIVEIRA, 2010, p. 125).

Há uma dose de ingenuidade de Jakobs ao defender a existência de critérios da realidade, que estariam abrangidos por fundamentos jurídicos, ao passo que Schmitt admite a definição de inimigo como função da política, pensamento muito mais real do que a alegada realidade de Jakobs.

Desse modo, embora não se reconheça elaboração técnica, científica, no discurso mítico (verdadeiramente político) que legitima a criação do inimigo, reconhece-se que ele deve apresentar um elevado grau de identificação. A capacidade de convencimento desse discurso está diretamente relacionada à sua incursão no âmbito da pós-verdade – conceito que será discutido mais adiante.

O que se pretende aqui não é emitir um juízo de valor a respeito do pensamento individual ou coletivo que legitima a barbárie. Afinal, como descreve Hannah Arendt em “Eichmann em Jerusalém”, ao dispor sobre a banalidade do mal: “O problema com Eichmann era exatamente que

58 Explicação dos autores.

muitos eram como ele, e muitos não eram pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais” (ARENDDT. 1999, p. 299). Isto é, não se trata de sádicos e perversos legitimando o terror e a perseguição do inimigo, mas de pessoas normais que se identificam com os discursos legitimadores. A normalidade é o que caracteriza o conceito arendtiano da banalidade do mal.

1.3. A ESTRATÉGIA DE CRIAÇÃO DO INIMIGO

Os avanços tecnológicos e a integração pelos meios de comunicação de massa, redes sociais e aplicativos de comunicação trazem consigo a possibilidade de ampla difusão discursiva. A velocidade com que se tem acesso a esses meios integrativos, e com que as informações circulam por meio deles, tendem a facilitar a formação de um discurso único ou de discursos interessados.

Carnelutti já se debruçava sobre o fato de que grande parte das notícias, à sua contemporaneidade, que ocupavam os jornais versavam sobre crimes e processos penais. É o alerta acerca da espetacularização do crime e do processo.

O problema é que as pessoas assistem ao processo como se assistissem a um filme, em uma sessão de cinema: agem como se o delito e o Processo Penal não tivessem qualquer relação com pessoas nem com fatos, mas só com personagens, como nos filmes. O comportamento do público, diante do suposto drama penal e de seus protagonistas, é o mesmo da multidão, de outrora, que assistia aos combates dos gladiadores nas arenas, ou da que ainda hoje assiste, nos estádios, a uma corrida de touros, em alguns países do mundo. (CARNELUTTI, 2012, p. 11)

Sobre essa espetacularização do processo como entretenimento, Vera Malaguti ressalta que

[...] a grande mídia tem sido um obstáculo a uma discussão aprofundada sobre a questão criminal. É ela que produz um senso comum que nós chamamos de populismo criminológico. [...] Se a política não tem como reduzir a violência que o modelo econômi-

co produz, ela precisa mais do que de um discurso, precisa de um espetáculo” (BATISTA, 2011, p. 100).

A criação do inimigo conta, portanto, com a intensa atuação dos meios de comunicação de massa, a partir de suas estratégias sensacionalistas e análises tendenciosas, a-técnicas e superficiais.

São os meios de massa que desencadeiam as campanhas de 'lei e ordem' quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da invenção da realidade (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), 'profecias que se auto-realizam' (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de 'slogans' tais como 'a impunidade é absoluta', 'os menores podem fazer qualquer coisa', 'os presos entram por uma porta e saem pela outra', etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), 'produção de indignação moral' (ZAFFARONI, 2001, p. 129).

Como bem aponta Lippmann, “as notícias e as verdades não são a mesma coisa” (LIPPMANN, 2010, p. 304). Segundo Gomes, inspirado em Lippmann, a fabricação do consentimento passa por uma única palavra: manipulação (GOMES, 2015, p. 71). Entre os muitos recursos utilizados pelos *mass media* está a linguagem, pela qual o manipulador emprega expressões e esquemas mentais de grande poder sugestivo para o público, que passam a representar uma ideia ou opinião que deseja difundir.

Outra estratégia presente é reduzir as questões a dois dilemas marcados por duas posições antagônicas, extremas e conflituantes (GOMES, 2015, p. 74). Assim, quando se trata de criminalidade, a linguagem é dramatizada e opõem-se o bem e o mal, o amigo e o inimigo público.

McCombs teve grande importância em tratar da Teoria da Agenda, buscando identificar a relação da mídia com a opinião pública. Aquilo que ele chamou de saliência de temas públicos pela mídia de massa não apenas afeta a opinião pública sobre o comportamento de um líder público (chamado por ele de sugestionamento), como numa segunda dimensão dos efeitos da agenda ressaltou que “a saliência de atributos afetivos entrelaça-

da com as imagens cognitivas do público” representa a convergência do agendamento com a “formação e a mudança da opinião” (MCCOMBS, 2009, p. 205).

O interesse estatal e midiático em ampliar o exercício do poder punitivo, de controle social, leva-os à condição dos principais atores envolvidos na criação do mito do inimigo. Vale ressaltar que eles podem se utilizar de diversas formas para o estabelecimento desse inimigo, especialmente as que envolvem o convencimento pela comoção da sociedade.

Tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incômoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções (ZAFFARONI, 2011, p. 64).

Por fim, a ameaça representada pelo outro é o principal motivo e argumento para a criação do inimigo.

O inimigo é construído a partir tanto de preconceitos quanto de estereótipos e passa a ser identificado como uma ameaça e, por vezes, a causa de todos os males. O outro torna-se um monstro, em uma espécie de regressão a padrões de pensamento da primeira infância, e a exclusão/extermínio da diferença é a solução para a superação do medo (CASARA, 2018, p. 80).

O inimigo não é, então, figura certa e estática. É construído e transitório de acordo com os interesses dos que se posicionam privilegiadamente nas relações de poder. O inimigo mostra-se político e temporal.

2. A PÓS-DEMOCRACIA BRASILEIRA

A análise do momento sociopolítico atual, no âmbito brasileiro, é essencial para compreender em que condições ocorre a criação do inimigo no país. O entendimento de que o país “supera” o seu momento democrático se desdobra em como se utiliza da pós-verdade para a antidemocracia que funda a criação desse inimigo.

2.1. PÓS-DEMOCRACIA E PÓS-VERDADE

Contemporaneamente, compreende-se que o Brasil se insere no contexto de pós-democracia. Trata-se de um momento de sucessão, ou supressão, do Estado Democrático de Direito.

No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador. O ganho democrático que se deu com o Estado Moderno, nascido da separação entre o poder político e o poder econômico, desaparece na pós-democracia e, nesse particular, pode-se falar em uma espécie de regressão pré-moderna, que se caracteriza pela vigência de um absolutismo de mercado (CASARA, 2018, p. 23).

A supressão do Estado Democrático de Direito pelo Estado Pós-Democrático acontece sem que se necessite abandonar os pressupostos do primeiro. Na verdade, existe a utilização desses pressupostos para justificar as práticas que lhe são contrárias. O êxito do Estado Pós-Democrático, então, depende de se lhe imprimirem ares de democracia, para que se legitimem seu autoritarismo e conduta seletiva. O principal instrumento para essa justificação é a utilização da pós-verdade.

A pós-verdade é o qualificativo das circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na opinião pública que os apelos emocionais e as crenças pessoais. Assim posto, seria a pós-verdade não apenas um sinônimo de *fake news*, mas, sobretudo, de convicção (ANGENOT), vez que, falsas ou verdadeiras, as informações são divulgadas ou excluídas não pela sua veridicidade, mas pela sua adequação às crenças/valores de cada sujeito. (SEIXAS, 2019, p. 122).

O sucesso da utilização da pós-verdade deve-se à característica que apresenta de identificação com os sujeitos que a recebem. Isso se torna ainda mais eficiente para a criação do inimigo quando as crenças e valores, com as quais o sujeito se identifica, podem ser manejados de acordo com

os interesses dos detentores do poder político e econômico – principais interessados na criação do inimigo.

A principal estratégia de elaboração da pós-verdade é o empobrecimento do discurso e do imaginário.

O imaginário constitui o que a pessoa percebe como realidade, com representações que partem dos materiais simbólicos que existem em determinado agrupamento social. O imaginário social, por sua vez, permite a um grupo o reconhecimento de uma identidade e de uma imagem que faz de si, o que leva à divisão de papéis sociais, ao respeito a códigos de comportamento coletivamente aceitos, à identificação de motivações e ao estabelecimento de crenças comuns (CASARA, 2018, p. 78).

Com a dilapidação do imaginário – aqui tanto o imaginário individual quanto o coletivo – criam-se condições para a incussão das práticas discursivas interessadas. Segundo Casara, “quem detém o poder político procura criar reações emocionais e racionais sobre os que são por eles governados, induzindo-os a aceitar, ainda que de forma implícita, as ordens e os comandos, muitas vezes apresentados de forma dissimulada” (CASARA, 2018, p. 93).

2.2. A CRISE E A EXCEÇÃO

Existem episódios que apresentam excepcionalidade e que, portanto, acarretam a necessidade de atos emergenciais e céleres para sua solução. A esse quadro chamamos de crise. Segundo Casara,

A crise é, por definição, algo excepcional, uma negatividade que põe em xeque o processo ou o sistema, mas que justamente por isso o confirma como algo que ainda existe e pode ser salvo, desde que a negatividade seja extirpada ou transformada em positividade (CASARA, 2018, p. 12).

Os quadros de crise, por óbvio, devem apresentar temporariedade e não é admissível que sejam permanentes. O que ocorre no Estado Pós-Democrático é exatamente a atribuição de perenidade a esses quadros,

pois eles justificam as práticas emergenciais. “Trata-se [a crise] de um termo que passou a ser usado para ocultar uma opção política por manobras e ações justificadas pela falsa urgência ou pelo falso caráter extraordinário do momento” (CASARA, 2018, p. 13).

O discurso de crise é tão internalizado no Brasil que, segundo um estudo realizado em 38 países, “os brasileiros têm a tendência de perceber um quadro pior do que a realidade” (STRUCK, 2017). O ranking elaborado pelo estudo coloca o país na 2ª colocação entre os que têm a pior percepção da própria realidade. Portanto, percebem-se condições altamente favoráveis à criação do inimigo.

Agamben aborda a questão do estado de exceção e o debate sobre sua posição política ou jurídica, que terá importância decisiva para a configuração do sistema penal estatal.

Esclarece que a “contiguidade essencial entre estado de exceção e soberania foi estabelecida por Carl Schmitt em seu livro *Politische Theologie...*” (AGAMBEN, 2004, p. 11), escrito em 1922, para quem o soberano é “aquele que decide sobre o estado de exceção” assumindo que o problema pertence ao âmbito político, mas tratando o jurídico de forma mais complexa, pois o “que está em questão [é] o próprio limite do ordenamento jurídico” (SCHMITT apud AGAMBEN, 2004, p. 11).

Como bem coloca Zaffaroni (2010, p. 131), esse poder político de decisão sobre o estado de exceção e sobre o que deve estar dentro da ordem jurídica e o que deve estar fora, levou ao “poder de definição do *hostis*” (ZAFFARONI, 2010, p. 124) ou *Fremde* (estranho) e inspirou Mezger a participar da elaboração do projeto sobre os *Gemeinschaftsfremde* (estranhos à comunidade), que possibilitou juridicamente o envio de judeus aos campos de concentração. Como coloca Zaffaroni, “são várias as observações reveladoras para um direito penal do inimigo a partir de Schmitt” (ZAFFARONI, 2010, p. 125).

A posição de Schmitt sustentada no *Politische Theologie* é, na visão de Agamben, uma resposta a Benjamim que em seu texto de 1921, “Crítica da violência: crítica do poder”, defendia que a violência pura está fora do direito, ao passo que Schmitt defende que não há violência fora do direito porque no estado de exceção ela está incluída no direito pela sua própria exclusão.

Para Schmitt “o soberano [...] é identificado com Deus e ocupa no Estado exatamente a mesma posição que, no mundo, cabe a Deus no sistema

cartesiano” (SCHMITT apud AGAMBEN, 2004, p. 89), ao passo que para Benjamin o soberano “fica fechado no âmbito da criação, é senhor das criaturas, mas permanece criatura” (BENJAMIM apud AGAMBEN, 2004, p. 11). Não há qualquer coincidência entre o pensamento de Schmitt, que postula um poder soberano total (totalitarismo) criador e sobreposto às leis, definidor de quem se submete ao seu próprio ordenamento, e o de Benjamin, que pugna pela submissão do soberano às suas próprias leis (Estado de direito).

Essa comparação com Deus, leva o pensamento de Schmitt a situar o soberano não mais como o limiar que garante a articulação entre um dentro e um fora do contexto jurídico, mas uma “zona absoluta de indeterminação entre anomia e direito, em que a esfera da criação e a ordem jurídica são arrastadas em uma mesma catástrofe” (AGAMBEN, 2004, p. 89).

Marcadamente Schmitt ainda não havia se filiado ao partido nazista quando publicou *Politische Theologie* (Teologia Política) (2006), mas deve se acrescentar que o Terceiro Reich era, tecnicamente na teoria schmittiana, uma ditadura soberana⁵⁹, que deveria levar à abolição definitiva da Constituição de Weimar e à instauração de uma nova ordem constitucional. No entanto, o que ocorreu na prática foi a proclamação de um estado de exceção em 1933 que nunca foi revogado. Isso colocava sua teoria em xeque na medida em que a exceção e a regra não se podiam mais separar.

2.3. O INIMIGO INSTITUÍDO: O EXEMPLO ALEMÃO

Diante do contexto de crise permanente e da necessidade de uma política de exceção, pode-se aqui traçar um paralelo com o ocorrido na Alemanha dos anos 1930, com a ascensão do Estado Nazista.

Adolf Hitler não impõe a ideologia nazista, inicialmente, por meio da força ou do terror. Pelo contrário, utiliza-se da democracia e de aparatos constitucionais para justificar a própria supressão deles. Hitler foi eleito, à sua época, personalidade destaque por revistas ao redor do mundo, “homem do ano”. Seu discurso de moralização, de combate à corrupção e à degeneração política foi o grande responsável pela identificação dos

59 Para Schmitt (no livro *Die Diktatur* de 1921 e não no *Politische Theologie* de 1922), ditadura soberana deveria levar a uma nova ordem constitucional, ao passo que ditadura comissária visava manter aquela ordem.

alemães à sua ideologia. Um país em crise em que surge um líder com grandes promessas de resgate de valores morais e com ideais supremacistas e nacionalistas. Primeiro houve a conquista sócio-ideológica que acabou por legitimar suas práticas ditatoriais, cruéis e perversas de criação e perseguição de inimigos (CASARA, 2018, p. 171-174).

A ilustração com o exemplo alemão visa a trazer à tona a grande questão, se o Brasil também estaria enveredando por esse tortuoso caminho. Após a queda do Muro de Berlim no final dos anos 1980 e o conseqüente colapso do que se conheceu historicamente (e na prática) como comunismo, inaugurou-se um período de universalização e estabilidade das democracias liberais.

A crise financeira de 2008, iniciada sobretudo nos Estados Unidos e um tanto subestimada por aqui, fez nascer o que Boaventura de Souza Santos chamou de “o novo interregno” (SANTOS, 2019).

No Brasil, a tensão contida por uma pretensa estabilidade do crescimento econômico, foi extravasada nas Jornadas de Junho de 2013, que em pouco tempo se revelou uma pulsão – (no sentido psicanalítico mesmo) – extremamente reacionária, escancarando o país para um novo modo de fazer política: o populismo dos falsos *outsiders*.

Não foi, é bem verdade, uma exclusividade brasileira. Tanto assim que são diversos os cientistas políticos contemporâneos que pelo mundo se debruçam sobre temas como Estado de Exceção, Golpe de Estado, Fascismo, mas nos interessa aqueles que vêm denunciando o que consideramos ser o nó górdio dessa exposição: a morte democrática da democracia.

David Runciman, professor da Universidade de Cambridge, escreveu “Como a Democracia Chega ao Fim” (2018); Steven Levitsky, de Harvard, e Daniel Ziblatt “Como as Democracias Morrem” (2018); Manuel Castells “Ruptura: a crise da democracia liberal” (2018); Rui Cunha Martins “A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal” (2013) também vêm se debruçando sobre o tema. Vale registrar o texto recente de Noam Chomsky, “O destino da humanidade está literalmente em risco, rumo à extinção”, publicado dia 28 de setembro de 2020, que também vislumbra o perigo que corre a democracia (2020).

O professor alemão Yascha Mounk, agora norte-americano, que escreveu o livro “O Povo Contra a Democracia” (2019), não apenas apresenta as características do populismo que leva a ruptura da democracia

pela utilização de mecanismos democráticos, ou supostamente democráticos e paulatinamente autoritários, mas também propõe que tomemos ações contra esse perigo à nossa liberdade.

O quadro de crise permanente já existe e o Estado de exceção é cotidianamente justificado. As condições de criação do inimigo expõem-se cada vez mais favoráveis e a tendência autoritária é característica da pós-democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Carl Schmitt considera que o político deve ter como critério a diferenciação entre amigo e inimigo. O inimigo, para o autor, não se trata de desafeto pessoal ou antipatia individual, mas de um grupo de pessoas organizadas a partir de um pensamento comum, com o qual pode o político em determinado momento entrar em conflito. Conflito esse que, para o autor alemão, é condição de existência da convivência humana.

Esse inimigo pode ser identificado ou construído e para sua construção parte-se de um discurso legitimador. O discurso que legitima a criação do inimigo pode ocorrer em âmbito normativo, por meio da subjetivização do direito, bem como no âmbito pessoal com a relegação do inimigo à condição de não-pessoa. O discurso de criação do inimigo baseia-se, ainda, na criação política de um mito especificamente criado com este fim. O mito criado é difundido por meio de instrumentos de convencimento fundados na pós-verdade.

Os meios de comunicação de massa e a grande difusão das tecnologias de comunicação potencializam consideravelmente o alcance do discurso legitimador. As estratégias de criação do inimigo se dão especialmente por meio da espetacularização do processo, a partir da ampla participação midiática; do interesse estatal e da construção da ideia de ameaça pelo outro. O inimigo, portanto, é transitório – a depender dos interesses dos detentores de poder.

O atual Estado Brasileiro configura-se como pós-democrático, o que quer dizer que se utiliza do discurso e dos aparatos democráticos para suprimir a própria democracia. Nesse tipo de Estado, ganha espaço a pós-verdade como instrumento de convencimento e de empobrecimento do discurso e do imaginário.

Ainda no contexto da pós-democracia brasileira, destaca-se o estado de crise permanente como legitimador de práticas emergenciais e de exceção, a partir das quais podem-se incutir muito mais rapidamente as práticas discursivas de criação e instituição do inimigo em um contexto de crescente autoritarismo dentro e a partir de mecanismos próprios da democracia.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Servanda Editora, 2012.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscuran-tismo e gestão dos indesejáveis**. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018a.
- _____. **Sociedade sem lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie**. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018b.
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução Joana Angélica D'ávila Melo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2018.
- CHOMSKY, Noam. O destino da humanidade está literalmente em risco, rumo à extinção. **Viomundo**. Disponível em <https://www.viomundo.com.br/politica/noam-chomsky-o-destino-da-humanidade-esta-literalmente-em-risco-rumo-a-extincao.html>. Acessado em: 01 out. 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42.ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

- GOMES, Marcus Alan. **Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- JAKOBS, G. e CANCIO MELIÁ, M. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2018.
- LIPPMANN, Walter. **Opinião Pública**. Tradução Jacques Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2010.
- MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MCCOMBS, Maxwell. **A teoria da agenda: A mídia e a opinião pública**. Tradução Jacques Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MOUNK, Yascha. **O Povo contra a Democracia: Por que nossa democracia corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Tradução Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Esquerda do mundo, uni-vos!** Coimbra: Almedina, 2019.
- SCHMITT, Carl. **O conceito do político / Teoria do partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- _____. **Teologia política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SEIXAS, Rodrigo. A Retórica da Pós-Verdade: o problema das convicções. **EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação**. Ilhéus, n. 18, p. 122-138, abr. 2019.

Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/eidea/article/view/2197/1747>. Acesso em: 30 mar. 2021.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

STRUCK, Jean-Philip. Brasil é 2º país com pior noção da própria realidade. **Deutsche Welle**. Publicado em 06/12/2017. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-%C3%A9-2%C2%BA-pa%C3%ADs-com-pior-no%C3%A7%C3%A3o-da-pr%C3%B3pria-realidade/a-41682142>. Acesso em: 30/03/21.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; OLIVEIRA, Raimundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

ANÁLISE DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS ENTRE O ARTIGO 243 DO ECA E O ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006

*Larissa Oliveira Machado*⁶⁰

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende fazer uma análise teórica do conflito aparente de normas existente entre os artigos 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 33 da Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas. Parte-se da necessidade de aplicar ao caso concreto o que é determinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando sempre atender à Doutrina da Proteção Integral e seus princípios norteadores, tais como atenção à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e proteção integral.

O que se pergunta neste estudo, e que futuramente tentar-se-á responder, é qual a fundamentação utilizada pelos juristas e pelos tribunais superiores para delimitar conceitos e dirimir o conflito aparente de normas em estudo.

A princípio, será analisado o panorama em que o artigo 243 do ECA foi redigido, em seus aspectos legais e principiológicos. A seguir, parte-se para o estudo da elaboração do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e, a posterior, para conceituação do conflito aparente de normas em sentido

60 Advogada, pós-graduada em Direito Penal.

amplo, abordando todos os princípios e meios necessários para resolução deste dilema.

O artigo será finalizado com estudo do conflito aparente de normas em sentido estrito, ou seja, o conflito aparente de normas existente entre os artigos 243 do ECA e 33 da Lei nº 11.343/06, com todas as fundamentações válidas para que fosse dirimido.

Assim, o que se busca neste estudo é mostrar, de forma imparcial, o quão relevante é o crescimento do uso e do tráfico de drogas na sociedade brasileira, especialmente entre os menores, chegando a uma conclusão que priorize o direito e a proteção efetiva das crianças e dos adolescentes, que, de acordo com princípios nacionais e internacionais, devem ser afastadas de substâncias entorpecentes, lícitas e ilícitas, que causem dependência, sendo-lhes garantido o acesso à saúde, educação, esporte, profissionalização, lazer, entre outros meios adequados a proporcionar-lhes um futuro digno, longe do crime.

1. DO ARTIGO 243 DO ECA

O artigo 243 do ECA foi incorporado ao texto legal deste certame em seu Título VII – Dos Crimes e Das Infrações Administrativas, Capítulo I – Dos Crimes, Seção II – Dos Crimes em Espécie, a fim de atender aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, afastando este público do contato com entorpecentes, lícitos e ilícitos, principalmente, após a redação dada pela Lei nº 13.106/2015, que incluiu no corpo do texto a expressão “bebidas alcoólicas”. Observa-se o texto do referido artigo:

“Art. 243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica: Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crimemais grave.”

Para os autores Murillo José Digiácomo e Ildeara de Amorim Digiácomo (DIGIÁCOMO, DIGIÁCOMO, 2013, pp.333/334), o artigo 243

do ECA é um “*tipo penal aberto, subsidiário ao contido nos arts. 1º, par. Único c/c 33, da Lei nº 11.343/2006*”, pois visa coibir a venda a crianças e adolescentes de substância lícitas, porém entorpecentes e tóxicas, tais como a “cola de sapateiro”.

Assim como sugerem os autores ora mencionados, veja-se os artigos 33, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989 e 81, incisos II e III, do ECA:

“Artigo 33

Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias. [...]

Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:

I – armas, munições e explosivos;

II – bebidas alcoólicas;

III – produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;

IV – fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;

V – revistas e publicações a que alude o art. 78;

VI – bilhetes lotéricos e equivalentes.” [grifei]

Conforme os artigos acima colacionados, em consonância ao artigo 227 da CF/88, é também dever do Estado garantir a saúde e a segurança das crianças e adolescentes, o que coaduna com o ideal dos tratados internacionais de mantê-los afastados das drogas e bebidas alcoólicas. Neste sentido, justifica-se a redação do artigo em estudo.

Cabe salientar que, como se trata de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, que, atualmente no Brasil, cada vez mais tem neces-

cidade de autoafirmação perante a grupos, tribos e à sociedade como um todo, as crianças e adolescentes tornam-se extremamente vulneráveis ao tráfico de drogas.

O princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento atenta para o fato de que crianças e adolescentes são seres humanos ainda em formação, tanto física, quanto psicológica, o que faz com seja necessário que a lei dispense um tratamento especial para com eles (ISHIDA, 2013, p. 289).

Este princípio tem como base a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III da CF/88, auferindo-lhe caráter fundamental, o que é confirmado pela própria Carta Magna, que prevê em seu artigo 227, *caput*, que é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Neste aspecto, substâncias lícitas, tais como álcool, “cola de sapateiro”, solventes, são exímias portas de entrada para o “mundo do tráfico”, devido aos preços módicos e facilidade de serem encontrados no mercado, com exposição à venda.

Este debate é amplamente mencionado pelos juristas, através de doutrina, jurisprudência e artigos científicos, veja-se o posicionamento dos autores Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Antonelli Antonio Moreira Secanho (JÚNIOR, SECANHO, 2015): “*Por essa razão, optou o legislador em encerrar um embate jurídico que vem sendo travado no juízo da Infância e Juventude relativo ao tema: a antiga redação do artigo 243, ECA, não trazia vedação expressa à venda de bebidas alcoólicas [...]*”.

Desta forma, nota-se a importância do dispositivo em estudo para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, como forma de atender aos princípios da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de combater o envolvimento de meninos e meninas com substâncias tóxicas e entorpecentes, sejam lícitas ou não.

2. DA ANÁLISE DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006

Tem-se por tráfico de drogas as condutas descritas no tipo penal do artigos 33, *caput* e §1º, 34 a 37 da Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas, que

consistem em importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas ou ainda semear, cultivar ou colher plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas, mesmo que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e até mesmo utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consentir que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

O tráfico de drogas consiste em um crime doloso, de perigo abstrato, comum, formal, comissivo e instantâneo, cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública. Admite a formatentada, embora seja de difícil comprovação, haja vista a existência dos dezoito núcleos do tipo penal. Desta forma, por se tratar de crime que exige organização, o tráfico é motivação para o desencadeamento de muitas outras práticas delituosas, tais como furto, roubo, latrocínio e homicídio, haja vista as constantes notícias veiculadas na mídia.

Finalmente, o que se destaca é a periculosidade da prática deste tipo penal, principalmente quando envolve menores, e a relevância dada à pena e a todas as peculiaridades do processo de tráfico de drogas quando da aplicação do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em detrimento do artigo 243 do ECA, em casos de venda de drogas a crianças e adolescentes, a fim de dirimir o “conflito aparente de normas”, o que se passa a estudar.

3. DO CONCEITO DE CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Nas seções anteriores, foram apresentadas as motivações e fundamentações para elaboração dos dispositivos legais em estudo. Aqui será estudada a problemática do conflito aparente de normas em si.

É de suma importância que não haja contradições no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro, que deve ser harmônico, uníssono. Nas palavras de Luiz Regis Prado (PRADO, 2010, p.226/227): “A *matéria*

aqui versada se relaciona com a ideia de conflito normativo, objeto de estudo da Teoria Geral do Direito. O sistema jurídico – composto de várias normas – deve ter, em princípio, unidade e coerência, para garantia de vigência do princípio da segurança jurídica.”.

Tem-se um conflito de normas no âmbito do Direito Penal quando dois ou mais dispositivos legais disciplinam a mesma matéria. Assim sendo, são necessários alguns elementos para a configuração deste conflito, são eles: unidade de fato, quando há somente uma infração penal; pluralidade de normas, quando duas ou mais normas, aparentemente, identificam o mesmo fato; aparente aplicação de todas as normas à espécie, ou seja, a incidência de todas as normas é apenas aparente; efetiva aplicação de apenas uma delas, somente uma norma é aplicável, por isso o conflito é aparente.

Desta forma, observa-se o conflito aparente de normas quando, num primeiro momento, duas normas parecem ser aplicáveis a um mesmo fato, porém, apenas uma terá incidência de fato. No conceito de Rogério Greco (GRECO, 2010, p.79/80):

Não é incomum que, aparentemente, sobre um mesmo fato possam existir duas ou mais normas que, em tese, procuram regulá-lo. Quando isso acontecer, estaremos diante do chamado concurso ou conflito aparente de normas. A denominação *aparente* demonstra que a situação de conflito ou concurso de normas efetivamente não existe, posto somente uma delas será aplicada ao caso concreto.

Neste aspecto também, o pensamento de Luiz Regis Prado (PRADO, 2010, p. 227):

O concurso aparente de leis penais (segundo alguns, concurso ideal impróprio, concurso aparente de tipos) diz respeito à interpretação e aplicação da lei penal. Verifica-se na situação em que várias leis são aparentemente aplicáveis a um mesmofato, mas, na realidade, apenas uma tem incidência. Sendo assim, não há verdadeiramente concurso ou conflito, mas tão somente aparência de concurso, visto que existe transgressão real de apenas uma lei penal, o que dá lugar também a um único delito.

Para dirimir o conflito aparente de normas os juristas se valem da análise de quatro princípios: princípio da especialidade; princípio da subsidiariedade, princípio da consunção e princípio da alternatividade. Assim, passa-se a estudar cada princípio detalhadamente.

Em suma, o princípio da especialidade dispõe que a lei especial derrogará, para o caso concreto, a lei geral, derivando do brocado latino *lex specialis derogat lex generali*, isto ocorre porque, geralmente, a lei especial apresenta detalhes que se adequam melhor ao caso concreto, em vista da lei geral, afastando esta última por consequência (GRECO, 2010, p. 80).

É mister salientar que o princípio da especialidade se encontra disciplinado no artigo 12 do Código Penal: “*As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminadores por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.*”. Desta forma, nota-se uma espécie de subordinação da lei geral, em relação à lei especial, uma vez que todos os tipos penais abarcam elementos gerais de direito penal (PRADO, 2010, p. 228-229).

A respeito do princípio da subsidiariedade, tem-se que a norma subsidiária é menos gravosa que a principal, portanto, diante da impossibilidade da aplicação da norma principal (mais gravosa), aplica-se a subsidiária, que pode ser expressa ou tácita, ou seja, é expressa quando a própria lei faz a ressalva, revelando sua subsidiariedade, e tácita ou implícita quando o tipo penal é aplicado na medida em que o outro esteja impedido.

Este princípio deriva do brocado latino *lex primaria derogat legi subsidiariae*, que advém de um excesso de zelo, por diversos tipos penais, em relação a um único bem jurídico tutelado. Assim, tem-se os conceitos de Rogério Greco (GRECO, 2010, p. 81):

Pelo princípio da subsidiariedade, a norma dita subsidiária é considerada, na expressão de Hungria, como um ‘soldado de reserva’, isto é, na ausência ou impossibilidade de aplicação da norma principal mais grave, aplica-se a norma subsidiária menos grave. É a aplicação do brocado *lex primaria derogat legi subsidiariae*. A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita.

Nesta toada, os ensinamentos de Luiz Regis Prado (PRADO, 2010, p. 229-230):

Critério da subsidiariedade – *lex primaria derogat legi subsidiariae*: esse critério emerge como efeito de uma múltipla tutela realizada por tipos diversos em relação a determinado bem jurídico. Opera de forma auxiliar, subsidiária ou residual para as hipóteses que não são objeto de proteção de outro dispositivo, chamado principal. Isso quer dizer: aplica-se uma lei quando outra não puder ser aplicada, quer por disposição explícita (subsidiariedade expressa ou formal), quer por força de interpretação lógica (subsidiariedade tácita, implícita ou material).

Cabe salientar que, para Rogério Greco, seguindo os ensinamentos de Néelson Hungria, o princípio da subsidiariedade não teria relevância no Ordenamento Jurídico brasileiro, uma vez que as dissonâncias dirimidas por esse princípio poderiam ser perfeitamente solucionadas valendo-se do princípio da especialidade, pois, se a norma subsidiária for aplicada, significa que nenhuma outra mais gravosa teria aplicabilidade, o que não deixa de ser especialidade. Neste sentido, Néelson Hungria, *apud*, Rogério Greco (GRECO, 2010, p. 81):

[...] a diferença que existe entre a especialidade e subsidiariedade é que, nesta, ao contrário do que ocorre naquela, os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de espécie a gênero, e se a pena do tipo principal (sempre mais grave que o subsidiário) é excluída por qualquer causa, a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como ‘soldado de reserva’ e aplicar-se pelo *residuum*.

Já nas palavras do próprio Rogério Greco (2010, p. 81-82):

Na verdade, não possui utilidade o princípio da subsidiariedade, haja vista que problemas dessa ordem podem perfeitamente ser resolvidos pelo princípio da especialidade. Se uma norma for especial em relação à outra, como vimos, terá aquela aplicação ao caso concreto. Se a norma dita subsidiária foi aplicada, é sinal de que nenhuma outra mais gravosa poderia ter aplicação. Isso não deixa de ser especialidade.

O princípio da consunção é aplicado quando um crime é meio necessário ou fase de preparação ou execução de outro crime ou, ainda, nos casos de antefato ou pós-fato impuníveis. Desta forma o tipo penal mais amplo absorve o mais restrito. Para Rogério Greco, (GRECO, 2010, p. 82):

Podemos falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses:

I. quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime;

II. nos casos de antefato e pós-fato impuníveis.

Os fatos, segundo Hungria, ‘não se acham em relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim’. Assim, a consumação absorve a tentativa e esta absorve o incriminado ato preparatório; [...] O pós-fato impunível pode ser considerado um exaurimento do crime principal praticado pelo agente e, portanto, por ele não pode ser punido.

Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso, *apud*, Rogério Greco (GRECO, 2010, p. 82):

“[...] os fatos posteriores que significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior são por este consumidos. É o que ocorre nos crimes de intenção, em que aparece o especial fim de agir. A venda pelo ladrão da coisa furtada como própria não constitui estelionato. Se o agente falsifica moeda e depois a introduz em circulação pratica apenas o crime de moeda falsa (art. 289, CP).

Já para Luiz Regis Prado (PRADO, 2010, p. 230):

Critério da consunção – *lex consumens derogat legi consumptae*: pelo critério, princípio ou relação de consunção ou de absorção, determinado crime (norma consumida) é fase de realização de outro (norma consuntiva) ou é uma regular forma de transição para o último. Isso significa, na primeira modalidade, que o conteúdo do tipo penal mais amplo absorve o de menor abrangência, que constitui etapa daquele, vigorando o princípio *major absorvet mino-*

rem. Desse modo, os fatos ‘não se acham em relação de *species* a *genus*, mas de *minus* a *plus*, de parte a todo, de meio a fim’. Assim, o delito-meio, punido menos severamente (=delito antecedente ou anterior) é absorvido pelo delito-fim, punido mais severamente (=delito conseqüente ou posterior). [...]

É oportuno observar ainda que os critérios de subsidiariedade e de consunção são de aplicação secundária ou complementar ao de especialidade.

O princípio da alternatividade apresenta diferentes correntes doutrinárias para sua conceituação. Para uma primeira corrente, será aplicado em casos em que o tipo penal é plurinuclear, ou seja, apresenta diversas condutas que configuram o crime ali tipificado, trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, o agente responderá apenas por um dos núcleos do tipo penal, embora possa praticar vários. Um exemplo clássico seria o tráfico de drogas, amplamente debatido neste trabalho. Nas palavras de Mirabete, *apud*, Rogério Greco (GRECO, 2010), “o princípio da alternatividade indica que o agente só será punido por uma das modalidades inscritas nos chamados crimes de ação múltipla, embora possa praticar duas ou mais condutas do mesmo tipo penal.”

Já a segunda corrente prevê que, de acordo Mirabete, *apud*, Luiz Regis Prado (PRADO, 2010, p. 230), “a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra que também o prevê como delito.”. Para o estudo desenvolvido, tem-se que esta segunda corrente seria mais adequada para dirimir o conflito aparente de normas em tela. Conceitua-se, então este pensamento doutrinário, para que, num segundo momento observe-se a aplicabilidade do princípio da alternatividade ao conflito aparente de normas entre os artigos 243 do ECA e 33 da Lei de Drogas.

Desta forma, ante todas as exposições teóricas abarcadas, parte-se para a elucidação do conflito aparente de normas entre os artigos 243 do ECA e 33 da Lei nº 11.343/06.

4. DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS ENTRE OS ARTIGOS 243 DO ECA E 33 DA LEI N.º 11.343/06

Cabe salientar que, fala-se em conflito aparente de normas no caso em tela, pois, na prática, uma norma não derroga a outra, ambas dispõem

de uma coexistência pacífica, visto que o artigo 243 do ECA foi elaborado visando não só a criminalização da venda de drogas para crianças e adolescentes, como também de substâncias lícitas, mas tóxicas e/ou alucinógenas, tais como as bebidas alcoólicas e a cola de sapateiro.

Ocorre que o artigo 33 da Lei de Drogas se trata de uma norma penal em branco, pois o conceito de “drogas” é aquele previsto na Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, portanto, diversas substâncias entorpecentes, como a supracitada cola de sapateiro, não constam no rol previsto pelo Ministério da Saúde, daí a necessária manutenção e aplicação do artigo 243 do ECA (JÚNIOR, 2015).

Neste aspecto, elucida-se aqui o porquê da aplicabilidade do artigo 33 da Lei de Drogas nos casos de venda de entorpecentes a crianças e adolescentes, afastando o artigo 243 do ECA.

É notório que a Lei de Drogas foi publicada dezessete anos após o ECA, daí tem-se um conflito aparente de normas no tempo, desta forma os juristas valem-se do princípio da alternatividade, uma vez que o artigo 33 da Lei de Drogas é mais recente que o artigo 243 do ECA, aplicando o brocardo latino: “*lex posterior derogat priori*”, ou seja, “a lei posterior derroga a anterior”. Assim, elucida-se este instituto através das palavras de Rogério Greco (GRECO, 2005, pp.121):

A lei nova, editada posteriormente à conduta do agente, poderá conter dispositivos que o prejudiquem ou que o beneficiem. Será considerada uma *novatio legis in pejusse* o prejudicar, ou uma *novatio legis in mellius* se vier a beneficia-lo.

Pode a lei nova prejudicar o agente: ampliando o rol das circunstâncias agravantes, criando causas de aumento de pena, aumentando o prazo de prescrição ou mesmo trazendo novas causas interruptivas ou suspensivas, etc. [...]

Além disso, o conflito aparente de normas aqui exposto recebeu esta solução em respeito aos princípios constitucionais da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que a pena cominada ao tipo penal do artigo 33 da Lei de Drogas é mais gravosa que àquela cominada ao tipo penal do artigo 243 do ECA.

Na visão de Dworkin (2002, p. 43), *apud* Profa. Luciana Gaspar Melquíades Duarte (DUARTE, 2013, p. 84), “*um sistema jurídico também pode*

preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”, ou seja, nos casos de conflito aparente de normas, é legítimo que o jurista se valha de princípios que tutelam a matéria discutida a fim de dirimir tal conflito, o que, notoriamente, ocorreu no caso em discussão. Assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi determinante para a elucidação do conflito aparente de normas entre os artigos 243 do ECA e 33 da Lei de Drogas.

Portanto, os Tribunais superiores pacificaram tal entendimento, observe-se excerto de jurisprudência abaixo (*Habeas Corpus* nº 124938 BA 2008/0285564-3 STJ):

[...] Tendo sido o paciente acusado de oferecer drogas como cocaína e maconha para as adolescentes, não há que se falar em infração penal do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sim no crime de tráfico de drogas constante da Lei nº 11.343 /2006, que inclusive institui, no artigo 40, inciso VI, uma causa de aumento de pena quando a prática da infração envolver ou visar criança ou adolescente.

(STJ – HC: 124938 BA 2008/0285564-3, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 02/09/2010, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 08/11/2010)

Assim, nota-se que o conflito aparente de normas em tela foi dirimido com cautela e também atenção à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento de crianças e adolescentes por parte dos Tribunais Superiores e também da doutrina. Neste aspecto, tem-se que a pena cominada ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06 foi essencial para resolução deste conflito aparente de normas, uma vez que é mais gravosa que àquela cominada ao tipo penal do artigo 243 do ECA.

Portanto, a pena deve atender a seus interesses sociais, além da reprovação pessoal do apenado, daí também a opção pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06 para a resolução do conflito aparente de normas em tela. Este entendimento deriva do pensamento de Claus Roxin (ROXIN, 2005, p. 74):

A categoria sistemática da responsabilidade por mim desenvolvida fundamenta-se, portanto, na ideia de uma dupla limitação do

direito estatal de punir: através da culpabilidade e das necessidades preventivas de punição. Se faltar um destes dois pressupostos, ficará excluída a punibilidade. Esta conclusão decorre da teoria dos fins da pena, segundo a qual a pena não pode ser fundamentada nem pela culpabilidade, nem por sua finalidade preventiva, tomadas separadamente, pois a pena pressupõe, para ser legítima, tanto a necessidade social (isto é, preventivamente) quanto uma reprovação pessoal do agente pela existência de culpabilidade.

Desta forma, tem-se que o interesse social envolvido no conflito aparente de normas em tela parte também do caráter pedagógico e preventivo da pena cominada, visto o combate ao tráfico de entorpecentes no Brasil, principalmente quando envolve crianças e adolescentes.

Portanto, o que se espera é a efetividade dos efeitos primários e secundários da condenação, ou seja, o cumprimento da sanção penal e seus efeitos extrapenais, tais como obrigação de reparar o dano e a perda dos instrumentos ou proveitos do crime, o que é bem claro no caso do tráfico de drogas. Assim, nas palavras de Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (SOUZA, JAPIASSÚ, 2012, p.503/505):

Os arts. 91 a 95, do CP, regulam questões atinentes aos efeitos da sentença penal condenatória, bem assim ao instituto da reabilitação penal.

Salienta-se que o primeiro efeito de qualquer condenação penal é a imposição de uma sanção penal, seja ela privação de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), restrição de direitos, multa ou medida de segurança. Este é o chamado efeito primário da condenação. Além desse há outros efeitos, divididos em efeitos de natureza penal e efeitos de natureza extrapenal. [...]

Conforme adiantado, há duas sortes de efeitos: (1) genéricos (art.91, do CP), que valem para todos os delitos e têm incidência automática; e (2) específicos (art. 92, do CP), que se encontram relacionados com determinados ilícitos e cuja aplicabilidade exige motivação expressa na sentença. Analisam-se, a seguir, os dois efeitos genéricos de todas as condenações penais (a obrigação de reparar o dano e a perda dos instrumentos ou proveitos do crime), consoante previsto no Código Penal.”

Assim, resta finalizado este estudo, elucidando o quão importante é este conflito aparente de normas para Ordenamento Jurídico Brasileiro, uma vez que se trata do vínculo de crianças e adolescentes com o meio do tráfico de drogas e de outras substâncias entorpecentes, lícitas ou ilícitas, que causam dependência.

Desta forma, por ora, é de suma relevância que os dois artigos sejam mantidos, afim de que as condutas previstas em ambos sejam coibidas através de medidas penais e extrapenais gravosas o suficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo estudo realizado, conclui-se que, ao longo da história, o Direito da Infância e da Juventude ganha cada vez mais visibilidade no cenário nacional. Há um crescente reconhecimento de direitos das crianças e adolescentes por parte tanto do Legislativo, quanto do Judiciário. Atenta-se também para o fato de que o tráfico de drogas está sempre em voga, principalmente, na mídia, tornando a questão do crime organizado e dos adolescentes em conflito com a lei alvo constante de debates e divergências, inclusive no que tange o aumento da violência no Brasil, principalmente com o aumento do uso de crack nos últimos vinte anos (SAPORI, 2015).

Como também foi visto, o envolvimento com o tráfico de entorpecentes pode levar (e geralmente leva) aquele que se envolve a cometer crimes ou atos infracionais ainda mais gravosos. Nesta toada, temos a necessidade da aplicação de medidas profiláticas pelas autoridades, evitando consequências ainda mais gravosas, a fim de evitar o aumento da criminalidade nas cidades brasileiras, criminalidade esta que está atrelada ao aumento da violência, que para Marilena Chauí (CHAUÍ, 2011, p. 379), consiste em: “(..) consequentemente, violência é um ato de brutalidade, sevícia e abuso físico e/ou psíquico contra alguém e caracteriza relações subjetivas e sociais definidas pela opressão, intimidação, pelo medo e pelo terror.”

Assim, chega-se à conclusão de que se torna cada vez mais relevante a proteção de crianças e adolescentes ante o panorama atual do tráfico de drogas no Brasil, assim, afastá-los das substâncias entorpecentes, sejam lícitas ou ilícitas, é extremamente importante. Nesta toada, a aplicabilidade do artigo 33 da Lei de Drogas em detrimento do artigo 243 do ECA, a

fim de dirimir o conflito aparente de normas existente entre ambos os dispositivos legais, é uma decisão coerente, que coaduna com princípios de Direito nacionais e internacionais atuais.

É necessário que o futuro das crianças e dos adolescentes seja preservado e o afastamento de práticas criminosas é extremamente importante, garantindo-lhes exatamente aquilo que prevê o próprio ECA, como o acesso à educação, esporte, cultura, lazer, profissionalização, entre outros.

Finalmente, vale lembrar os dizeres da campanha da UNICEF Brasil, “UNICEF para cada criança”: “*Quando você ajuda a criar oportunidades para crianças e adolescentes, sempre existe esperança.*”.

REFERÊNCIAS

BAZÍLIO, Luiz Cavaliere. **Infância, Educação e Direitos Humanos**. 4ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Lei que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em 31 out. 2016.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 492**. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em 15 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 15 mar 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Jurisprudências. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 15 mar 2021.

CHAUÍ, Marilena. **Ética e Violência no Brasil**. In Revista Bioethikos, v. 5, n. 4, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://saocamilosp.br/pdf/bioethikos/89/A3.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CRUZ, Edson. Banalização do Mal. **Revista PUC Minas**. nº 12, Belo Horizonte: Fumarc, 2015.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **ECA Anotado e Interpretado**. 6ª ed. Paraná: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação, MPPR, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 7ª ed. vol.2. Niterói: Impetus, 2010.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 5ª ed. vol.1. Niterói: Impetus, 2005.

_____. **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em 15 mar 2021.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

JÚNIOR, Oswaldo Féfin Vanin. **Nova Lei de Drogas**. Disponível em: <https://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/169726864/a-nova-lei-de-drogas-lei-11343-06>. Acesso em: 17 mar 2021.

MARTINS, Mário Albino; BRAGA, Marcos Facchini Vieira; DUTRA, Vera Carmen d'Ávila. **Manual de Orientação de Aplicação de Medidas de Proteção e Socioeducativas**. Juiz de Fora: RR Donnelly Moore, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 1, São Paulo, RT: 2012.

OLIVEIRA, Siro Darlan; ROMÃO, Luis Fernando de França. **A História da Criança por seu Conselho de Direitos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

PINOTI, Antonio Jurandir. **Medidas socioeducativas e garantias constitucionais**. Revista Igualdade XXIII. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_19_2_1_5.php. Acesso em: 16 mar 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Nota Geral**. V. 1, São Paulo, RT: 2010.

ROCHA, Marcelo C. A. **Súmula 492 do STJ: esperança para o ECA**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22502/sumula-492-do-stj-esperanca-para-o-eca>. Acesso em: 15 mar 2021.

RODRIGUES, Éllen Cristina Carmo. **A quem o ECA protege? O descompasso entre o discurso e a prática da Justiça Juvenil no Brasil**. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2010.

RODRIGUES, Éllen Cristina Carmo. **Do Ato Infracional: um estudo de caso sobre medidas socioeducativas à luz da Teoria Funcionalista**. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TANGERINO, Davi de Paiva. **Culpabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DECRETAÇÃO E CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO JUIZ: DA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO À NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*José Guilherme di Rienzo Marrey*⁶¹

*Maria Livia Custódio Rangel*⁶²

INTRODUÇÃO

No contexto de conquista histórica de direitos e garantias fundamentais, a revolução constitucional do século XIX aventou a lógica de limitação do Poder do Estado, de forma que a Constituição deve ser o esteio de validade das demais normas. Diante disto, a Constituição Garantista de

61 Juiz de Direito, especialista em Direito Processual Civil e mestre em Direito das Relações Sociais. Professor universitário e da Escola Paulista da Magistratura.

62 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Foi orientanda de Iniciação Científica, com fomento de pesquisa pela FAPESP (2019-2020). Prêmio de melhor pesquisa na modalidade "bolsa Fapesp" na área de ciências humanas da Puc-Campinas. Membro do grupo de pesquisa "direito e realidade social"(CNPq/PUC-Campinas 2019-2020).

1988 ofereceu rompimento do paradigma do Estado autoritário, sobretudo no que diz respeito ao direito material e processual penal.

A questão a ser abordada neste trabalho diz respeito aos limites do direito sumulado ao acesso à justiça penal sob o enfoque da prisão preventiva convertida *ex officio* pelo Poder Judiciário. No mais, visa-se analisar as mudanças legislativas e os resquícios do sistema inquisitório no direito brasileiro, bem como a positivação explícita do modelo acusatório com o advento da Lei anticrime.

Esta pesquisa se desenvolveu em um primeiro plano pelo método qualitativo, partindo da análise de dois *habeas corpus* impetrados diante do Supremo Tribunal Federal: *habeas corpus* 86.864 e 193.053 e análise do conteúdo da súmula 691 desta mesma Corte.

Feito o estudo cuidadoso dos documentos jurídicos mencionado, este artigo se valeu do método hipotético dedutivo dentro de três hipóteses: I) o Magistrado não pode decretar ou converter de ofício a prisão preventiva à luz do modelo acusatório consagrado pela Constituição Federal; II) A diferença entre “conversão” e “decretação” é de caráter meramente processual, não possuindo efeitos na esfera ontológica e III) A súmula 691 do Supremo Tribunal Federal obstrui o acesso à justiça penal pela Defesa, deixando à mercê da Corte a concessão ou não de ofício da ordem do *habeas corpus*.

1. O MODELO ACUSATÓRIO ÀS AVESAS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O sistema processual penal pode ser compreendido como aquele situado na dualidade sistemática “inquisitório *versus* acusatório”, surgindo respostas contemporâneas que guardam características mistas de ambos. Nesse contexto é que se critica a classificação doutrinária do processo penal brasileiro como “acusatório puro”. Isto porque: “o dito sistema misto [...] ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio. Por isto, formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva a noção referente ao seu princípio unificador” (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 18).

Esta mistura de estruturas processuais gera uma confusão entre sistema e princípios, criando gêneros desprovidos de uma organização lógica à

luz da filosofia Neokantiana. Em suma: “como sistemas históricos, atualmente os ordenamentos nacionais guardam, por contingências diversas, características de ambos os sistemas, ou seja, inexistem um sistema puro. Daí que se fala equivocadamente de sistemas mistos [...] falar de sistemas mistos não pode se dar na modalidade sistemática por ausência de um significante primeiro (ROSA, 2020, p.321).

Assim é que no processo penal brasileiro contemporâneo, com o marco do “pacote anticrime”, foi instituída a estrutura acusatória trazida pelo artigo 3º-A do CPP, uma vez foi restringido ao Magistrado seu protagonismo na manifestação probatória e atuações de ofício no curso das fases investigativas e instrutórias.

Em que pese este reconhecimento no direito processual penal brasileiro, a própria Lei, por ora, possui dispositivos permissivos que confrontam a dicção do artigo supramencionado, conferindo ao Juiz grande margem de atuação. Diante desta moldura é que não se pode permitir a compreensão do julgador enquanto “dono do processo”, mas mero garantidor de Direitos e Garantias Fundamentais, sob pena de inversão de funções das figuras processuais e consequente violação do sistema acusatório. Destarte,

A crença na regularidade dos atos do poder, sobretudo do poder punitivo (*potestas puniendi*), define postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise através da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional. O reflexo concreto é a violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas autoritárias (CARVALHO, 2013, p. 164).

Deve-se compreender como principal característica do sistema acusatório a figura imparcial do julgador, que só será alcançada através da mínima participação deste nos atos de persecução penal. Contudo, não basta a divisão ontológica entre atos de inquisição e instrução, é necessário que durante este percurso haja atuação da Defesa de modo direto, para além da “arte de falar para ninguém”, de modo que o Magistrado passe a agir somente mediante provocação das partes:

Quanto aos poderes de fundo propriamente jurisdicional, é uma questão de política legislativa concedê-los em maior ou menor quantidade e intensidade ao juiz; caracteriza-se o processo de ação (ou acusatório) pelo equilíbrio do poder do juiz com a necessidade de provocação das partes e acréscimo dos poderes destas. Nosso processo é do tipo do processo de ação, tanto em matéria civil como penal (CINTRA *et al.*, 2020, p. 165).

Em que pese o direito processual penal orbitar ao redor da figura imparcial do julgador, este princípio pode ser tido como mera ficção jurídica a partir do momento em que se considera o Juiz, Segundo Posner (2012) como ser humano dotado de “concepções políticas e ideológicas pessoais”, pois, embora não possua interesse direto no resultado da prolação da sentença, contém opiniões próprias que podem mascarar a argumentação jurídica. Daí decorre a necessidade de observância da Lei e das demais fontes formais e materiais do direito que forneçam ao Magistrado um maior parâmetro decisório em matéria penal como forma de efetivação do sistema acusatório.

Todavia, não basta que o juiz seja imparcial diante do contraditório limitado. Para construção e aplicação desse sistema processual, deve haver uma plena relação dialética entre as partes, de forma que as respostas recíprocas formarão o livre convencimento do Magistrado, não apenas na prolação da sentença, mas ao proferir quaisquer decisões no processo, sobretudo, como tratará o presente artigo, na aplicação da prisão preventiva como medida cautelar, o que não ocorre no direito brasileiro, garantindo a aplicação de um sistema acusatório às avessas.

2. PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O texto constitucional brasileiro prevê as medidas restritivas de liberdade como *ultima ratio*, de modo que o princípio da presunção da inocência deve prevalecer até a sentença condenatória transitar em julgado⁶³, sendo a prisão medida excepcionalíssima nos casos expressamente previstos nos Diplomas Legais.

63 Vide ADCs 43 e 44.

Feita esta primeira consideração, cumpre fazer um recorte temático acerca da prisão preventiva enquanto medida cautelar. Nesse cenário é que se faz necessária compreensão de que “a medida cautelar constitui um instrumento a serviço do processo, a prisão imposta sob este título somente pode ser legitimada por finalidades previstas em lei e que, ademais, estejam de acordo com os valores constitucionais e sejam congruentes [...] com o fim” (GOMES FILHO, 2011, p. 420).

Nesta análise de excepcionalidade é que se contrapõe o sistema acusatório aos requisitos legais exigidos à aplicação da prisão preventiva, tal como a indeterminação do conceito jurídico de “ordem pública” de que prevê a Lei.

Esta lacuna de conceitualizações acarreta na aplicação desenfreada de medidas cautelares amparadas pela ideia trazida “solução do perigo comum”, sobretudo a prisão preventiva. Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro vede a execução provisória da pena, conversão da prisão preventiva e a reanálise de ofício pelo juiz à luz do artigo 316 do Código de Processo Penal possui este caráter, ainda que indireto.

A prisão processual, quando fundamentada unicamente em conceitos indeterminados, demonstram resquícios do sistema inquisitório no processo penal brasileiro, de modo que a “cautelaridade” não recai sobre o réu, mas sobre a falsa ideia de que ao juiz incumbe a proteção social que evita “novas delinquências”, garante “a ordem pública”, bem como a “ausência de influência do réu na instrução processual”, aventando o sistema “acusatório às avessas” vigente no Brasil.

2.1. A PRISÃO PREVENTIVA “EX OFFICIO”: A FICÇÃO JURÍDICA DA DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE APLICAÇÃO E CONVERSÃO

A partir do advento da Constituição Garantista de 1988, o direito penal, tanto em âmbito material quanto processual sofreu relevantes mudanças paradigmáticas não só apenas nas diretrizes normativas, mas aos papéis das partes no processo penal. De acordo com esta nova mudança, houve uma interpretação reducionista do papel do Magistrado na participação da instrução probatória, conferindo à figura do Ministério Público o papel de parte acusadora.

Ainda que o *parquet* tenha ganhado maior força no processo, não há que se falar em “direito absoluto de acusar”, tendo necessariamente que observar as formalidades constitucionais e o garantismo penal, bem como prezar pela efetivação da ampla defesa e do contraditório.

A nova estrutura constitucional aventou importante avanço no direito jurisprudencial, sobretudo no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte Brasileira, de maneira expressa, estabilizou o sistema acusatório, sendo mencionado o “Magistrado de Garantias” como aquele que obedece a inércia da Magistratura em prol do melhor resultado do processo⁶⁴.

Dentro desse argumento é que o Supremo direciona a jurisprudência no sentido de que a restrição da liberdade como medida cautelar (prisão preventiva) deveria ser precedida da representação da autoridade competente, não sendo função do juiz decretá-la “*ex officio*”.

Com base na nova ordem constitucional é que inúmeras alterações legislativas adentraram ao ordenamento jurídico brasileiro, merecendo enfoque a Lei nº 12.403/2011, que expressamente do artigo 310, inciso III, do Código de Processo Penal, contra a tendência decisória, permitiu que a prisão preventiva fosse decretada de ofício pelo Juiz, desde que no curso da ação penal.

Diante disto, ao passo que o garantismo constitucional foi efetivado por algumas alterações legislativas, por outras, foi revivido o sistema inquisitório. Nesta esfera, recebendo o auto de prisão em flagrante, convencido de que presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, o julgador “converteria” a prisão flagrancial em preventiva.

Houve severa discussão da doutrina e da jurisprudência acerca da atuação de ofício pelo juiz no processo penal, pois ao passo que é freado pela inércia, a partir do impulso oficial, encontraria o Magistrado amparo para aplicação de medidas cautelares *ex officio*. Nesse sentido, à luz da subsidiariedade do Código de Processo Civil e o “poder geral de cautela”, estariam os julgadores devidamente autorizados à aplicação da prisão preventiva depois de iniciada a ação penal pública. A respeito disto:

64 Vide Agravo Regimental no Inquérito 2.913, Supremo Tribunal Federal.

No modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes [...] Parte o enfoque de que a melhor forma de averiguar a verdade e realizar-se a justiça é deixar a invocação jurisdicional e a coleta do material probatório àqueles perseguem interesses opostos e sustentem opiniões divergentes. Deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar sua imparcialidade. Com isso, também se manifesta respeito pela integridade do processado como cidadão (LOPES JR., 2019, p. 78).

Ocorre que, ainda que seja necessário aventar e frear a atuação do Juiz, imprescindível cuidadosa análise acerca da questão ontológica quanto à “decretação” e “conversão” da prisão preventiva. Sob a ótica do “ser”, pouco importa àquele ao qual a cautelar fora aplicada se a cumpre porque o juiz reconheceu de ofício ou se a parte acusadora juntou o pedido aos autos e o Magistrado meramente apreciou e acolheu. O resultado prático é o mesmo.

Por esta razão é que se deve interpretar o artigo 310 do Código de Processo Penal em harmonia sistêmica aos demais, em observância ao sistema acusatório assegurado pela Constituição Federal, uma vez que “não se interpreta o direito em tiras” (GRAU, 2006, p. 44).

Sob este viés prático se faz essencial o maior acesso à Justiça, tendo a Defesa embasamento constitucional para impugnar a medida cautelar, sobretudo quando reconhecida de ofício, o que, embora não gere diferenças práticas relevantes ao acusado, apresenta incompatibilidade com o sistema processual penal brasileiro. À luz desta consideração é que se critica o conteúdo da súmula vinculante 691 do Supremo Tribunal Federal a qual, conforme será discutida no item subsequente, apresenta óbices ao acesso à justiça, limitando os direitos do acusado e os condicionando à vontade do juiz.

2.2. HABEAS CORPUS 86.864 E OS REFLEXOS NA PRISÃO PREVENTIVA

O Supremo Tribunal Federal, na condição de legislador negativo e guardião da Constituição Federal, ao passo que preza pelo garantismo, apresenta, por intermédio do direito sumulado, retrocessos, sobretudo na

esfera processual penal. Nesse sentido é o teor da Súmula 691: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”.

A primeira relevante discussão acerca deste dispositivo sumulado se deu no cenário do *habeas corpus* 86.864, em que o Supremo afastou a aplicação desta súmula concedendo liminar à liberação de Flávio Maluf no processo em que Paulo Maluf figurou como corréu. Não bastasse a concessão da liminar, o STF estendeu os efeitos da superação momentânea da súmula ao também acusado.

O relator do referido *habeas corpus* foi o Ex-Ministro do Supremo, Calos Velloso, cuja fundamentação se pautou no fato de que a prisão foi manifestamente ilegal, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido é que expôs:

“[...] A súmula 691 admite, entretanto, abrandamento, ao que entendendo: diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a Corte Suprema, guardiã-maior da Constituição, guardiã maior, portanto, dos direitos e garantias constitucionais, fechar os olhos e quedar-se inerte” (BRASIL, 2005).

Não obstante a divergência dos Ministros quanto à ampliação da súmula. O Ministro Joaquim Barbosa alega que no caso supramencionado, não havia “expressa” ou “exuberante” ilegalidade com condão para “suprimir instância” e justificar análise pelo STF de competência que deveria recair sobre o Tribunal Regional Federal.

O Ministro Sepúlveda Pertence se manifesta no sentido de que a súmula 691, por bem deve ser cancelada, conforme por ele exposto no voto do Habeas Corpus 85.185 tendo por base a “inversão” da ordem processual, uma vez que, de qualquer forma deverão “analisar a ilegalidade” e depois “conhecer ou não do *habeas corpus*”, não gerando diferenças efetivamente práticas ao Tribunal.

Contudo, demasiada discussão ainda perdura em relação a referida súmula, que, por sua vez, continua em vigor e gerando reflexos na decretação e demora da revisão (e possível revogação) da prisão preventiva pelas Cortes brasileiras, conforme se pretende discutir no próximo tópico.

3. HABEAS CORPUS 193.053 E O ATUAL CENÁRIO DA SÚMULA 691

As problemáticas da súmula 691 retornaram no contexto de pandemia e consequente suspensão da realização das audiências de custódia (cuja análise cautelosa não comporta no presente artigo), quando o Ministro Edson Fachin concedeu, *ex officio*, o *habeas corpus* a um paciente cuja prisão preventiva foi decretada de “ofício” pelo juízo da Vara de Inquiridos de Belo Horizonte.

A Meritíssima Juíza de plantão homologou a prisão em flagrante e fundamentou a conversão de ofício em preventiva com fulcro na “urgência de apreciação do auto de prisão em flagrante” no perigo abstrato pautado no preceito secundário do crime de furto qualificado (que se aprecia nos autos principais), cuja pena máxima atinge oito anos de reclusão; bem como a necessidade de se apreciar as medidas previstas pelo artigo 310 do CPP, independente de requerimento prévio.

Foi feito o pedido de relaxamento da prisão, o qual foi indeferido, sob a égide de que estariam presentes os requisitos autorizadores da decretação da preventiva conforme os artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal. O juiz da instrução ainda fundamenta que o que é vedado pelo artigo 311 do CPP é a mera “decretação *ex officio*” da preventiva no âmbito inquisitório ou no curso da ação penal, sendo permitido, contudo, no momento da homologação do flagrante. No mesmo raciocínio seguiu a decisão do Tribunal de origem.

A fundamentação é destoante, no entanto, daquilo que diz à lei, porque:

“A conversão da prisão em flagrante em preventiva (ou temporária) por ocasião de sua convalidação judicial: desde o advento da Lei nº 12.403/11, quando o CPP passou a vedar expressamente a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz durante a fase investigatória – redação originária dos arts. 282, § 2º e 311 –, a doutrina já questionava a possibilidade de a conversão do flagrante em preventiva (CPP, art. 310, II) ocorrer sem que o magistrado tivesse sido provocado nesse sentido. Destoa, de fato, das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício na fase investi-

gatória que possa caracterizar uma colaboração à acusação. O que se reserva ao magistrado, na fase investigatória, é atuar somente quando for provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada e a intimidade, assim como a liberdade de locomoção” (LIMA, 2020. P. 270).

Nesse cenário, a Defesa do acusado impetrou o Remédio Constitucional com pedido de liminar ante o Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, entendeu pela possibilidade da decretação da prisão preventiva pelo juiz, com fulcro no artigo 310 do Código de Processo Penal, desde que a prisão fosse necessária à garantia da ordem pública, para a conveniência da instrução processual ou assegurar aplicação da lei penal.

Em um primeiro momento, cumpre ressaltar que o Ministro Fachin afasta a decisão do Superior Tribunal de Justiça sob o argumento de que o Magistrado, à luz do sistema acusatório, agora devidamente positivado na Lei Anticrime, está expressamente vedado de converter a prisão preventiva de ofício.

O Ministro relator parte da premissa de que a Lei nº 13.964/19, na nova redação do artigo 311 do CPP, afasta, taxativamente a decretação da prisão preventiva pelo juiz sem prévia representação do Órgão Ministerial da Autoridade de Polícia. Menciona, ainda, a dicção do artigo 282 e seus parágrafos do mesmo Diploma Legal, que veda a cumulação ou imposição de medidas cautelares pessoais diversas ou não da prisão de ofício pelo Juiz, ainda que em caso de descumprimento de cautelar imposta anteriormente.

Contudo, ainda diante de explícita ilegalidade da referida prisão, o Ministro não conhece do *habeas corpus* embasado pelo conteúdo da súmula 691 da Corte. A fim de garantir a efetividade e estabilização do precedente firmado, o Ministro Edson Fachin ressalta que a previsão do *habeas corpus*, ainda que expresso na Carta Magna, não está contornado por suposta antinomia real quanto à restrição de competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ato imputado por outro Tribunal Superior:

Assim, a pretexto de dar efetividade ao que se contém no inciso LXVIII do artigo 5º da mesma Carta, ter-se-ia, ao fim e ao cabo, o descumprimento do que previsto no artigo 102, I, i, da Constituição como regra de competência, estabelecendo antinomia entre

normas constitucionais [...] Nessa perspectiva, tem-se reconhecido o descabimento de *habeas corpus* dirigido ao combate de decisão monocrática de indeferimento de liminar proferida no âmbito do STJ. Tal entendimento pode ser extraído a partir da leitura da Súmula 691/STF (BRASIL, 2020).

Nesta primeira fundamentação do Ministro, pode-se compreender que a Corte estaria por toda incompetente ao conhecimento e julgamento do *habeas corpus* impetrado pela Defesa. Todavia, o Relator abre nova tese argumentativa abordando a hipótese de excepcionalidade de concessão da ordem do Remédio Constitucional de ofício, quando se estiver diante de “flagrante constrangimento ilegal”.

Aventa que a flagrante ilegalidade “deve ser cognoscível”, sem necessidade de produção ou dilação probatória, não podendo ser unicamente fundamentada na “ilegalidade do flagrante”, cuja análise demanda conhecimento do que se discute nos autos.

Novamente se está diante de conceito jurídico indeterminado. O Ministro faz importantes considerações garantistas ao processo penal, condicionando, contudo, o acesso ao Supremo Tribunal Federal à margem hermenêutica da Turma para o qual o *habeas corpus* será distribuído.

Diante disto, enfatiza-se a demora na revogação da prisão preventiva, sendo que o pedido defensivo foi reiteradas vezes indeferido em razão do conteúdo da súmula 691, do STF. Ocorre que, ao passo que o direito penal tutela os bens jurídicos da sociedade, não pode deixar de entrar em consonância com os direitos e garantias fundamentais do acusado, razão pela qual o direito sumulado não pode ser usado como óbice à concretização da Carta Magna, sobretudo diante de tamanho subjetivismo jurídico.

CONCLUSÃO

Permite-se concluir em um primeiro momento que o Juiz está vinculado ao pedido do Órgão Ministerial ou à representação da Autoridade de Polícia à decretação da prisão preventiva. Não se trata de mera formalidade processual, pois, em que pese não haver, para o réu, diferença ontológica entre “conversão” e “decretação”, estas atividades, quando feitas

de ofício pelo julgador, geram incompatibilidade sistêmica com o modelo acusatório processual.

Deste modo, ainda que não houvesse, antes do pacote anticrime de 2019 meios positivos concretos que consagrassem o sistema para além das regras principiológicas do Direito Constitucional, a visão garantista de processo trouxe reflexos na jurisprudência, que, por ora, limitou a atividade do juiz de ofício, mitigando o princípio do impulso oficial.

Ocorre que a instabilidade do direito criado pelos Tribunais não possui condão por si só para garantir efetividade sistêmica, de modo que a positivação do modelo acusatório pelo artigo 3º-A da Lei nº 13.964/19 deveria ter trazido maior segurança jurídica, sobretudo no que diz respeito à aplicação das medidas cautelares de ofício pelos juízes.

No entanto, em que pese esta limitação legal, parte do Poder Judiciário continua reconhecendo a própria competência à aplicação dos institutos supramencionados. Um problema maior ainda surge quando as Cortes Superiores, embasadas pelo próprio direito sumulado, criam óbices ao acesso à justiça pelo acusado.

Nesse sentido, diante da discussão desenvolvida, preza-se pela necessidade de cancelamento da súmula 691, bem como criação de precedentes limitantes à realização de condutas de ofício pelo Magistrado que vinculem não apenas as Cortes Superiores, mas o Poder Judiciário como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 193.053. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 21 de dezembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 86.864**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 20 de outubro de 2005.

CARVALHO. Salo de. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 36 ed., São Paulo: Malheiros, 2020.

- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais: comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011**, In FERNANDES OG (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei nº 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação: Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**- 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Crítica À Teoria Geral Do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: renovar, 2001.
- POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ROSA. Alexandre de Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Ematis. 2020.

SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: A REFORMA CONSTITUCIONAL ESQUECIDA

*Laurinaldo Félix Nascimento*⁶⁵

INTRODUÇÃO

Este artigo analisa o direito social à segurança pública definido no art 6º da Constituição Federal e sendo conceituado no art. 144, como um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

A segurança é um dos pressupostos do convívio em sociedade, a segurança foi uma das matrizes iniciais do modelo de estado hobbesiano, quando o ser humano percebeu que viver em sociedade permite melhores condições de sobrevivência que a vida isolada. Os Estados foram idealizados com a premissa de oferecer segurança individual e coletiva aos seus cidadãos.

Há uma necessidade no campo constitucional de reforma das Instituições da Segurança Pública, nos modelos de polícias e nas políticas públicas de defesa social, mais afetas à defesa do Estado, do que à proteção da sociedade.

A promessa de defesa dos cidadãos, são o corolário dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, quais sejam: construir uma sociedade

65 Aluno do Doutorado em Educação pela Uninter/PR. Mestre em Administração Pública pela FGV/RJ. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio/PE.

livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, são nesses pilares, no qual estão fixados o Estado Democrático de Direito.

O desenvolvimento do artigo tem uma proposta exploratória e descritiva dos modelos das polícias outros países com a brasileira, e os aspectos constitucionais da segurança no Brasil será fonte de estudos por parte deste artigo e de sua conseqüente pesquisa epistemológica.

Consta informar que a metodologia utilizada no presente artigo é a pesquisa do tipo teórica, utilizando-se como norte o método dedutivo, sobretudo, o referencial teórico terá como base justamente a pesquisa bibliográfica em livros, periódicos e na legislação vigente. Quanto aos procedimentos, a pesquisa histórico-bibliográfica terá relevância, considerando a preparação de conteúdo a respeito da ação das policiais militares, das políticas públicas de segurança e da criminalidade.

A reforma da segurança pública no tocante a configuração das polícias, das rotinas dos procedimentos de polícia administrativa-judiciária e do tratamento das políticas públicas é adequado para os conflitos de interesse necessita ser objeto de ponderação, torna-se, enfim, o objetivo central da presente contribuição.

1. A DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

O constituinte originário alocou os órgãos da segurança pública no Título V – da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, estabelecendo todo sistema de proteção social vinculado a segurança pública, no art. 144 da Constituição Federal, na esteira de medidas de exceção e instituições de excepcional aplicabilidade constitucional e das Forças Armadas.

O desenho constitucional dado a proteção da sociedade, em específico à segurança pública, ficou claramente vinculado a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, ligando na linguagem constitucional a institutos como o estado de defesa, o estado de sítio, de clara exceção dos direitos e liberdades individuais e na atuação da Forças Armadas institui-

ções voltadas à “defesa da Pátria”, expressão, *latu sensu*, claramente ligada a situação de guerra externa e defesa da soberania do território e do povo.

A Constituição Federal no Capítulo Primeiro, entre os artigos 136 a 141 a aplicação de duas medidas excepcionais para restauração da ordem em momentos de anormalidade – Estado de defesa e Estado de sítio, possibilitando inclusive a suspensão de determinadas garantias constitucionais.

Começando pelo art. 136, há a previsão da primeira medida de excepcionalidade, cumpridos os requisitos, decreta-se o estado de defesa, conforme explica de André Tavares:

O estado de defesa pode ser decretado nas seguintes situações: 1ª) instabilidade institucional; 2ª) calamidades de grandes proporções na natureza. Isso desde que tenham impacto na ordem pública ou paz social. Só se admite o estado de defesa quando a instabilidade ou calamidade puderem ser individualizadas em locais restritos e determinados (TAVARES, 2012, p. 1193).

O art. 137 da Constituição Federal prevê outra medida de exceção, o Estado de sítio que “corresponde à suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o Estado de defesa” (MORAES, 2017, p. 591).

Na esteira das instituições da defesa do Estado e das Instituições Democráticas, estão também definidas no Capítulo Segundo, entre os artigos 142 e 143, as Forças Armadas, três instituições com competências definidas no art. 142 da Constituição Federal, quais sejam:

- a) Destinam-se à defesa da Pátria – A "defesa do país contra o inimigo externo", invasões ou guerras, cabe às Forças Armadas, à Marinha, ao Exército, à Aeronáutica (CRETILLA, 1985, p.18), esta competência é de preservação da soberania, defesa do povo e do território e de instituições frente a ameaças estrangeiras.
- b) À garantia dos poderes constitucionais – é uma competência de fazer cumprir as leis e comandos constitucionais quando por solicitação de qualquer um dos poderes da República.
- c) Por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem – A "garantia da lei e da ordem" foi regulamentada pela Lei Complemen-

tar 97/1999. A garantia da Lei e da Ordem (GLO), refere-se ao emprego das Forças Armadas em situações de segurança pública, quando solicitadas pelos governos locais, em razão dos órgãos de segurança não estiverem em condições de atender momentaneamente a segurança e a defesa social, essas operações em geral são por prazos e tempo limitados até o reestabelecimento da situação de normalidade.

Por fim, chega-se ao Capítulo Terceiro da Segurança Pública, sendo listados no art. 144 da Constituição Federal, todos os órgãos que compõem a segurança pública.

Esta classificação foi adotada pela Constituição Federal de 1988, segundo Alexandre Moraes (2017, p. 596) ao prever “que a segurança pública, seria um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiros”

A Emenda Constitucional nº 104 de dezembro de 2019, acresceu ao rol de órgãos de segurança, as polícias penais federal, estaduais e distrital, essas polícias foram originadas dos antigos agentes penitenciários, cabendo a segurança dos estabelecimentos penais.

Conforme leciona Alexandre de Moraes (2017, p. 597) “a multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna”. Ao que parece a intervenção político-administrativa permanece.

2. O SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

A atividade policial teve seus primeiros ordenamentos sendo Di Pietro (2018, p.193) “na Idade Média, mais precisamente no período feudal, o príncipe era detentor de um poder conhecido como *jus politiae* e que designava tudo que considerava conveniente para a boa ordem da sociedade civil sob a autoridade do Estado”.

É de comum o entendimento a origem do vocábulo polícia, forma latinizada do grego *politéia*, que também origina a palavra política, ambas

com a origem na palavra grega *polis* que significa cidade conforme Beznos (1979, p.1), “encarregados de observar a ordem pública, a moralidade, a salubridade, os abastecimentos”, remetendo aos “nossos guardiões” de que fala Platão (2000, p.114), em *A República*, encarregados de respeitar essa regulamentação “se for preciso, pela força física” (MONET, 2002, p. 20).

A segurança pública é missão constitucional, em regra, dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal de 1988, todos os órgãos compõem o dever do Estado, acrescentando “direito e responsabilidade de todos”.

Por “dever do Estado”, transparece o direito à segurança pública, a defesa pessoal e patrimonial, o direito a cidadania e aos direitos humanos. Contudo a “responsabilidade de todos” é um conceito aberto que conduz a uma responsabilidade subjetiva. No entanto, a responsabilidade é um conceito aberto que conclama à participação da sociedade, a participação popular em fazer parte da segurança, de suas políticas e opinar sobre seus caminhos e decisões.

Dentre os principais órgãos que compõem o sistema nacional segurança pública descritos no art. 144 da Constituição, estão no inciso V, as polícias, essas constituem o principal sistema de segurança pública, sem detrimentos das outras polícias.

Desde o século XIX, nossas polícias são organizadas de maneira dualista ou dicotômica. Explicam Natália de Oliveira Fontoura et al. (2009, p. 137), que “as forças policiais militarizadas, encarregadas de manter a ordem pública, foram criadas ainda durante o Império e, após a promulgação da República, foram denominadas forças públicas em muitos estados”.

2.1. A POLÍCIA OSTENSIVA E O PODER DE POLÍCIA

As polícias militares por estarem diretamente relacionadas com a segurança pública ostensiva propriamente dita, conforme o § 5º do mesmo artigo a “*polícia ostensiva e a preservação da ordem pública*”, desse modo lhes cabem o maior papel no enfretamento diário da violência e criminalidade e no relacionamento direto com o cidadão.

Ressalta-se, todavia, que, para conseguir resultados satisfatórios quanto a segurança pública são necessárias medidas que extrapolam aquelas de natureza meramente policiais. As medidas repressivas, tais quais as medidas ostensivas correspondem a fatores importantes para a inibição da

criminalidade, contudo, as polícias miliares não atacam as causas que originariam o crime, hoje tão somente se limitam as consequências.

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Pelo conceito moderno adotado no direito brasileiro, Di Pietro (2018, p. 194), “o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

Embora este poder de polícia, não esteja relacionado, exclusivamente, a polícia militar, pode ser exercido por diversos órgãos da estrutura de governo, fiscalizando a ação dos cidadãos, limitando as suas ações, sendo clássica a definição de polícia administrativa, como conceituado no Art. 78 do Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (BRASIL, 1968, Art. 78)

O poder de polícia é ligado a função de polícia administrativa. Moraes (2017, p. 596) explica que “a polícia administrativa é também chamada de polícia preventiva, e sua função consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade”

A atividade de polícia administrativa foi separada na função de polícia ostensiva, nos ensinamentos de Álvaro Lazzarini traz a conceituação:

A polícia ostensiva, afirmei, é uma expressão nova, não só no texto constitucional, como na nomenclatura da especialidade. Foi adotada por dois motivos: o primeiro, já aludido, de estabelecer a exclusividade constitucional, e o segundo para marcar a expansão da competência policial dos policiais militares, além do ‘policiamen- to’ ostensivo. Para bem entender esse segundo aspecto, é mister

ter presente que o policiamento é apenas uma fase da atividade de polícia. (LAZZARINI 1999, p. 103).

Assim a atividade de polícia ostensiva exercida pelas polícias militares é ampla e envolve atividades de repressão, prevenção, fiscalização, polícia administrativa e ostensiva.

2.2 A PRESERVAÇÃO ORDEM PÚBLICA

Sobre o conceito de ordem pública, o Decreto n. 88.777, de 30 de setembro de 1983, o qual aprova o regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), menciona em seu texto alguns conceitos, dentre eles o de ordem pública:

[...] 21) Ordem Pública – Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum. (BRASIL, 1983, Art. 2º).

Explicam Natália de Oliveira Fontoura et al.:

De fato, em 1946, sua função aparecia como “segurança interna e manutenção da ordem; em 1967, esta ordem é invertida manutenção da ordem e segurança interna e, em 1969, a função das PMs passa a ser a manutenção da ordem pública, em 1988 passar a ser “preservação da ordem pública. (FONTOURA et al., 2009, p. 138).

A Defesa Social, que foi a evolução da expressão segurança pública, constituindo-se como duas ações: a de Defesa Instrumental, cujo foco passou a ser de proteção e prevenção e a de Defesa Social, propriamente dita, cujo foco são os direitos humanos da população em face da criminalidade e do próprio Estado.

Preservação da ordem pública, Moreira Neto (2014, p. 515) assim conceitua: “considerada em seu sentido pleno, é uma situação de harmonia desejável e necessária à vida das sociedades, sendo, por isso, obje-

to do Direito que, para garanti-la, institui a sua correspondente ordem jurídica”.

O jus-filósofo Ronald Dworkin (2002) questiona o Estado por ser o titular da ordem pública, quando não permite que o indivíduo seja dotado de total liberdade de expressão, aumentando os direitos individuais do cidadão para além daquelas que a lei outorga,

[...] discute-se muito sem dúvida, sobre que direitos os cidadãos *particulares* possuem. Será que o amplamente admitido direito à liberdade de expressão inclui, por exemplo, o direito de participar de manifestações que perturbam a ordem pública? Na prática, o governo terá a última palavra sobre quais os direitos individuais, porque sua polícia fará o que suas autoridades e seus tribunais ordenarem. Mas isso não significa que do ponto de vista governamental seja necessariamente correto (DWORKIN, 2002, p. 284).

Assim, todos deveriam estar cientes e participar da ordem pública, como sendo um retrato do conjunto da sociedade, conforme explica Nazareno Marcineiro (2009, p. 77) “É algo construído por toda a sociedade, em que os agentes públicos de segurança participam do processo, valendo-se para isso de conhecimento técnico-profissional e das informações do ambiente onde se encontram inseridos”. No entanto, ficaram muito abertas as competências das polícias militares, “a atitude do constituinte de conferir à polícia militar a preservação da ordem pública, deu a instituição uma amplitude significativa em sua incumbência, de segurança interna e manutenção da ordem pública” (HIPÓLITO; TASCA, 2012, p. 86).

A preservação ordem pública é outra conceituação aberta das atividades das polícias militares. Ordem pública é qualquer fato de fuja da normalidade, da situação de controle social de determinada sociedade. Não raro, policiais militares atuam em situações de atendimento a parturientes, socorros em acidentes e agora no novo contexto das normas sanitárias de combate a pandemia da Covid-19, as polícias militares estão sendo instadas a atuar na fiscalização administrativa de locais de abertura proibidas, aglomerações públicas, e outras medidas de controle sanitário.

Assim tudo que fugir na normalidade, pode ser alvo de atuação de preservação da ordem pública, este é o chamado caráter residual das competências das polícias militares.

2.3. AS FUNÇÕES DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

As polícias militares que executam as funções de polícia administrativa, em diferença a polícia federal e as policiais civis, que exercem as funções de polícias judiciárias, sendo a primeira polícia judiciária da União e as polícias civis, estas são incumbidas da função de polícias judiciárias dos Estados da Federação. A atividade de polícia judiciária é aquela na qual a policiais federal e civis atuam na repressão ao crime, quando o ilícito penal é praticado. Possui uma parte inquisitiva na feitura do inquérito policial e outra parte investigativa na produção de provas e diligências.

A atividade de polícia judiciária, hoje tem muita autonomia na sua realização, no plano da União, a polícia federal, possui muito menor ligação com o Poder Executivo, apesar de sua vinculação funcional, sendo fiscalizada diretamente com ministério público da União e com tratamento e diálogo também com a Justiça Federal.

Jorge Zaverucha (2005, p. 75) explica esta construção, “a Constituição Federal de 1988 nada fez para devolver à Polícia Civil algumas de suas atribuições existentes antes do início do regime militar, o que contribuiu para que hoje esteja consolidada a militarização da área civil de segurança”.

Na questão das polícias militares ou polícias administrativas, estas continuaram a atuar na forma mais repressiva, segundo Mascaro (2016, p. 488), “o aparelho repressivo de Estado é a própria função clássica identificada no exército, nas policias, na violência monopolizada, na autoridade e hierarquia formais. Trata-se da instancia dos aparelhos ideológicos de Estado”.

A concepção de que polícia militar é *força auxiliar e reserva*, continuou por reproduzir o modelo de “gestão militar e de combate ao inimigo”, se não há guerra externa, as polícias militares atuam na “guerra interna”, mimetizando todo aparato de defesa interna e territorial e não de defesa social, produzindo um inimigo imaginário: o cidadão infrator legal.

As polícias militares no Brasil possuem um histórico de ações voltadas para um sistema de muito mais de repressão do que de prevenção da violência, sendo preponderantemente vistas como órgãos de Estado e não um instrumento de promoção de cidadania, da igualdade e dos direitos humanos.

2.4. A SEGURANÇA PÚBLICA E SUA ALOCAÇÃO NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Como já foi explicado o constituinte originário alocou os órgãos da segurança pública no Título V – da defesa do Estado e das Instituições Democráticas, estabelecendo todo sistema de proteção social vinculado a segurança pública, juntamente com medidas de excepcional.

No capítulo imediatamente anterior, se encontra no texto magno o CAPÍTULO IV -DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA, neles estão inclusos o ministério público, a advocacia pública, a advocacia e a defensoria pública, instituições muito ligadas à proteção legal e a defesa dos direitos e garantias individuais.

O constituinte originário optou, talvez, por temer interpretações relacionadas a palavra “funções essenciais à justiça”, embora nenhuma das Instituições descritas no capítulo seja subordinada ao Poder Judiciário, vinculando à segurança pública a Defesa do Estado e subordinando as policiais militares as Forças Armadas, como forças auxiliares e reserva.

Nada obstaría que o sistema de segurança pública, viesse a ter sido constitucionalizado neste capítulo IV, contudo, verifica-se a cultura do constituinte de 1988, um certo movimento de promover alterações nas policiais militar e civil, principalmente nas polícias-militares, já muito desgastadas no período da ditadura militar (1964-1985), quando eram esperadas a possível desmilitarização, modificações estruturais mas não houve ao longo dos anos de constituição, o enfrentamento político da questão.

O constituinte originário, deixou para as futuras legislaturas e para os governos subsequentes a possibilidade de extinção das polícias militar e civil, quando no texto constitucional, não atribuiu a expressão “*instituída por lei como órgão permanente*”, as polícias militar e polícia civil, para que num futuro próximo, saindo do regime totalitário que vivia o Estado brasileiro,

os políticos, a sociedade e os acadêmicos, promovessem às reformas necessárias, com a extinção, desmilitarização e unificação, quem sabe até a municipalização ou nacionalização das policiais estaduais..

A prevenção, que é a característica de polícia administrativa, fardada e ostensiva, na maioria nas vezes, forjou o lado repressivo, provocando nesses trinta anos de Constituição Cidadã: a falta de credibilidade da segurança pública, a violência policial e o desrespeito aos direitos humanos. Nada avançou nesses trinta anos.

3. NECESSIDADE DE REFORMA NA SEGURANÇA PÚBLICA E AS SUAS DISFUNÇÕES

Reformar o Sistema de Segurança Pública no Brasil, para o país se orientar nas políticas públicas de segurança executadas pelas polícias militares à luz da constituição, da gestão criminal e da legislação infraconstitucional para o enfrentamento dos crimes.

As questões da segurança pública, precisam caminhar para além caverna na alegoria de Platão (2000, p. 301), vive-se “pela passagem da luz à escuridão”, observando a segurança pública como das sombras no fundo da caverna, embora já saímos da caverna e voltamos, mas a atitude e realidade continua a mesma.

O professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Oscar Vilhena Vieira (2014), apontou a segurança pública como uma das três áreas essenciais que nenhum governo foi capaz de reformar:

O primeiro deles é o sistema de segurança pública. Em 1988 a decisão foi pela manutenção do modelo concebido durante o regime militar, onde a segurança pública é basicamente responsabilidade dos Estados, que obrigatoriamente deverão enfrentá-la por intermédio de duas polícias, uma civil e uma militar. Nesses 25 anos, o aumento da criminalidade foi crescente no Brasil, com importantes exceções, por uma série de razões: seja porque o país passou por um processo de ampla migração do meio rural para o urbano, seja porque houve desindustrialização em muitas das grandes cidades e o contexto da periferia dessas cidades se tornou mais violento, seja porque o padrão e consumo de drogas au-

mentou. Esse modelo de polícia bipartida, em que uma compete com a outra, não tem se demonstrado minimamente suficiente para enfrentar a dimensão assumida pela criminalidade em nossos dias. Isso pode ser mensurado de diversas maneiras, seja pelo número de 56 mil mortes por homicídio no ano passado, seja pelo fato de o Brasil ter passado da condição de um mero corredor de drogas para um país que está em segundo lugar no índice de consumo de cocaína. Estou falando apenas de dois indicadores, mas poderia citar outros. O regime democrático e o modelo institucional criado em 1988 em nada contribuiu para a redução da criminalidade. As polícias são claramente antiquadas, a formação desses policiais é inadequada para o combate à criminalidade nos dias de hoje, as polícias são muito pouco republicanas, não têm a confiança da população e isso gera um círculo vicioso: a população não confia na polícia, a polícia não tem apoio e informações da população, não consegue prover serviços a contento e as pessoas começam a fazer justiça com as próprias mãos, o que aumenta a violência e ela se retroalimenta. Sem dúvida nenhuma nós precisamos fazer uma reforma e talvez criar uma nova polícia (VIEIRA, 2014).

A segurança pública em nada foi modificada nos últimos trinta anos, embora muito debata sobre em violência e criminalidade: homicídios, redução de danos nas drogas, violência doméstica e feminicídio, violência carcerária e desrespeito aos direitos humanos. Nada se comenta na reforma do sistema policial. A reforma foi esquecida.

4. AS DISFUNÇÕES NO SISTEMA DE DEFESA SOCIAL

Observa-se, para efeito de problema de pesquisa, três disfunções: constitucionais (no sentido da vinculação ao centro do poder); orgânicas (na questão da dicotomia e repartição de funções que poderia ser exercido por uma só polícia) e; funcionais (na questão do domínio das políticas públicas e orçamentos estarem vinculados ao poder central e não ao estado que executam as políticas), no modelo de segurança pública adotado no Brasil.

4.1. AS POLÍCIAS MILITARES COMO INSTITUIÇÕES LIGADA AOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO, CAUSAM DISFUNÇÕES NA GESTÃO PÚBLICA, PELA EXCLUSÃO DOS MUNICÍPIOS E DA UNIÃO NA RESPONSABILIZAÇÃO DIRETA DA SEGURANÇA PÚBLICA

Na primeira disfunção constitucional, relativo ao centro do poder sobre as polícias militares, aponta-se que na maioria dos países ocidentais às polícias ostensivas são nacionalizadas ou municipais, em alguns contextos podem ser metropolitanas. O modelo de polícia militar estadual brasileiro exclui a União e os Municípios da gestão e controle das políticas públicas de segurança, muito embora a Força Nacional em nível federal tente fazer um papel complementar em operações de garantia da lei e da ordem (GLO), é formada por policiais militares dos Estado e em nível municipal às guardas municipais, descritas no mesmo artigo 144 § 8º da Constituição, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, ainda não encontrou a adesão em nível local.

Embora no mundo, conforme a extensão territorial e aspectos da formação do Estado, exista uma diversidade dos sistemas das polícias. No Japão existe apenas uma polícia desmilitarizada e no sistema de polícia comunitária (sistema Koban). Nos Estados Unidos o sistema policial é municipalizado e desmilitarizado, mas existem as polícias estaduais e de condados. Na Espanha a polícia é militarizada, contudo chama-se *Guardia Civil*. “Só que civil neste caso não é o contrário de militar, mas sim originário de “civitas”, ou seja, uma guarda que proteja o cidadão” (ZAVERUCHA, 2005, p. 76).

Atualmente, na França, subsistem duas corporações policiais herdeiras do sistema napoleônico: a Gendarmerie Nationale (Gendarmaria Nacional), militar; e a Polícia Nacional, civil, definida como uma força instituída para garantir a República, a preservação da ordem e o cumprimento das leis. Esse modelo de polícia francesa propagou-se por todo o mundo no final do século XVIII, servindo de inspiração para as mais modernas gendarmarias, dentre as quais é possível citar a Arma dei Carabinieri d'Itália (militar), Guarda de Finanças (militar) e Polícia judiciária (civil), os Carabineros de Chile (militar) e Polícia Judiciária (civil) e a Gendarmeria

Nacional Argentina(militar), a polícia federal (civil) e a Polícia da Província (civil).

Em Portugal, existe a Guarda Nacional Republicana (militar), a Polícia de Segurança Pública (civil) e a Polícia Judiciária (civil), na Espanha além da Guarda Civil (militar) existe o Corpo Nacional de Polícia (civil). Com efeito, os Estados da Federação lidam com os efetivos das polícias militares e civis, convocação, treinamento, carreira e aposentação.

A segurança é um segmento que envolve muitos custos e altos investimentos em pessoal, material (viaturas, coletes, armamentos, equipamentos não letais etc), muitos Estados não tem estrutura para suportar todo aparato da segurança e recorrem a União ou simplesmente, relevam a segurança pública a um nível de falta de investimento o que não raro dos anos 90 até 2016, eclodiram movimentos grevistas nas corporações militares por todo país, fato constitucionalmente proibido expressamente que os policiais militares, bombeiros militares e militares das Forças Armadas façam greve, conforme o art. 142, 3º, IV c/c art. 42, § 1º da CF/88.

4.2. O MODELO DICOTÔMICO DE DUAS POLÍCIAS: UMA POLÍCIA MILITAR E UMA POLÍCIA CIVIL E O CICLO COMPLETO DE POLÍCIA.

Na disfunção orgânica, onde há a problemática de duas polícias fazerem metade do trabalho, não cumprindo com o chamado: ciclo completo de polícia.

O ciclo completo de polícia deve ser compreendido como a atribuição das atividades de patrulhamento ostensivo e de investigação criminal a uma mesma organização policial, evitando o duplo e burocrático processo de execução criminal.

Luís Flávio Saporì (2016) explica a questão da dicotomia entre as polícias:

Em outras palavras, a mesma polícia tem um segmento fardado que realiza o patrulhamento ostensivo nas ruas e outro segmento constituído de investigadores incumbidos de coletar evidências de materialidade e autoria dos crimes eventualmente registrados. No caso da sociedade brasileira, essa atribuição investigativa corres-

ponde à elaboração do inquérito policial. E ambos os segmentos, geralmente, ficam lotados na mesma unidade policial (SAPORI, 2016, p. 52).

Todas as polícias do mundo quaisquer que sejam o modelo executam o ciclo completo. Há apenas dois países no mundo onde o ciclo completo não é adotado: Brasil e Guiné Bissal.

Em 1995, a lei dos juizados especiais cíveis e criminais, Lei nº 9.099/95, possibilitou que crimes de menor potencial ofensivo, pudessem ser processados diretamente pelas polícias miliares, conforme a redação contida no art. 69:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários (BRASIL, 1995, Art. 69).

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, contudo ao passo de vinte e cinco anos da lei ainda estão as polícias miliar e civil a lutar por espaço de quem será o executor do chamado Termo Circunstanciado (TC).

Uma contenda foi gerada pela interpretação jurisprudencial e doutrinária do art. 69 da Lei nº 9.099/95, que passa pelo conceito de “autoridade policial”, onde os delegados de polícia civil requeriam ser os únicos servidores públicos a ter essa distinção legal, contudo, policiais militares, os policiais rodoviários federais e, até recentemente as guardas municipais, que também reivindicam ser alcançadas pelo conceito de autoridade policial para lavratura e encaminhamento do TCO à justiça, poder ser denominadas de “autoridades policiais”.

O STF (2017), acabou com a questão da autoridade policial, conforme Decisão Monocrática do Ministro Gilmar Mendes, afirmou que o termo “Autoridade Policial mencionado pelo art. 69 da Lei nº 9.099/95 não se restringe à polícia judiciária, mas aos órgãos em geral de Segurança Pública, já que o Termo de Ocorrência Circunstanciado não possui caráter investigatório”.

Assim a legitimidade para elaboração do TCO é outra fonte de disputa entre as polícias militares e civil, e até pela polícia rodoviária federal, gerando ações de abuso de autoridade e usurpação de função por parte da polícia civil e suas representações de classe.

Na lição de Luiz Ribeiro (2016) observa-se os problemas gerados na população por esta dicotomia e disputa de poder:

Impõe-se como premissa de eficiência, entre outros, por duas consequências óbvias: (1) redução do tempo perdido com deslocamento e espera em delegacias, com o consequente aumento da capacidade de prevenção através da presença ostensiva e do aumento da capacidade de investigação pela Polícia Civil e, tão importante quanto, (2) não jogar no lixo as elucidações de crimes já realizadas pelas polícias militares e rodoviárias federal, que, por falta da competência legal de investigar, são obrigadas a descartarem informações concretas sobre autoria e materialidade, que poderiam instrumentalizar o Poder Judiciário e o Ministério Público, mas que, se oferecidas, serão processadas por usurpação de função (RIBEIRO, 2016, p. 37).

A disfunção causada pela ruptura do ciclo completo de polícia é fato ligado a disputa de poder político, de proteção de instituições, de lutas de categorias e em nada tem com melhoria de prestação de serviços a população. Desse modo, o modelo dicotômico nacional de polícia ostensiva militarizada e polícia civil está totalmente ultrapassado, esgotado e ineficiente.

4.3. A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERMANENTE QUE ORIENTE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA PERMANENTES CONTRA PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE.

Na terceira problemática, aponta-se a disfunção funcional, relativa as implementações das políticas públicas. A gestão pública e a governança são formas utilizadas por atores que detém poder de decisão, da legitimidade política para direcionar possibilidades para mudança em caso de relevância

social visando estabelecer formas de melhorias e situações favoráveis a determinados interesses coletivos. Segurança pública é prioridade. Assim, os Estados foram incumbidos de força policial, contudo o sistema de repartição de receitas da Federação, tem provocado todas essas crises fiscal e de gerenciamento da segurança pública, quando ainda dependem do governo federal para políticas públicas de equipamentos, salários e até treinamento, sabe-se que segurança pública é custosa.

As políticas públicas permanentes de segurança pública, ou a ausência delas têm sido o principal entrave na questão dos avanços para redução da criminalidade no país nos últimos trinta anos, fica claro, cada governo eleito na União, no Estados da Federação, onde funcionam as polícias militar e civil, tem empregado uma política pública de segurança diferente, quase sempre, antagonistas entre Estados e União, nos tempos atuais se acentuou.

A política de segurança nacional, foi decorrente de transformação da antiga Secretaria de Planejamento de Ações Nacionais de Segurança Pública – SEPLANSEG, que foi criada no Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) através da MP nº 813, de 1º de janeiro de 1995, mais tarde transformada na Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Em 1997, ainda no governo Fernando Henrique, houve a criação as Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

A SENASP para além de sua estrutura burocrática, tem cuidado de programas de fomentos e incentivos orçamentários aos Estados para condução de suas políticas públicas locais. A SENASP se assemelha a mais uma estrutura de segurança, a uma polícia nacional, do que mesmo a uma agência central de segurança pública, transformou-se em mais um estamento burocrático, que concentra recursos financeiros-orçamentários, como no Brasil essa é uma atividade afeta aos Estados, os responsáveis pelas polícias militar e civil, há muito insulamento burocrático por parte do governo federal, estaduais e municipais.

Há um claro insulamento nessa disputa de poder pelas polícias. “De um lado, os agentes governamentais dos diferentes níveis – federais, estaduais e municipais – encontram-se reticentes ao desenvolvimento de ações deliberadas que possam comprometer seus ganhos políticos”. (FONTOURA, 2009, p. 183).

Com efeito sobre a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, cita a observação de Tércio Sampaio Ferraz Jr (1990), como segue:

Faz mister uma política nacional de segurança pública, para além da transitoriedade dos governos e arredada de toda instrumentalização clientelística, devemos conscientizar-nos de que os temas da segurança pública não pertencem apenas às polícias, mas dizem respeito a todos os órgãos governamentais que se integram, por via de medidas sociais de prevenção ao delito. A comunidade não deve ser afastada, mas convidada a participar do planejamento e da solução das controvérsias que respeitem a paz pública (FERRAZ JR, 1990, p. 102).

O policiamento está sendo transformado e reestruturado no mundo moderno. Isso envolve muito mais do que reformar a instituição considerada policial, embora isso também esteja ocorrendo, políticas públicas sérias e permanentes devem ser a base dessa modificação no Brasil. “A atividade de tornar as sociedades seguras, não é mais executado exclusivamente pelos governos. O policiamento entrou em uma nova era, uma era caracterizada por uma transformação na governança de segurança”. (BAYLEY; SHEARING, 2001, p. 1).

Muito embora hoje a União já tem um ministério encarregado da Justiça e Segurança Pública, ainda estamos no aguardo de uma política pública de segurança permanente, que não seja fruto de um projeto político do governante, mas que reflita vontades permanentes da sociedade civil organizada a qual participaria dos processos decisórios, fundada em discussões sobre maiores investimentos financeiro-orçamentários, implementação de uma gestão por resultados, investimentos em tecnologias e inteligência policial, assentada mais na estratégia de uma polícia ostensiva de prevenção e comunitária do que numa polícia repressiva e de governo como forma de controle da criminalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, de acordo com os argumentos apresentados, conclui-se que o respeito da necessidade de uma reforma no modelo de se-

gurança pública brasileiro, as três disfunções apontadas constitucionais (no sentido da vinculação ao centro do poder), orgânicas (na questão da dicotomia e repartição de funções que poderia ser exercido por uma só polícia) e funcionais (na questão do domínio das políticas públicas e orçamentos estarem vinculados ao poder central e não ao estado que executam as políticas), mostram apenas alguns pontos de problemas na gestão da segurança pública.

A reforma no modelo de polícia passa pela modificação dos atuais segmentos, a unificação é medida de primeira ordem. Os modelos militarizados, civis, fardados, municipais, estaduais, metropolitanos ou federais, dependem de qual política nacional pretende-se adotar, serão de longa discussão que deve ser enfrentada, contudo a polícia deve ser voltada para o cidadão.

A polícia cidadã ou comunitária pode ser alcançada com um massivo processo de formação e aculturação dos policiais na proteção do cidadão através dos direitos humanos, o policial torna-se parte da comunidade e interage com todos os segmentos sociais de forma dialógica.

Promover os direitos humanos na defesa social é tornar a polícia militar mais eficiente e eficaz, não somente no combater o crime com repressão, é prevenir sobretudo a violência com uma ação mais comunicativa e a presença comunitária, assim a polícia militar deve se perceber como uma natureza intrínseca dos direitos humanos: ser uma polícia cidadã.

REFERÊNCIAS

BAYLEY, David H. **Democratizing the police abroad: what to do and how to do it. Issues in International Crime.** Washington, D.C.: National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, June 2001a.

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

_____. Lei nº 9.099. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** 1995.

_____. **Código Tributário nacional.** 1966.

_____. **Decreto-Lei nº 667.** 1969.

_____. **Decreto n. 88.777**. 1983.

BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CRETELLA, José Júnior. **Polícia e poder de polícia**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 162, p. 10-34, jan. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44771/43467>. Acesso em: 30 jan. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. São Paulo. Atlas. 1990.

FONTOURA, Natália Oliveira de et al. **Segurança pública na Constituição Federal de 1988: continuidades e perspectivas**. Boletim de Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise. Vinte Anos de Constituição Federal. v.3, n. 17. Brasília: Ipea, 2009.

GERHARDT, Tatiana Engel, et al. Estrutura do projeto de pesquisa. In: GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

HIPÓLITO, Marcello Martinez; TASCIA, Jorge Eduardo. **Superando o mito do espantinho: uma polícia orientada para a resolução dos problemas de segurança pública**. Florianópolis: Insular, 2012.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1999.

MARCINEIRO, Nazareno. **Polícia comunitárias: construindo segurança nas comunidades**. Florianópolis: Insular, 2009.

MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 – São Paulo: Malheiros, 2016.

- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual até a EC no 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.
- MONET, Jean-Claude. **Polícias e Sociedades na Europa**. 2ª ed. (Polícia e sociedade, 3) 353p São Paulo: EDUSP, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**, 31 ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PLATÃO. **A República**. Tradução Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.
- RIBEIRO, Luiz Gonzaga. **Polícia de Ciclo Completo, o passo necessário**. Rev. bras. segur. Pública. São Paulo v. 10, Suplemento Especial fev/mar 2016.
- SAPORI, Luís Flávio. **Como implantar o ciclo completo de polícia no Brasil?** Rev. bras. segur. Pública. São Paulo v. 10, Suplemento Especial fev/mar 2016.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 1.050.631-SE**, Relator Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática em 22/09/2017.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **FGV Direito SP nas Eleições 2014**. Obtido em: <https://direitosp.fgv.br/node/91581>. Acesso em 30/01/21.
- ZAVERUCHA, Jorge. **FHC, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia, 1999-2002**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

A ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA E O SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

*Myllena Theresa de Oliveira de Sousa*⁶⁶

INTRODUÇÃO

A atual literatura processual penal vem entendendo que a figura do delegado de polícia é importante para a apuração de infrações penais e para proteção do Estado Democrático de Direito, contudo, nem sempre foi assim. Em razão de sua gênese, a polícia, seja judiciária ou militar, é caracterizada como autoritária, violadora de direitos humanos, ilegal, ou seletiva por atuar de forma veemente apenas contra os etiquetados do sistema penal. Entretanto, os abusos não podem retirar a importância e a constitucionalidade do delegado de polícia, visto que com a Constituição Federal de 1988 surgiu um paradigma constitucional que modifica as relações entre polícia e direitos fundamentais.

Existe uma lacuna enorme acerca da produção de temas sobre a atividade da polícia judiciária e o respeito dos direitos fundamentais, pois para

66 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão.

sobre a sociedade a falsa ideia de que para realizar uma boa investigação criminal, seja necessário violar os direitos fundamentais do investigado, o que não é verdade.

Dessa forma, o objetivo desse trabalho é analisar a atuação da polícia judiciária e relacionar com as teorias da investigação criminal, salientando como possível resposta para o problema de pesquisa que a relação entre a polícia e a salvaguarda dos direitos fundamentais não é paradoxal, pois essa é inerente àquela, uma vez que a atuação policial é delineada pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional.

O presente estudo é importante, pois seus resultados pretendem contribuir para a demonstração de que a atuação policial não pode ser alheia aos direitos básicos, visto que a atual ordem democrática não permite tais abusos e a atividade policial seria ilegal.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 UMA BREVE IDEIA SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SUA RELAÇÃO COM A ATIVIDADE POLICIAL

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009) há dois sistemas processuais penais no ocidente: o sistema inquisitório e o sistema acusatório. Para esse autor, a terminologia mista é insuficiente, pois o processo penal só pode ser orientado por um único núcleo fundamental. Aury Lopes Jr (2018, p.47) também entende que o pensamento tradicional misto é reducionista, visto que todos os sistemas são mistos.

O sistema inquisitório concentra em um só ator as funções de investigar, acusar e julgar, trazendo consequências irremediáveis aos processados por esse sistema, e, dificilmente concederia um julgamento justo e com respeito aos direitos do investigado.

O sistema acusatório, por sua vez, separa as funções para cada instituição: investigação com a polícia; acusação com o Ministério Público e julgamento com o juiz de direito. Ademais, o juiz está equidistante das partes e afastado de qualquer iniciativa probatória (VOLPI, 2018, p. 361). Entende-se que o sistema acusatório é ligado diretamente ao Estado Democrático de Direito e ao respeito dos direitos fundamentais, já o

sistema inquisitório possui relação com o autoritarismo e o punitivismo exacerbado.

De acordo com Eliomar Pereira (2019, p. 7), a investigação criminal quando realizada nos limites éticos e políticos da ação, possui um papel fundamental para a evolução da humanidade, pois demonstra que é necessário conhecer antes para depois julgar, o que tem relação com os preceitos do sistema acusatório.

O referido professor também enuncia que quando há a antecipação dessa atividade investigatória, sem a submissão aos processos de verificação ou com a falsificação de provas, ocorre a reprodução do antigo dogmatismo cognitivo que pairou sobre as instituições penais, relacionada ao sistema inquisitório.

Com o advento da Lei nº 13.964/19, surgiu uma disposição no Código de Processo Penal que estabelece o processo penal brasileiro como acusatório, logo, conclui-se que a inquisitorialidade vem sendo abandonada pelo processamento criminal, e não diz mais respeito à atividade policial, uma vez que essa é totalmente delineada no princípio da legalidade estrita.

1.2. DA CLÁUSULA GERAL DE POLÍCIA

A segurança pública é um direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988 e relacionado diretamente ao art. 144 do mesmo diploma normativo. Dessa forma, é necessário analisar a esfera objetiva e subjetiva do referido direito. Antônio Francisco de Souza conceitua a segurança pública como pilar fundamental do Estado e também como direito fundamental do indivíduo (2016, p.133).

Segundo Canotilho (2008), a dimensão objetiva da segurança pública pode ser vista como um dever de proteção, o que leva à proteção dos direitos fundamentais, por parte do Estado, visto que a ele compete a salvaguarda dos direitos subjetivos contra violações de toda ordem, seja por ação ou omissão dele ou de terceiros. A partir disso, surge o conceito de “estado amigo dos direitos fundamentais”, que permeia por toda a Constituição Federal, onde a principal ação é a efetivação dos direitos fundamentais, os quais serão “garantidos” pelo cumprimento de deveres estatais de proteção (SILVA, 2014).

O Estado, ao deter o monopólio do direito de punir, possui um dever-poder no que tange à ação policial. Segundo Ricardo Balestreri (1998), há uma função na segurança pública chamada dever de intervenção, que consiste na atuação obrigatória do Estado, quando há uma desordem no contexto social.

Ao ser obrigado a agir, entretanto, o Estado é responsável pela proteção dos direitos fundamentais, visto que trouxe essa responsabilidade para si (ANDRADE apud BALESTRERI, 2007). Portanto, conclui-se que a dimensão objetiva é relacionada à proteção dos interesses fundamentais coletivos ou públicos, trazendo alguns deveres ao Estado.

A dimensão subjetiva, por sua vez, consiste no dever do Estado de respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais, ao usar de seu direito de intervenção, quando há alguma transgressão às normas jurídico-sociais.

Segundo Silva (2014), a segurança pública, calcada no art. 144 da CF/88, foi elaborada para ter um sentido funcional, pois a atividade punitiva será realizada por diversos atores, contextos e atribuições, almejando ao mesmo fim que é a proteção da ordem pública.

A necessidade de uma ordem social, regida pelo Estado, é verificada desde o início das relações humanas, advinda da teoria do contrato social. Segundo Antônio Francisco de Souza (2016), a competência das autoridades de polícia para a salvaguarda da ordem pública recua aos primórdios do Estado de Direito, e é notório três aspectos comuns: os homens necessitam de segurança; essa segurança deve ser garantida pelo Estado e não pelo indivíduo, de forma privada; para garantir a segurança, o Estado precisa de um poder legítimo (2016, p.114).

Surge do art. 144 da Constituição Federal a chamada cláusula geral de polícia, que consiste na autorização da existência da polícia, seja militar, civil ou federal, para apurar a infração penal acerca de sua materialidade e autoria, sem olvidar os direitos fundamentais que cabem a todos os cidadãos.

1.3. ABORDAGENS TRADICIONAIS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A investigação criminal é uma maneira de pesquisa com o fito de estabelecer uma verdade fática sobre uma lesão a um bem jurídico penal. Essa pesquisa é feita a partir de uma hipótese típico-legal, que é o direito

penal, e é delimitada por formas juridicamente previstas, que é o direito processual penal (PEREIRA, 2019, p. 61).

Antes de tratar sobre as dificuldades da investigação criminal constitucional, é necessário realizar uma abordagem sobre a tradicional forma de investigar. De acordo com Eliomar Pereira (2019, p.31), a investigação criminal tem uma importância demasiada para o tratamento restrito que recebe, pois a maioria das doutrinas processuais penais reconhece apenas as condições formais do inquérito, como a apuração da materialidade e autoria de delitos. Em razão disso, há uma redução do objeto existente, pois há inúmeros problemas que as disposições legais não conseguem resolver como: qual o primeiro passo? Qual método seguir? Quais as provas necessárias? Como obter provas? Como assegurar uma prova com validade jurídica? Pode-se evitar um juízo de valor?

Algumas respostas podem ser encontradas em alguns artigos do Código de Processo Penal, em leis penais esparsas, ou algumas doutrinas relativas ao inquérito e em manuais de técnicas policiais, porém, as abordagens epistemológicas permanecem na dimensão dos problemas práticos, que seria interessante para compreender melhor o atual sistema penal (PEREIRA, 2019, p. 41).

A partir dessa ideia, surge um problema da investigação policial, segundo a concepção jurídica, que seria a limitação da investigação à descoberta da autoria e materialidade do crime. Para Eliomar Pereira (2019, p.46), há uma descrição formal do procedimento processual, sem dar a devida atenção ao caráter problemático da legitimação dos meios de obtenção de prova.

Para a concepção policial, o problema reside em colocar a metodologia jurídica e científica a serviço da máxima eficiência investigativa, encarando a metodologia como um simples trâmite a ser seguido para obter provas, restringindo o conceito de legitimidade com mera formalidade.

1.4. DESAFIOS DA ATIVIDADE POLICIAL: COMO REALIZAR UMA BOA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL SEM OFENDER OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO?

Os direitos do homem tiveram inúmeras designações com o decorrer do tempo. Seja direitos humanos, direitos do homem, direitos indivi-

duais, direitos fundamentais e entre outros. Segundo André de Carvalho Ramos (2017) as diversas terminologias advêm da evolução da proteção de certos direitos essenciais do indivíduo, a partir do redesenho de sua delimitação e fundamentos.

Para o referido professor, a diferença entre esses termos é que os direitos humanos são reconhecidos pelo Direito Internacional e os direitos fundamentais são os direitos previstos nas constituições internas e nas legislações infraconstitucionais (RAMOS, 2017, p. 53).

Com a redemocratização, os direitos humanos passaram a fazer parte da formação dos órgãos policiais brasileiros, com a finalidade de aprimorar os profissionais da segurança pública e orientar a atuação policial conforme os princípios do Estado Democrático de Direito no contexto pós-88. A conjuntura atual é centrada numa mentalidade inquisitória, onde somente a repressão veemente de crimes traria a ordem social para o Brasil, preferencialmente não respeitando os direitos daqueles que são investigados, para que o processo penal realmente funcionasse.

Segundo Daniel Kessler e Aury Lopes Jr. (2018, p. 345), problema político do processo penal é que o processamento criminal seria um instrumento de desinfecção social, para eliminar os sujeitos antissociais ou o meio em que o Estado retribui a culpa para aquele que praticou um delito.

Essa ideia é corroborada pelo seguinte pensamento de Juarez Cirino dos Santos (1984):

uma política criminal de proteção da sociedade contra o crime como foco dirigido para o indivíduo criminoso, submetido à remoção, segregação, cura e educação, sob o fundamento do estado perigoso, mesmo que acene com um Direito Penal humanizado pela ciência do crime e do criminoso, não deixa de constituir a forma mais acerbadada de violência repressiva.

Percebe-se uma contrariedade, pois essa mentalidade inquisitória que permeia a sociedade vai de encontro aos princípios constitucionais e democráticos. Ademais, ainda há resquícios autoritários e inquisitórios nas práticas jurídicas brasileiras, pois enxergar o direito penal e processo penal como mero instrumento punitivo, ou como solução dos problemas da segurança pública significa estar preso a uma visão arcaica de vingança e

retributividade, e, por conseguinte, desvirtua a principal finalidade dessas leis, que é limitar o poder de punir do Estado.

Usar a polícia judiciária para uma possível guerra contra um “inimigo” é tornar a atividade policial um espetáculo. Ainda na lição de Daniel de Oliveira e Aury Lopes Jr, é notório que essa espetacularização leva a sociedade a clamar por prisões e condenações, vulgares e equivocadas, associadas a uma ideia superficial de justiça.

Segundo Rubens Casara (2016, p. 311), o espetáculo é uma construção social e regula as expectativas sociais, pois as imagens e os enredos produzidos condicionam as ações humanas, visto que as pessoas que consomem o espetáculo exercem a função de atuar e assistir, influenciando no desenvolvimento e são influenciadas pelo espetáculo.

O cenário atual é dominado pela ideia de maximização do sistema penal, endurecimento das penas, criminalização de condutas e redução dos direitos fundamentais, tentando colocar o sistema penal como panaceia para o problema da criminalidade e violência (SANTOS; JUNIOR, 2018, p. 196).

A partir desse cenário, as instituições de justiça, e, especificamente, a polícia é vista pela sociedade civil para punir veemente os crimes cometidos, e não para garantir a lei, sem olvidar os direitos fundamentais. Rubens Casara afirma que no processo penal do espetáculo não há espaço para garantir direitos fundamentais, pois esse cede lugar ao entretenimento de ver os criminosos sendo presos.

Esse enredo fomentado pela mídia e absorvido pela sociedade conduz às velhas estruturas inquisitórias, uma vez que toda a desculpa de punir os “bandidos” é simplória, acrílica e condicionada pelas ideologias autoritárias, o que vai de encontro ao Estado Democrático de Direito estabelecido (CASARA, 2016, p. 315).

Uma das propostas para tal cenário é a ressignificação do processo penal como garantia contra a opressão, para afastar a tentação populista desse cenário, e, por conseguinte, tentar construir uma cultura de democracia (2016, p. 317).

Leonardo Machado entende que a investigação criminal assume um destaque nessa espetacularização, pois a atuação preventiva da polícia, de certa forma, viabiliza um julgamento antecipado. Para o referido autor, verifica-se que:

o lugar do investigador, sempre um espaço de poder, torna-se ainda mais delicado; ou, para alguns, extremamente sedutor. Os jogadores que se amoldam às novas regras são erigidos à categoria de heróis nacionais. Já os dissidentes são rotulados como partidários da criminalidade e simpáticos à desordem social (MACHADO, 2015).

O referido autor também informa que o medo acerca da segurança provoca uma espécie de pânico social, que fomenta diretamente o punitivismo e certas irracionalidades do sistema penal. Ademais, é mais confortável atuar ao sabor da maioria da ocasião, embasada pela lógica mercadológica do crime e da punição (GIRARD, 2004 apud MACHADO, 2015). Portanto, é imprescindível que o delegado de polícia atue contra todo esse cenário espetacularizado, preservando os direitos do investigado, pois o cargo de delegado coloca-se a serviço da prática libertária, haja vista que seus princípios têm base numa cultura de direitos humanos.

Stefano Volpi também entende que é necessária uma adequação de sentidos acerca dessa mentalidade inquisitória, e que o maior percalço é romper com cultura inquisitória que engloba os operadores do sistema penal, as universidades e a sociedade civil, sendo a cultura inquisitória uma graxa que custa a sair dos corpos e das mentes (2018, p.372).

Conforme Eliomar Pereira (2019), a atual modelo polícia judiciária é totalmente contrário ao “investigacionismo” autoritário e inconsequente, e sua finalidade é a busca por uma melhor investigação criminal, onde a autoridade não se sobreponha à verdade. Dessa forma, a ideia de que a polícia salvará o meio social do crime e da impunidade tem que ser abandonada, pois a função institucional da polícia judiciária não é autorizar a violência por meio do Direito.

1.5. GARANTISMO PENAL COMO PARADIGMA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

É comum a errônea associação feita entre efetividade de uma investigação criminal com a mitigação dos direitos do acusado, pois se acredita que retirar os meios de defesa de um indivíduo é mais fácil para imputar a culpa. Para Luigi Ferrajoli, o garantismo penal é o limite à atuação pública, em razão da democracia existente (FERRAJOLI apud MACHADO 2018, p.311).

Para Eliomar Pereira, o paradigma garantista configura um esquema de identificação do desvio penal, que orienta a limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (2019, p. 446). Esse paradigma subdivide-se em dois: securitarismo e o inimiguismo.

O “securitarismo” tem sua base na teoria do risco, segurança e eficiência, e demonstra anomalias do garantismo penal, pois a finalidade é atender a necessidade da vida em sociedade do que a ideia de proteção abstrata do homem. Há uma ênfase demasiada na segurança dos cidadãos, relevância no interesse das vítimas e valorização da função afletiva da pena (PEREIRA, 2019, p.447).

O “inimiguismo”, por sua vez, é embasado no Direito Penal do Inimigo, onde a finalidade é combater o inimigo social, que é aquele que está fora do conceito de cidadão. Essa teoria justifica também as crises graves do garantismo no que tange a resposta para problemas mais graves, como o crime organizado e o terrorismo.

Os dois paradigmas supracitados relativizam as garantias processuais do acusado e a expansão do direito penal não solucionam os problemas da investigação criminal, pois da mesma forma que o combate ao crime e a obtenção de provas é de interesse público, a proteção dos direitos do investigado também é interesse do Estado, e, segundo Eliomar Pereira, é necessário realizar um juízo de proporcionalidade para garantir a dignidade processual, prevista na Constituição da República (2019, p. 452).

A solução proposta é o modelo cognitivo-potestativo, onde há uma busca pela verdade, evitando a sobreposição do poder sobre o saber. Nesse modelo, há um controle sobre a atuação dos sujeitos do processo penal e colocam esses indivíduos em uma situação de igualdade, tentando promover uma redução nos erros e um melhor processo penal para todos (PEREIRA, 2019, p. 453).

Essa reorganização proposta não eliminará todos os resquícios inquisitórios do processo penal, visto que a proporcionalidade é um meio aberto de solução de conflitos, e a investigação criminal mitiga direitos em razão de sua origem, contudo, é uma possibilidade para remodelar o atual processamento criminal.

1.6 SEGURANÇA PÚBLICA É A MESMA COISA QUE POLÍCIA?

As doutrinas penalistas e criminológicas convergem ao retratar que a polícia possui suas origens na Escola da Defesa Social e que herdou muitas características e estratégias do Movimento Lei e Ordem, ocorrido nos Estados Unidos.

A estruturação da polícia no Brasil ocorreu em 1832 com a criação do Código de Processo Criminal. A investigação era exercida por um juiz de paz, que era escolhido politicamente, e essa função sofria direta influência política local, afastando qualquer imparcialidade (SALAIBI FILHO, 2011, p. 11 apud ZANOTTI, 2020, p. 98).

Guilherme de Souza Nucci entende que a segurança pública é relacionada ao bem-estar social, paz, ordem na comunidade, o que mostra que a segurança não só tem por base o combate ao crime (2016, p. 49). Porém, essa ideia merece algumas ressalvas, visto que a polícia judiciária não teria mais razão de ser, uma vez que a ideologia da defesa social autoriza o órgão persecutório a investigar crimes e cuidar da ordem social, logo, esse seria o único papel inerente à atividade policial.

Muitos dizem que o papel da polícia é garantir a ordem pública, ou cumprir as disposições previstas nas leis penais. Também é, contudo, Nucci traz a ideia de que à polícia cabe realizar o que é possível, precisando do apoio de outras instituições, o que também inclui a sociedade civil:

Os problemas da segurança pública não dizem respeito apenas à polícia, mas à sociedade civil, bem como a todos os órgãos governamentais que deveriam interagir através de medidas sociais de prevenção ao delito. A comunidade, por meio de grupos organizados e representativos, deve participar do planejamento e da solução dos problemas que afetam seu cotidiano (NUCCI, 2016, p. 52).

O autor supracitado entende que a segurança pública é o reflexo da própria sociedade que tanto a deseja. É necessário fazer uma ressalva a essa afirmação, pois a polícia judiciária é um órgão imbuído de valores de proteção e defesa, e o punitivismo por si só não faz parte da instituição referida. Segundo Sanini Neto (2014):

[...] é imprescindível que as investigações preliminares sejam efetuadas por um órgão oficial e imparcial, o que, na prática, torna o Inquérito Policial um instrumento indispensável na apuração de infrações penais e sua autoria, haja vista que outros meios investigatórios não estão cercados das mesmas garantias ao investigado, especialmente por não contarem com uma previsão legal, o que fere o princípio do *due process of Law* (ou, como preferimos, da devida investigação criminal constitucional).

Ademais, é perceptível que a própria sociedade brasileira, influenciada pela corrupção e violência, exige de seus policiais valores éticos que ela não possui.

Ricardo Ballestreri (1998, p.9) entende que a dimensão democrática, inerente ao atual modelo de polícia judiciária, não retira sua função técnica de intervir preventivamente no cotidiano e repressivamente nos momentos de crise, visto que nenhum núcleo social irá manter-se sem a contenção do crime.

É comum que haja a associação da atividade policial à truculência, em razão de episódios por parte de policiais que agem com violência perante os cidadãos. Logo, é imprescindível fazer a diferenciação entre o uso legítimo da força e truculência, porque a fronteira entre a força e a violência é delimitada, no campo formal, pela lei, e no campo racional pela necessidade técnica e, no campo moral, pelo antagonismo que deve reger a metodologia de policiais e criminosos (BALLESTRERI, 1998, p. 11).

Outro elemento importante que é possível enxergar uma melhora na atuação policial é a ética corporativa e a ética cidadã. A consciência acerca dessa importância para a sociedade faz com que o policial abdique de qualquer ótica corporativista, em que os interesses da corporação sejam mais importantes que o bem comum:

Ter identidade com a polícia, amar a corporação da qual participa, coisas essas desejáveis, não se podem confundir, em momento algum, com acobertar práticas abomináveis.

Ao contrário, a verdadeira identidade policial exige do sujeito um permanente zelo pela “limpeza” da instituição da qual participa.

Um verdadeiro policial, ciente de seu valor social, será o primeiro interessado no “expurgo” dos maus profissionais, dos corruptos, dos torturadores, dos psicopatas. Sabe que o lugar deles não é polícia, pois, além do dano social que causam, prejudicam o equilíbrio psicológico de todo o conjunto da corporação e inundam os meios de comunicação social com um marketing que denigre o esforço heróico de todos aqueles outros que cumprem corretamente sua espinhosa missão (BALLESTRERI,1998).

Segundo Leandro Miranda (2012, p.28), um traço definidor das instituições policiais é o uso legítimo da força, quando autorizado pela lei. Logo, como essa atuação é totalmente pautada na legislação, não há total discricionariedade para que os agentes policiais para decidir quando cabe a violência ou não. Verifica-se, portanto, que o antagonismo “segurança pública versus direitos humanos” precisa deixar de existir para dar lugar à segurança pública com direitos humanos, atendendo aos princípios do Estado Democrático de Direito.

A proporcionalidade também exerce um papel fundamental na investigação criminal, pois estabelece limites na atividade investigativa, que por sua natureza restringe alguns direitos fundamentais. Logo, qualquer imposição restritiva de direitos só é legítima se o interesse for adequado (PEREIRA, 2019, p. 404).

1.7. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATIVIDADE POLICIAL

A primeira intervenção é a presença dos direitos fundamentais em todas as atuações da polícia judiciária, visto que o atual modelo democrático demanda uma busca pela liberdade.

Gerri Adriani Mendes entende que o sistema de segurança pública e a investigação criminal também são meios para efetivar os direitos fundamentais, pois uma investigação humana, justa, técnica é possível. A segurança pública não é só uma parte do aparelho de repressão penal. Para Gerri Adriani:

A partir desse prisma, de ampliação do conceito de segurança pública, pode e deve estar inclusa a tutela e a busca de efetivação de

todos os direitos humanos, ou seja, direitos sociais referentes à cultura e à economia. Por esse viés, segundo uma parcela da doutrina alemã, são abarcados na ideia de segurança pública os direitos à alimentação, à educação, à saúde, à segurança trabalhista, ambiental e financeira (MENDES, 2010, p. 313).

Também é perceptível que com o advento do Estado Democrático de Direito, a ação policial tem se pautado na noção de proteção, ajuda e respeito aos cidadãos, que são os destinatários de sua atuação. A Polícia Judiciária é importante para a democracia, pois:

trata-se de instrumento fundamental à democracia, ao Estado Democrático de Direito, cuja missão elementar e permanente é garantir direitos e liberdades, zelando pela vigência das leis (deve zelar por tal vigência, evidentemente, respeitando a estas mesmas leis e os direitos humanos, conforme consignados na Declaração Universal, de que o Brasil é signatário e que não colide, com contrário, com nossa Constituição (SOARES, 2006, p. 151 apud MENDES, 2010, p. 322).

Para corroborar tal entendimento, Ricardo Ballestreri entende que em vez de continuar apegado ao modelo inquisitório de atuação, o policial pode ser um promotor de Direitos Humanos, o que é sua função determinada pela lei.

Também é necessário que o policial tenha seu trabalho valorizado, pois é notório que esses agentes são submetidos a jornadas exaustivas e estressantes de trabalho, e, recebem salários baixos para a função que exercem. Para Soares (2006, p.138), o profissional da segurança pública merece valorização e acompanhamento crítico e rigoroso.

A polícia, no ideário social, consiste apenas num aparelho de repressão de crimes, contudo, Gerri Adriani (2010, p. 324) entende que o policial exerce uma função educativa e arquetípica:

o serviço policial deve ser legal. Combater o crime com os métodos do crime é uma espiral sem saída. Quando da reforma do Código de Processo Penal, dever-se-ia proibir o interrogatório durante o inquérito policial, porque a prática da investigação calcada sobre a

confissão é a origem dos maus-tratos e da tortura. Neste sentido, o desenvolvimento da polícia técnica, modernizando os padrões investigatórios, reflete-se antes na legalidade do que na eficácia dos serviços policiais. Na vertente da observância estrita da lei, o aspecto policial apenas glosa a difícil afirmação da cidadania no Brasil (BATISTA, 1990, p.174 apud MENDES, 2010, p. 324).

Uma possível solução seria dotar a polícia judiciária de autonomia financeira e administrativa, pois ainda há um vínculo muito forte com o Poder Executivo, fazendo com que a polícia atuasse em prol desse Poder, o que não é bem visto, para evitar interferências políticas e deturpar as atribuições da polícia.

Para o controle da criminalidade e violência, Boschi (2008) entende que uma correta organização da polícia civil, com planejamento estratégico, inteligência policial, e melhores condições de trabalho otimizariam esses serviços e aí a possível guerra contra a criminalidade e violência seria vencida.

A partir dessas perspectivas, pode-se construir uma nova visão da polícia judiciária. É necessário que a sociedade entenda que o papel desse órgão não é só a repressão e punição de crimes. Também é, contudo, o papel de promoção de direitos fundamentais e da cidadania é peculiar para que a polícia judiciária continue atuando. Os direitos fundamentais assumem um papel importante no cenário pós-88, uma vez que são eles que separam o Estado Democrático de Direito do Estado de Polícia.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Polícia tem origem do termo grego “*politeia*” e tinha o sentido de governo de uma cidade, logo, a atuação do Estado era auxiliada pela ação da polícia. Seja pela repressão dos crimes ou pela manutenção da ordem social, a polícia judiciária teve que ser modificada para chegar ao atual modelo.

Desde o surgimento da Escola Penal Clássica, entendia-se que a atuação policial era contrária aos direitos fundamentais, como se métodos de tortura ou de qualquer castigo físico fosse inerente à atividade policial.

O período ditatorial militar no Brasil deixou marcas para a sociedade brasileira e também para as corporações policiais, sejam civis ou militares,

pois a polícia ainda é caracterizada como violenta e que desrespeita os limites legais para atribuir a culpa ao investigado.

A redemocratização e a Constituição de 1988 foram paradigmas importantes para a polícia judiciária, pois além de ser abandonar o termo segurança nacional para segurança pública, a promoção de direitos fundamentais passou a fazer parte da atividade policial.

Como explicado anteriormente, os direitos fundamentais são inerentes à atividade policial, pois qualquer ação de um agente de segurança pública que esteja alheia a esses limites, não é amparada pelo Estado Democrático de Direito, e se não é amparada, é ilegal.

Também se pode concluir que para realizar uma investigação criminal adequada não é necessário recorrer a métodos repressivos ou que limitem totalmente o investigado, uma vez que isso denota total despreparo do policial que assim atua. Com algumas alterações, é possível ponderar a necessidade de investigar um delito, que demanda uma mitigação de certos direitos, com a possibilidade de qualquer indivíduo se defender perante uma investigação criminal.

A polícia judiciária tem um trabalho centrado na cidadania, visto que todos têm direito a uma sociedade segura, livre de quaisquer arbitrariedades, e a manutenção da ordem social, respeitando os direitos humanos.

O propósito é fortalecer e conferir mais autonomia à polícia, para que ela não seja novamente um órgão subordinado ao governo, mas que seja comprometida unicamente com o bem-estar da população.

REFERÊNCIAS

BALLESTRERI, Ricardo Brisola. **Direitos Humanos é coisa de Polícia**. 15 ed. Passo Fundo:Capec-Pater, 1998.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Violência e criminalidade: perspectivas policiais e políticas. In: WUNDERLICH, A. et al. (Coord.). **Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal**: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 40

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522p.

CASARA, Rubens. R. A espetacularização do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 309-318, ago. 2016.

COSTA, Fabricio Martinatto da. Controle Punitivo e contexto biopolítico: revisitando o realismo marginal de Eugênio Raul Zaffaroni. **Disponível em:** <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2575c857df983996>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

DEMO, Pedro. **Introdução à Metodologia da Ciência**. Editora Atlas: São Paulo, 1985.

ERNESTO, Leandro Miranda. **Polícia Judiciária Cidadã: a interação dos organismos policiais e da comunidade sob o viés dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito**. Especialização em Segurança Pública. Unisul, Tubarão, Santa Catarina, 2012, 87p.

FRANÇA, Fábio Gomes de. Segurança Pública e a formação policial militar: os direitos humanos como estratégia de controle institucional. **Estudos Sociológicos**, Araraquara, v. 17, n. 33, p.447-469, 2012.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Garantismo penal e investigação criminal: um diálogo necessário. **Disponível em:**< <https://www.conjur.com.br/2018-jun-12/academia-policia-garantismo-penal-investigacao-criminal-dialogo-necessario>> Acesso em: 03 mar. 2021.

_____. Delegados na contramão do espetáculo são garantia de liberdade. **Disponível em:**< https://www.conjur.com.br/2015-set-22/academia-policia-delegados-contramao-espetaculo-sao-garantia-liberdade#_edn4> Acesso em: 03 mar. 2021.

MENDES, Gerri Adriani. **O paradigma constitucional de investigação criminal**. 2010. 363 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

NETO, Francisco Sanini. Polícia Judiciária e a devida investigação criminal constitucional. **Disponível em:** <<https://franciscosannini>>.

jusbrasil.com.br/artigos/121943697/policia-judiciaria-e-a-devida-investigacao-criminal-constitucional>. Acesso em: 03 mar. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de; LOPES JUNIOR, Aury. A origem da mentalidade inquisitória e as expectativas em torno da atuação do juiz criminal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 343–358.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal: uma introdução jurídico-científica**. São Paulo: Almedina, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**: São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do Crime**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

SANTOS, Michelle Karen Batista dos; BELUSSO JÚNIOR, Osmar Antônio. Mais segurança e menos impunidade: o discurso midiático como instrumento de incentivo e suporte do populismo punitivo. In: SANTOS, Michelle Karen; PILAU, Lucas e Silva Batista (org.). **Ensaaios Criminológicos**: produções coletivas de resistência. Porto Alegre: OAB-RS, 2018. p. 196–215.

SOUZA, Antônio Francisco de. **Manual de Direito Policial: Direito da ordem e segurança públicas**. Porto: Vida Econômica, 2016.

SILVA, Ronny Carvalho da. A dimensão objetiva do direito fundamental à segurança sob a perspectiva da constitucionalidade luso-brasileiro. **Revista Direito e Democracia**: Canoas. v. 15, n. 1, p. 100, jan–jun. 2014.

VOLPI, Stefano. A cultura inquisitória e a motivação das decisões de decretação de prisão preventiva no Brasil: uma fácil adequação axio-

lógica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 359-374.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et. al. **Direito Penal Brasileiro** I. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZANOTTI, Bruno Taufner. Atuação do Delegado de Polícia na atual ordem constitucional. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de Polícia em ação**: teoria e prática no estado democrático de direito. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 97-152.

DESIGUALDADE DE GÊNERO, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E CRIMINALIDADE: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A REVITIMIZAÇÃO DA MULHER NO CÁRCERE

*Ana Paula Santos Pimenta*⁶⁷

*Aline Martinelli*⁶⁸

*Thiago Frederico Martins de Oliveira*⁶⁹

INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos as mulheres foram submetidas a diversas formas de violência, em especial devido a cultura machista e patriarcal que instituía para elas uma posição de inferioridade na sociedade. Na realidade, os abusos e as violações aos seus direitos eram condutas institucionalizadas através das normas de convivência social e da própria lei.

67 Mestre em Criminologia pela UFP (Porto/Portugal). Especialista em Direito Constitucional e Bacharel em Direito pela UNESA. Professora Universitária da UNESA e Policial Penal do Estado do Rio de Janeiro.

68 Mestre em Criminologia pela UFP (Porto/Portugal). Especialista em Direito do Estado pela UFRGS e Graduada em Direito pela Iesa. Delegada de Polícia Civil de Caxias do Sul-RS.

69 Doutorando em Direito pela UNESA. Mestre em Direito pela UCP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Direito Civil e Processo Civil pela UNESA. Graduado em Direito pela UCB. Professor Universitária da UNESA e da UNISUAM. Policial Penal do Estado do Rio de Janeiro.

Isso fez com que as mulheres ocupassem posições secundárias na esfera de poder, sendo relegadas ao ambiente doméstico, enquanto os homens ocupavam o espaço público.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU e o desenvolvimento de conceitos como a dignidade da pessoa humana, o movimento feminista passou a reivindicar maior autonomia para as mulheres na sociedade. Todavia, apesar disso, destaca-se que entre os anos de 1980 e 2010 mais de 92 mil mulheres foram assassinadas no Brasil, que ocupa a quinta posição no mundo entre os países com maior taxa de homicídios femininos. Por outro lado, ao analisar a relação entre a criminalidade feminina e a prática de violência em face delas, destaca-se que 95% das mulheres presas no país afirmam já ter sofrido violência em algum momento da vida.

Nesse sentido, destaca-se que inexistem estudos que investiguem as experiências vividas dentro do quadro de violência doméstica pela mulher encarcerada, sendo necessário salientar que o Brasil possui a quarta maior população carcerária feminina do mundo, segundo o Departamento Penitenciário Nacional. No entanto, apesar de existirem 1.422 prisões no país, apenas 107 (7,5%) são exclusivamente femininas e outras 244 (17%) mistas. Sendo assim, constata-se que as questões de gênero refletem a posição da mulher no crime não apenas quando vítima, mas também quando autora de delitos.

Desse modo, o objetivo principal desse trabalho foi analisar o papel da mulher enquanto vítima e criminosa na sociedade, especialmente no que concerne ao tratamento dispensado pelo Sistema Penitenciário a ela. De forma específica, pretendeu-se: dissertar acerca da atuação do Poder Judiciário brasileiro nos casos de violência doméstica e familiar, traçando um paralelo entre a prática dessa violência e o cometimento de crimes por parte das mulheres, citando como exemplo paradigmático a situação do Estado do Rio de Janeiro.

Segundo o Ministério da Justiça (2017), o principal crime cometido pelas mulheres é o tráfico de drogas – 60%, seguido por delitos contra o patrimônio – 23%. O primeiro irá refletir a questão de gênero, uma vez que a grande maioria se encontra presa por conta dos maridos e companheiros, ou de outros membros da família. Sendo assim, a importância do tema surge da necessidade de análise da própria situação das mulheres

que sofrem violência doméstica e depois praticam crimes, ocasionada pela total invisibilidade delas no sistema, que ignora totalmente as condições que a puseram no cárcere.

Outrossim, é importante ressaltar que a mulher que comete um crime de homicídio, dentro de uma situação de violência, deveria ter um olhar diferenciado por parte do Poder Judiciário, abordando aspectos inerentes a sua vida e também de uma possível aplicação do instituto da legítima defesa. Ademais, todas as condições subjetivas e objetivas, envolvendo a situação, deveriam ser levadas em consideração, de modo que o Sistema Prisional pudesse ofertar um tratamento adequado para essas mulheres.

Por fim, quanto a metodologia, adotou-se o método dedutivo, partindo-se de uma análise geral sobre o assunto (o cometimento de crimes pelas mulheres vítimas de violência doméstica) para uma análise mais específica (tratamento destas no cárcere). Além disso, em relação ao procedimento técnico, esse trabalho adotou o levantamento bibliográfico, realizando uma análise qualitativa e narrativa dos dados, pois fez uso de fontes secundárias, já publicadas sobre o assunto, tais como: livros doutrinários, artigos científicos, trabalhos de conclusão de curso, dados governamentais e a própria legislação civil brasileira.

1. MULHER E VIOLÊNCIA: UM RECORTE HISTÓRICO SOBRE A DOMINAÇÃO FALOCÊNTRICA E A DESIGUALDADE DE GÊNERO

Segundo Abbagnano (2012, p. 1002), a violência é uma “Ação contrária à ordem ou à disposição da natureza”. De modo complementar, Aurélio (2018) afirma que seria o estado daquilo que é violento, ou seja, um ato violento ou de violentar, constituindo um abuso da força. Além de ser um grave problema social, presente em todas as tradições e sociedades, a violência contra a mulher tem aumentado de forma exponencial nas últimas décadas, sendo hodiernamente um atrativo para a mídia, que é considerada uma aliada no que tange à conscientização e prevenção desta prática.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (2017), a violência seria um ato de força física ou psicológica a ser exercida contra um sujeito, com o intuito de feri-lo ou até mesmo macular uma cultura ou ideologia, nada mais sendo do que o exercício de um poder. Miranda (2018), ao

tecer comentários sobre a violência e a vida social do sujeito, vem reforçar o pensamento de que os conflitos sempre estiveram presentes no processo da configuração humana.

Segundo Saffioti (2015, p. 18): “[...] qualquer tipo de violência é uma violação dos direitos essenciais do ser humano”, ou seja, qualquer comportamento que venha atentar contra a intergirdade do indivíduo pode ser considerado um ato violento. Almeida (2015) reforça esse entendimento ao discorrer sobre os danos que a violência pode ocasionar para a vida do sujeito, referindo que estes podem ser irreversíveis. Ademais, esse fato pode atingir toda e qualquer classe social, inclusive, Dias (2016) faz um comparativo entre classes e valores socialmente construídos, de modo a discutir a responsabilidade coletiva em face dessas agressões.

A Organização Mundial da Saúde (2017) classifica a violência em violência interpessoal, violência contra si e a coletiva, nesta haverá sempre um terceiro que cometerá o ato. Quanto à interpessoal, contempla toda forma de violência doméstica ou de gênero, seja essa psicológica ou física. Segundo Teles e Melo (2012), o campo de investigação da sociologia, da antropologia e das ciências humanas introduziram a categoria gênero para demonstrar a realidade desigual entre os sexos, que pode influenciar tanto nas relações profissionais quanto nas pessoais, demonstrando que ainda nos dias atuais a figura feminina é considerada submissa e inferior ao homem.

Far-se-á necessário refletir acerca do aumento da violência, especificamente no que concerne ao sexo feminino, que figura como principal vítima dos casos de agressão no Brasil, tendo como agressores, na maioria das ocorrências, seus companheiros, que não concordam, dentre outros fatores, com a ascensão social e financeira da própria mulher (WEBER-MANN; BRAND; CHASSON, 2014). A violência contra as mulheres resulta de uma ideologia que define a condição feminina como inferior à masculina, sendo que as diferenças entre o feminino e o masculino são transformadas em desigualdades hierárquicas através de discursos masculinos sobre a mulher, os quais incidem especificamente sobre o corpo da mulher (SANTOS; IZUMINO, 2005).

Essas desigualdades existentes entre homens e mulheres são propagadas desde a infância, baseadas em conceitos socialmente construídos, especialmente na divisão de papéis, nos quais às mulheres são atribuídas atividades

privadas e atos de obediência e submissão, e ao homem é creditado um “direito” sobre a mulher (DE JESUS; SOBRAL, 2017). O conceito de violência contra a mulher então evoluiu para a violência de gênero, abarcando não apenas a violência perpetrada por um homem contra uma mulher, mas se traduzindo numa perspectiva humanitária, a fim de acabar com qualquer tipo de desigualdade hierárquica entre sexos, classes, etnias.

A ideia da submissão feminina se estendeu ao longo dos séculos, especialmente em decorrência do apoio da Igreja. Na Idade Média, só havia duas alternativas para uma mulher: casar-se, com um pretendente escolhido na maioria das vezes por sua família, ou ser enviada para um convento, como uma fiel serva de Deus. Além de incentivar a submissão feminina ao marido, a igreja procurou desestimular qualquer inserção ou interferência da mulher nos sistemas social, político e econômico da sociedade (LEITE; NORONHA, 2015).

A mulher, para ser autora de qualquer desvio, receberia primeiramente uma punição social, por não ter cumprido seu papel e, caso esse desvio configurasse algum tipo penal, receberia em segundo lugar uma punição formal do Estado, pré-determinada pela ordem patriarcal de gênero. Os homens, quando punidos, tinham penas relacionadas à legalidade e ao trabalho, já as mulheres tinham que recuperar seu pudor, tanto é que os primeiros presídios femininos ficavam em conventos, as presas recebendo orientação religiosa (NETTO; BORGES, 2013).

Ressalta-se que a Segunda Guerra Mundial representou uma verdadeira ruptura na história da mulher, em especial pelo desenvolvimento do movimento feminista, que passou a reivindicar maior autonomia para as mulheres na sociedade, desvinculando a imagem dessas do ser frágil e submisso caracterizado inicialmente. A busca por igualdade, tanto financeira quanto de gênero, conduziu a mulher à independência social, o que de certo modo contribuiu para o aumento da quantidade de casos de violência contra as mulheres (MINAYO, 2007).

Nesse aspecto, Essy (2017) assevera que entre os anos de 1980 e 2010 mais de 92 mil mulheres foram assassinadas, sendo 43 mil apenas na última década. É importante salientar, no entanto, que o advento da Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, contribuiu para a redução em 10% da taxa de homicídios dentro das residências. Cabe destacar, ainda, que segundo a Organização Mundial da Saúde

(2017), o Brasil ocupa a quinta posição no mundo entre os países com maior taxa de homicídios femininos. Miguel Reale (2017) afirma que mesmo sendo um fato, estes atos de violência durante muitos anos não possuíam valor jurídico, ou seja, as desigualdades e abusos a que as mulheres eram submetidas constituíam apenas um fato social.

Dentro da problemática da violência, percebem-se diferenças nas vivências da violência por homens ou mulheres; enquanto os homens são vítimas de violência na grande maioria das vezes, na esfera pública, a violência sofrida pelas mulheres se dá com maior frequência no ambiente doméstico, perpetrada pelos parceiros e sob condições muito mais severas e repetitivas (TERRA; D'OLIVEIRA; SCHRAIBER, 2015). Além disso, estas relações conjugais íntimas se revestem de complexidade, pois os envolvidos não estão apenas envolvidos emocional e sexualmente, eles possuem diversos projetos, papéis e responsabilidades em comum (MANITA, 2004). Esse contexto possibilita ao agressor criar uma rede de dependências e de controle sobre a mulher (MASSENA et al., 2016).

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E CRIME NO FEMININO: UM OLHAR SOBRE A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Os dados divulgados pela ONU Mulheres (2016), relativos ao cenário mundial de violência contra a mulher, apontam que cerca de 35% das mulheres no mundo já sofreram ou sofrem violência de seus companheiros. Todavia, para além disso, é importante apontar que as mulheres também praticam violência de gênero contra seus companheiros, e também podem exercer uma relação patriarcal contra crianças e adolescentes (OLIVEIRA et al., 2015). Porém, a diferença está na constatação de que as mulheres não têm essa projeção de dominação e exploração que os homens possuíam e possuem, embora hoje em menor escala.

Nesse aspecto, um estudo realizado por Musumeci (2011, p. 05), sobre a trajetória das mulheres presas no Estado do Rio de Janeiro, concluiu que a grande maioria das mulheres encarceradas sofreram em algum momento da vida algum tipo de violência doméstica e “4,7% chegaram à prisão sem trazer na bagagem uma experiência prévia de vitimização”. Na realidade, o estudo concluiu que mais de 95% das mulheres encarceradas já sofreram algum tipo de violência.

Outrossim, a aludida autora classificou três momentos em que os atos violentos ocorreram: “a) na infância, por parte dos responsáveis; b) na vida adulta, por parte dos maridos/companheiros; e c) quando foram presas, por parte de policiais civis, militares ou federais”. Dentro desse contexto, 75% das presas revelaram ter vivenciado pelo menos duas dessas situações. Outrossim, do total de presas, 72% admitiram ter sofrido violência física, psicológica ou sexual na infância; 74,6% foram agredidas durante o casamento; e 57,1% disseram ter vivido abusos em ambas as situações (MUSUMECI, 2011).

Paixão et al. (2018) discorrem que a violência conjugal provoca o desenvolvimento de patologias psíquicas e físicas nas mulheres, causando um estresse profundo capaz de contribuir para a prática de crimes contra o agressor, em face da impossibilidade daquelas em suportar os abusos. Esses problemas psicológicos podem acometer qualquer pessoa, seja ela da classe mais baixa ou da alta sociedade, tornando-se cada vez mais comuns nos últimos anos (ZANCAN; WASSERMANN; LIMA, 2013). Santos e Caridade (2017) corroboram essa visão, afirmando que a convivência familiar violenta pode a médio e longo prazo originar problemas psicológicos ou dores crônicas para a vítima e os demais familiares.

Apesar de a Lei Maria da Penha ter atribuído ao Poder Público a responsabilidade de instituir políticas de combate à violência contra a mulher, depreende-se que os tribunais brasileiros e demais órgãos possuem deficiência no atendimento as mulheres vítimas. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2018), a capacidade de resposta do Poder Judiciário a esta demanda judicial é crucial para a garantia dos direitos das mulheres. Nesse aspecto, estatísticas do ano de 2017 revelam que os magistrados conseguiram proferir sentenças em mais de 540 mil ações referentes a agressões domésticas, quantidade 18% maior do que a baixada em 2016, quando foram decididos 456.858 processos.

Ainda conforme esses dados, em 2017 houve um aumento percentual de 12% na quantidade de varas exclusivas para atender essa espécie de demanda, todavia, apenas 10 dos 27 tribunais estaduais brasileiros expandiram a estrutura de atendimento. Quanto aos Estados que obtiveram os melhores resultados no cumprimento da meta, destacam-se: Ceará (239%), Bahia (233%), Pará (208%) e Rio Grande do Sul (168%). Isto posto, tem-se que, na média, o índice de atendimento à demanda no Bra-

sil ficou em 119% (CNJ, 2018). Uma das principais críticas foi a inexistência de uma única via de acesso aos serviços apropriados devido a não padronização dos encaminhamentos das mulheres no cenário brasileiro.

Além disso, tem-se que a fragmentação do serviço e a falta de um centro de proteção integral, atrelados à incapacidade da polícia em determinar medidas de proteção, configuram reclamações constantes (KOLLER et al., 2017). Tudo isso corrobora para que as vítimas desse tipo de violência se sintam desassistidas pelo Estado, procurando meios não lícitos para “solucionar” o problema, ou seja, para dar fim aos abusos sofridos. Nesse aspecto, cita-se a pesquisa realizada por Almeida, que traçou o perfil das mulheres que se envolveram em assassinatos, em especial àquelas que cometeram o ato ilícito contra os cônjuges/companheiros que as maltratavam:

[...] em maioria, donas de casa, relacionadas à vida privada, aos sentimentos familiares e pacificadores, por muito tempo, os estudiosos da chamada “criminalidade feminina” expuseram e fizeram desencadear no imaginário social a ideia de que a mulher mata quando motivada por casos extremos de passionalidade e emoção e, portanto, suas vítimas são entes familiares, como maridos, filhos e parentes (ALMEIDA, 2001, p. 32).

Cumprе sinalar que os atos criminosos praticados pelas mulheres, quando derivados de uma situação de violência, podem ser considerados como uma forma de manifestação, isto é, “um grito em relação a algo que não vai bem. Esse grito pode ser de defesa, de vingança ou outra coisa qualquer que possa expressar uma busca desesperada de sair de um cotidiano marcado pelo sofrimento” (ALMEIDA, 2001, p. 37). Isso se dá porque a violência no contexto familiar comumente é praticada por indivíduos em que a vítima deposita confiança, sendo a busca pela justiça, como bem evidenciado, uma tarefa dificultosa para aquelas que vivenciam os abusos e precisam administrar as consequências desses.

Ainda em relação a esse assunto, é importante destacar que o Conselho Nacional de Justiça (2018) divulgou que em 2017 apenas 15 dos 27 tribunais estaduais possuíam equipe de atendimento multidisciplinar para a mulher, o que inclui assistência social, psicológica, médica e peda-

gógica. Consequentemente, não havendo assistência especializada nesses casos, muito menos existe qualquer esforço do Poder Público em analisar a situação das mulheres vítimas de violência doméstica que assassinaram seus agressores/companheiros. Portanto, existe um desinteresse do Estado em estudar, analisar e solucionar esses casos.

3. TRATAMENTO DISPENDIDO PELO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO ÀS MULHERES ENCARCERADAS

No Brasil, o sistema carcerário é dividido em penitenciárias, presídios, cadeias públicas, casas de albergado, patronatos e colônias agrícolas, cada qual se destinando a uma espécie de acolhimento específico do indivíduo que teve a prisão provisória ou definitiva decretada (art. 87 ao 104 da Lei nº 7.210/1984). Ao passo que as cadeias públicas surgem para acolher os presos provisórios até a sua audiência, as penitenciárias recebem aqueles que já foram condenados pela justiça e, que, por meio da reclusão em regime fechado, cumprem suas penas. Por sua vez, as colônias agrícolas são aquelas onde o sujeito cumpre a pena privativa de liberdade em regime aberto, tendo um suporte psicológico sempre que forem solicitados (CUNHA; PINTO, 2019).

A mulher que comete delitos atualmente possui garantia do cumprimento da pena nos termos do art. 5º, XLVIII, da CF: “em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Corroborando, tem-se que o preceito 8 das Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Reclusos, que trata da separação de categorias, discorre que a mulher deve ser detida em estabelecimento distinto dos homens. Ocorre que os estudos acerca da criminalidade feminina são escassos, por isso, sabe-se apenas que antes da construção de presídios masculinos, as mulheres eram misturadas com homens presos. Todavia, devido ao crescimento da população carcerária feminina e do reconhecimento de separação dos presos quanto ao gênero, surgiu o primeiro presídio exclusivamente feminino, em 1937 (SESSA, 2020).

Acrescenta a autora que, tais presídios apresentam problemas estruturais, deficiência de profissinais, o que acaba por ocasionar a violação dos direitos das presas (SESSA, 2020). De acordo com o relatório dis-

ponibilizado pelo Infopen Mulher (2018, p. 14), a população carcerária feminina no Brasil atingiu, em 2016, a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, “o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional”. Tem-se, ainda, que o Brasil possui a quarta maior população prisional feminina do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, que possui 211.870 mulheres presas, da China (107.131 presas) e da Rússia (48.478 presas).

A prisão, especificamente em relação à perspectiva de gênero, revela as desigualdades presentes nos diferentes espaços sociais. Mesmo aprisionadas em ambientes destinados ao cárcere feminino, as detentas não têm as suas peculiaridades de gênero reconhecidas, ou seja, em face dos espaços prisionais serem voltados em sua maioria para os homens, comumente as mulheres recebem o mesmo tratamento dispensado a eles (SANTORO; PEREIRA, 2018). Uma particularidade do encarceramento feminino é o abandono da mulher presa por parte de sua família. Dados estatísticos comprovam que 60% das mulheres presas não recebem nenhum tipo de visita (NETTO; BORGES, 2013). Ademais, quase inexistente visita íntima.

Destarte, as mulheres aprisionadas “possuem demandas, necessidades e peculiaridades que são específicas”, fatores que de modo comum são “agravados por histórico de violência familiar, maternidade, perda financeira, uso de drogas, dentre outras causas” (SANTORO; PEREIRA, 2018, p. 90). Sendo assim, além das relações familiares serem estabelecidas de formas diversas para as mulheres, o próprio envolvimento delas com crime ocorre de maneira distinta dos homens. Em relação ao tipo de delito, a maioria das mulheres responde por tráfico de drogas (62%) e apenas 6% cometeram homicídio (INFOPEN, 2018). As que cometem homicídio, por figurarem de modo quase que imperceptível dentro do sistema, tornam-se verdadeiras incógnitas, haja vista que são raros os estudos que visam analisar o perfil delas, bem como as condições e motivações que contribuíram para a prática do crime

Cabe apontar, ainda, que a maior parte das mulheres submetidas a penas de privação de liberdade não possuem vinculação com grandes redes de organizações criminosas, tampouco ocupam posições de gerência ou alto nível e costumam ocupar posições coadjuvantes nestes tipos de crime (DEPEN, 2017). Já em relação às condições de encarceramento, até junho

de 2016 o Estado do Rio de Janeiro possuía 2.254 mulheres privadas de liberdade no seu sistema prisional. Todavia, cerca de 1.021 presas ainda não possuíam condenação, ou seja, quase metade da população carcerária feminina do Estado era composta por presas provisórias (45%) (INFOPEN MULHER, 2018).

No Sistema Prisional do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, às mulheres que praticaram crimes contra os seus agressores, nesse caso, o homicídio ou a tentativa de homicídio, não possuem análise adequada do fato, haja vista que muitas vezes o estabelecimento prisional nem sequer realiza a classificação do tipo de crime praticado por elas. Isso porque as especificidades das presas e da situação que as levaram até lá, não são analisadas no momento do cumprimento da pena. Na realidade, o que se observou, acerca da condição feminina no cárcere, é que inexistente consenso entre a realidade da prisão e os dados apresentados nas estatísticas oficiais, já que muitos estabelecimentos não os enviaram para o Depen (INFOPEN, 2018).

Sendo assim, conclui-se que não há por parte do Estado um olhar diferenciado para as mulheres que praticam homicídio decorrente de situações de violência. Existem muitos estudos sobre o envolvimento das mulheres com o tráfico de drogas, que representa o maior percentual de envolvimento delas no mundo do crime, mas não sobre a relação do crime com a violência sofrida por elas. Pelo contrário, o que se percebe é que cerca de 70% das mulheres encarceradas sofrem problemas de ordem mental, não recebendo qualquer assistência psicológica nos estabelecimentos prisionais (CANAZARO e ARGIMON, 2010).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática da violência além de ser um grave problema social, presente em todas as sociedades, foi em dado momento da história legalizada. No entanto, após o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, quando tiveram a sua dignidade reconhecida, essa prática passou a ser severamente prevenida e punida. Todavia, salienta-se que a atuação do Estado, no combate a violência contra a mulher, possui, na maioria das vezes, tão somente um cunho de imediatividade, não visando a resolução do problema, apenas a sua contenção. É possível perceber isso a partir dos

números, que denotam que a prática dessa violência tem aumentado de forma exponencial nas últimas décadas, sendo um ato que atenta contra a integridade da mulher e de sua família, causando diversos danos, muitos deles irreversíveis.

Nas últimas décadas, a violência doméstica tem ganhado contornos cada vez mais perigosos, tornando-se letal. Ademais, tem-se que os tribunais brasileiros não possuem estrutura adequada para atender a mulher violentada, ou seja, não possuem equipe de atendimento multidisciplinar com assistência social, psicológica, médica e pedagógica para ela. Neste aspecto, tem-se que a discriminação, o preconceito histórico e a desigualdade de gênero são fatores que também contribuem para a delinquência feminina e não apenas para a sua vitimização. Desse modo, é muito importante o estudo da vítima para compreensão da gênese do delito, devendo esta, enquanto autora de delitos, receber um tratamento diferenciado por parte do Poder Judiciário e do sistema carcerário.

A criminalidade feminina sempre foi invisível na sociedade, tendo em vista que a mulher era estigmatizada como um ser frágil e de pouca vontade. Dados que analisam o aumento dessa criminalidade no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, apontam que a grande maioria das encarceradas sofreram violência doméstica em algum momento da vida. Além de possuírem necessidades e peculiaridades específicas, agravadas pelo histórico de violência doméstica, o próprio envolvimento da mulher no mundo do crime ocorre, na maioria das vezes, de maneira distinta dos homens. No entanto, mesmo diante disso, as detentas não têm as suas peculiaridades de gênero reconhecidas, pelo contrário, a prisão revela as desigualdades presentes nos diferentes espaços sociais, sendo a mulher presa, em especial aquela que comete homicídio, invisibilizada pelo sistema, já que figuram de modo quase imperceptível no sistema.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ALMEIDA, R. O. **Mulheres que matam**: universo imaginário do crime no feminino. UFRJ, Núcleo de Antropologia da Política. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 2001.

AURELIO, **O minidicionário da língua portuguesa** – 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Positivo, 2018.

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

Brasília: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** *Código Penal*. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** *Institui a Lei de Execução Penal*. Brasília: Congresso Nacional, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **Regras de Bangkok:** Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

CAVALIERI FILHO, L. F. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CANAZARO, D.; ARGIMON, I. I. L. Características, sintomas depressivos e fatores associados em mulheres encarceradas no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 7, p. 1323-1333, jul, 2010.

CNJ. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**, 2018. Disponível em: http://cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27.pdf. Acesso em: 26 dez. 2019.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência Doméstica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DEBERT, G. G.; OLIVEIRA, M. B. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a “violência doméstica”. **Cadernos Pagu**, 29, 2007.

DE JESUS, L. R.; SOBRAL, C. C. R. Culpabilização da mulher: a perspectiva de policiais de uma delegacia especializada no atendimento à mulher. **Revista Artemis**, v. 23(1), p. 196-210, 2017.

DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações penitenciárias Infopen Mulheres**. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

DIAS, M. B. **Manual de direitos das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ESSY, D. B. A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 26 jul. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589527&seo=1>. Acesso em: 27 dez. 2019.

ESPINOZA, O. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FERNANDES, N; FERNANDES, V. **Criminologia integrada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLORENZANO, F. W. Vitimologia no Direito Penal brasileiro: aplicação prática específica. **Iuris in mente: revista de direito fundamentais e políticas públicas**. Ano II, n. 2. Itumbiara, jan.-jun, 2017.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte especial**, vol. III, 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

INFOPEN Mulher. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres**, 2ª edição. Brasília-DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

KOLLER S. H. et al. Understanding and Combating Domestic Violence in Brazil. In: Buzawa E., Buzawa C. (eds) **Global Responses to**

Domestic Violence. Springer, 2017. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-56721-1_14. Acesso em: 20 jan. 2020.

LEITE, R. M.; NORONHA, R. M. L. A violência contra a mulher: herança histórica e reflexo das influências culturais e religiosas. **Revista Direito e Dialocidade.** Universidade Regional do Cariri, 2015.

MANITA, C. Uma outra via para a não violência: a intervenção psicológica em agressores. **Revista Polícia e Justiça.** 2004. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=83739. Acesso em: 30 abr. 2019.

MATOS, R.; MACHADO, C. Criminalidade feminina e construção de gênero: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia. **Revista Análise Psicológica**, v. 30, n. 1-2, p. 33-47, 2012. Disponível em: <http://scielo.mec.pt/scielo.php?script=S0870-82312012000100005&Ing=pt&tIng=pt>. Acesso em: 04 set. 2020.

MASSENA, A.; FERNANDES, C.; RAVARA, D.; RIBEIRO, F. M.; SUSANO, H.; GAGO, L.; PERQUILHAS, M.; GUERRA, P.; PENA, S. **Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno**, 2016. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/51716099/violencia-domestica-implicacoes-sociologicas-psicologicas-e-juridicas-do-phenomeno-ebook>. Acesso em: 30 abr. 2019.

MINAYO, M. C. Z. **Conceitos, teorias e tipologias de violência: a violência faz mal à saúde**, 2007. Disponível em: http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_mulher/capacitacao_rede%20modulo_2/205631-conceitos_teorias_tipologias_violencia.pdf. Acesso em: 03 jan. 2019.

MIRANDA, M. M. Sociedade, Violência e Políticas de Segurança Pública: da Intolerância à Construção do Ato Violento. **Revista Eletrônica da Faculdade Machado Sobrinho**, 2018. Disponível em: http://www.machadosobrinho.com.br/revista_online/publicacao/artigos/Artigo01REM3.pdf. Acesso em: 21 dez. 2019.

- MOE, A. M. Silenced voices and structured survival: Battered women's help seeking. **Violence Against Women**, v. 13, n. 7, 2007.
- MOREIRA, C. L. Aspectos da criminalidade feminina. **Revista âmbito Jurídico**, 2018. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4088. Acesso em: 21 dez. 2019.
- MUSUMECI, B. Mulher e violência no sistema de justiça criminal. **Trabalho e Sociedade** – Ano 1 – Nº 2, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2011/05/Mulher_e_violencia_no_sistema_de_justica_criminal.pdf. Acesso em: 21 dez. 2019.
- NETTO, H. H. C. e BORGES, P. C. C. A Mulher e o Direito Penal Brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 17, n.2, 2013.
- NUCCI, G. S. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- OLIVEIRA, M. F. **Metodologia científica: um manual para a realização de pesquisas em Administração**. Catalão, UFG, 2011.
- OMS. **Organização Mundial da Saúde**, 2017. Disponível em: <https://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- ONU Mulheres. **Diretrizes nacionais feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Brasília: Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres, 2016. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.
- PAIXÃO, G. P. N. et. al. Naturalização, reciprocidade e marcas da violência conjugal: percepções de homens processados criminalmente. **RevBrasEnferm**. v. 71(1), p. 190-6, 2018. Disponível em: <http://>

www.scielo.br/pdf/reben/v71n1/pt_0034-7167-reben-71-01-0178.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

REALE, M. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSTIROLLA, L. **A adoção das parcerias público-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos**. 2015. Dissertação (Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/96/1/Luciano%20Rostirolla%20-%20Disserta%20C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

SANTOTO, A. E. R.; PEREIRA, A. C. A. Gênero e prisão: o encarceramento de mulheres no Sistema penitenciário brasileiro pelo crime de Tráfico de drogas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v.13, n. 1, p. 87-112, 2018.

SANTOS, A. M. R.; CARIDADE, S. M. M. Violência nas Relações Íntimas entre Parceiros do Mesmo Sexo: Estudo de Prevalência. **TrendsPsychol**, v.25, n.3, p.1341-1356, 2017. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2358-18832017000301341&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 26 dez. 2019.

SANTOS, C. M.; IZUMINO, W. P. Violência contra as mulheres e violência de gênero: **Notas sobre Estudos Feministas no Brasil**. v. 16, n. 1., 2005. Disponível em: < <http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

SAFFIOTI, H. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo, Editora Expressão Popular, Fundação Perseu Abramo, 2015.

SESSA, Amanda. Lourenço. Estabelecimentos Prisionais Femininos no Brasil. **Âmbito Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/estabelecimentos-prisionais-femininos-no-brasil/>. Acesso em: 10 set. 2020.

SCHRAIBER, L. B. et al. Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde. **Revista Saúde Pública**.

2002. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/rsp/2002.v36n4/470-477/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

TAVARES, R. L. G.; SILVA, A. S. Percepção disfuncional do agressor na Lei Maria da Penha: Tolerância e invisibilidade num sistema de continuidades. Rio de Janeiro: **Quaestio Juris**, v. 10, n. 3, p. 2031-2059, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/25387/21125>. Acesso em: 26 dez. 2019.

TELES, M. A. M.; MELO, M. **O que é violência contra a mulher?** São Paulo: Editora Brasiliense, 2012.

TERRA, M. F.; D´OLIVEIRA, A. L.; SCHRAIBER, L. B. Medo e vergonha como barreiras para superar a violência doméstica de gênero. Athenea Digital. **Revista de pensamiento e investigación social**, v.15, n. 3, p.109-125, 2015.

WEBERMANN, A. R.; BRAND, B. L.; CHASSON, G. S. Childhood maltreatment and intimate partner violence in dissociative disorder patients. **European Journal of Psychotraumatology**, 2014.

ZANCAN, N.; WASSERMANN, V.; LIMA, G. Q. A violência doméstica a partir do discurso de mulheres agredidas. **Revista Pensando fam.**, Porto Alegre v.17, n.1, 2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2013000100007. Acesso em: 26 dez. 2019.

DOM CASMURRO, O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E O IN DUBIO PRO REO: A DÚVIDA ESTÁ A FAVOR DO ACUSADO?

*Marco Aurélio do Carmo*⁷⁰

*Marisa Rossafa*⁷¹

*Matheus Hipólito Pio*⁷²

*Rosemeire Bezerra Araujo*⁷³

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz, em abordagem interdisciplinar, a sumidade da obra deixada por Machado de Assis: Dom Casmurro suscitando insuperável polêmica e dúvida. Afinal “Capitu traiu ou não Bentinho?” Pergunta tal qual o autor não nos deixou resposta, restando apenas dúvida pairando no ar. Questão se faz por fonte e base para o ponto medular do estudo: o Princípio da Presunção da Inocência positivada na Constituição Federal e demais dispositivos infraconstitucionais.

70 Advogado formado pela Faculdade de Direito de Osasco e docente na FECAF -Faculdade Capital Federal.

71 Advogada formada pela Universidade de Santo Amaro, especialista em Ciências Criminais pela UNIDERP e docente na Universidade Anhanguera de Taboão da Serra.

72 Estudante de Direito pela Universidade Anhanguera de Taboão da Serra.

73 Docente graduada em Letras Português- Inglês pela Faculdade Ibirapuera, especialista em Literatura Brasileira e Língua Portuguesa pelo INEQ.

Por oportuno, cabe considerar, desde já, que a obra machadiana servirá para instruir o presente como matriz para o estudo, restando aos pesquisadores do Direito tentar exaurir a indagação principiológica, sobremaneira, no sentido ao aprofundamento da temática primariamente abordada no objetivo de ensejar subsídios para uma reflexão acerca da real efetividade da aplicação do Princípio da Presunção da Inocência nos Tribunais e todo o sistema jurídico vigente.

O esforço de esgotar referido tema será intermediado por hermenêutica jurídica, mas não só. O texto será desenvolvido paralelamente às teorias penalistas, a Criminologia Crítica e constitucionais do Direito por meio de autores, sites, artigos especializados e jurisprudência, se conveniente.

Como critério de inclusão, serão considerados referenciais teóricos-metodológicos – anais, artigos científicos, dissertações e teses a partir do ano de 1950. E, por ser mais objetiva e delimitativa, para a análise destes dados a abordagem metodológica adotada será uma revisão integrativa, considerando as evoluções e involuções do nosso sistema acusatório penal.

Assim, faz-se absolutamente pertinente começar com o conceito de crime: “Toda infração imputável, positiva ou negativa, definida na lei penal. [...] É a prática de fato ou ato tipificado na lei penal como ilícito, ou contrário à lei penal”. assim, define de maneira objetiva o Dicionário Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá⁷⁴, visto que no Código vigente não há definição de crime, salvo se considerarmos a Lei de Introdução ao Código Penal que no intento de definir crime, apregoa:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Definição que resta superada, não considerando a Teoria Analítica do Crime adotada pelo CP. Logo, cabe à Doutrina tal definição, ainda que haja divergência sobre o tema entre as escolas penalistas. Desta feita, vem ao socorro do acusado o Princípio da Dúvida Razoável e a Cindibilidade

74 <https://www.tjap.jus.br/portal/65-tjap/corregedoria/servicos/164-dicionario-juridico.html>

do Direito, afastando do caso em exame da norma penal inconvincente ou omissa. A respeito da norma penal, preleciona Damásio de Jesus: “Por mais clara que seja a letra da lei penal, como qualquer regra jurídica, não prescinde do labor exegético, tendente a explicar-lhe o significado, o justo pensamento, a sua real vontade, a sua *ratio juris*.” (Jesus, 2020 p. 77)

Insta consignar que a prova admitida em direito mais adequada no cenário hodierno é a “*beyond a reasonable doubt*”, Cornell Law School a define como a prova certa e garanta condenatória além de qualquer dúvida razoável. Ensejando ao conselho de sentença elementos probatórios que torne certa a culpa do réu para decisão de sentença condenatória, fazendo por demonstrar com maior perfeição o Princípio da Presunção da Inocência e o *in dubio pro reo*, que – anote-se – em leitura sumaríssima da obra machadiana que instrui este estudo, são princípios notáveis, constituindo parcela do ordenamento jurídico pátrio.

Nessa celeuma, é absolutamente conveniente tratar tal questão pelo prisma principiológico da Constituição Federal de 1988, Código Penal e Processo Penal, legislação esparsa e demais dispositivos normativos infra-constitucionais. Cabe, portanto, ao pesquisador do Direito servindo-se de a obra como diretriz do estudo tentar responder a inquirição invocada no título: “a dúvida está [sempre] a favor do acusado?” A lei, vem – por seu turno – afirmando que está, conforme Princípio da Irretroatividade da Lei Penal Mais Severa, plasmada na Constituição Federal: Art. 5º [...] XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o acusado;

Ad instar, acompanha o art. 2º do Código Penal:

Art. 2º [...]

Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos interiores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Verifica-se, portanto, o alcance da lei penal, trazendo a aplicação ao acusado da *novatio legis in mellius*. Como supracitado, a letra fria da lei vem ao auxílio do paciente, mas investigaremos a efetiva aplicação destas na prática forense, além dos princípios inarredáveis à Presunção da Inocência, consubstanciados no art. 5º da CF/88: “LV – aos litigantes, em

processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

1. FENOMENOLOGIA DO CRIME

É imperativo entender o que é crime para depois compreendermos os princípios que baseiam esse artigo e a competência do Ministério Público que é instituição permanente e essencial à defesa da ordem jurídica, art. 129 CF/88, que deve deter o onus probandi. Assim, mais perfeitamente, entender-se-á o Princípio *in dubio pro reo* que deve ser manifestamente favorável ao acusado em caso de dúvida do juízo.

Não é exigível esforço intelectual para se vislumbrar que o conceito e a fenomenologia do crime foram e ainda são exaustivamente estudados. Nota-se que, dos ordálios até hoje, o crime é razão de teorias monumentais na constância da História do Direito Penal, exigindo dos pesquisadores do Direito esforços hercúleos para tentar elucidar “fato ilícito-penal.”

Vis-à-vis, cerne dessa deficiência dá-se em parte pela dinamicidade da sociedade, que o Direito como Ciência Social Aplicada, tem de acompanhar as ações humanas: imprevisíveis e virginais. Entretanto, já com tal previsão, na Lei de Introdução ao Direito brasileiro o legislador preceituou no art. 4º art. “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” *In fine*. Porém, o Conceito Analítico de Crime, assistir-nos-á na compreensão da definição do ordenamento jurídico pátrio, ainda que haja divergência doutrinária sobre referida definição.

Para que um crime seja tido como tal, tecnicamente, precisa passar por três “substratos” que a Teoria Analítica do Crime convencionou chamar de fato típico, ilicitude e culpabilidade. Predicados legais indispensáveis à boa aplicação das leis, visto que ensejam segurança jurídica para oferecer denúncia e para avaliar o caso em espécie analisando o mérito da causa para estabelecer melhor estratégia e tese defensiva.

1.1. DO FATO TÍPICO

A tipicidade é a tradução do princípio da legalidade. Para que haja proteção dos bens jurídicos caros à sociedade, assim, a norma penal precisa

trazê-lo de forma explícita na lei. Desta forma, para que o fato seja típico, deve estar expresso na lei. Ademais, a conduta deve ser de um humano, agindo de forma voluntária, com vontade ou sem os devidos cuidados que a lei exige (dolo e culpa), direcionados a um ilícito. Devendo-se haver uma ligação entre a conduta e o resultado, o que conhecemos por nexo causal.

Assim, o fato típico é aquele que possui a conduta proibida em lei, o resultado desvalioso, o nexos causal e sua descrição na norma penal anterior ao fato que se visa punir.

1.1.1. DA ILICITUDE OU ANTIJURICIDADE

Todo fato típico se pressupõe ilícito. Neste passo, verificamos a presença de alguma excludente da ilicitude, que tornaria válida a ação praticada: a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito, e estrito cumprimento do dever legal.

Cabe entender que a antijuricidade está presente em todas as esferas do Direito, e toda antijuricidade é comissiva ou omissiva, somente os descritos em lei penal por serem bens jurídicos mais gravosos. Também quando apresentam conduta contrárias entre o ordenamento jurídico e fato típico.

1.1.2. DA CULPABILIDADE

Por fim, este substrato da Teoria Analítica tem a finalidade de analisar se o agente é alcançado pela lei penal. Nesta senda, por expressa determinação legal, excluem-se da repressão penal os menores de 18 anos, não importando se o adolescente é mais ou menos esclarecido; razões de doença mental, que impedem a noção do caráter ilícito, passível de ressalva da lei penal e a coação moral irresistível.

Por fim, um fato típico e ilícito praticado por uma pessoa entorpecida por causa proveniente de caso fortuito ou força maior, tem a sua culpabilidade excluída. Assim, a culpabilidade é pergunta que se faz: “Quem se pode punir?”.

2. DOM CASMURRO

Maria Capitolina Santiago traiu Bento Santiago? Presume-se que não, não só pelos princípios neste invocados, mas pelos fatos abaixo adu-

zidos. Ademais, nota-se que Bentinho, em sua narrativa em tempo algum descreveu características da teoria tripartite que ancora o conceito de crime adotado pelo nosso sistema penal. A base de sua desconfiança quimérica é o único fato de Capitu, epíteto de Maria Capitolina, permanecer por um dia sozinha com Escobar, ocasião de uma visita.

Em certa feita, ainda tentando corromper a integridade de Capitu, a menção que Bentinho faz às “ideias atrevidas” que ela tinha desde os 14 anos, prova de que ele construiu uma imagem negativa de sua futura esposa e a manteve por muito tempo. Ademais, dignos de nota são a necessidade de sempre citar os “olhos de ressaca”, o ciúme exagerado por várias vezes descrito nos momentos de agressividade, o ciúme de um cavaleiro que passa na rua, a cogitação da possibilidade de matar uma prima chamada Justina por ela insinuar um romance com Capitu, enxerga no próprio filho os traços de Escobar, suposto amante dela, concebe a ideia de um suicídio e até pensa em matar a mãe por conta da promessa de ir para o seminário.

Pois bem, vários exemplos de que o desequilíbrio e as frustrações de Bentinho têm um impacto negativo na vida da Capitu, *mas os absurdos não param por aí. Por óbvio, não se pode condenar Capitu pela evidente incapacidade mental de Bentinho. De fato, “a lenda rezada é absolutamente crível.”*

Tem-se na narrativa do romance única versão: a de Bento Santiago. O azar de sua consorte, trazia o julgo da conservadora lei penal que vigia à época, apenando o acusado por constrição de liberdade, constante ao art. 240, CP, Adultério, considerando o ano de publicação da obra. Hoje revogado por ser não ser considerado crime de esfera penal, mas inadimplemento das obrigações conjugais civis.

À época dos fatos havidos, regia o princípio confessio est regina probationum, e pelo exposto por Bentinho é incontestado o iter criminis de Homicídio Qualificado na modalidade tentada – vide Cap. CXXXV / OTELO – que apenas não se consumou pela desistência voluntária, isso no caso de Capitu.

No caso de seu filho, Ezequiel, dolosamente, deu ao menor impúbere café envenenado configurando crime de Homicídio Doloso Qualificado por Motivo Torpe que apenas não se consumou por crime falho. Verifica-se de pronto, que as vítimas são – na verdade – seu filho e sua conjugue!

No entanto, ainda considerando o crivo do contraditório, também se presume a inocência de Bentinho.

3. DO PARQUET

Ab initio, deve-se ter mínima noção da essência do que deveria constituir nosso sistema penal. Lopes Jr. leciona primorosamente:

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. [...]. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. (LOPES JR, 2018, e-Pub n.p.).

E complementa:

[...] possui ainda nossa Constituição uma série de regras que desenha um modelo acusatório, como por exemplo: titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art.129, I) [...]. (LOPES JR, 2018, e-Pub n.p.).

Tudo isso conforme expresso na Lei Orgânica do Ministério Público, pela qual constitui o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, permeado por investigação fundada com vistas a corroborar evidências indubitáveis acerca de fato ilícito-penal, incitando ao Conselho de Sentença, ao Juízo Monocrático ou ao Órgão Colegiado a dúvida além do razoável, que na dúvida, insuficiência ou inconsistência do conjunto probatório deve absolver o acusado, presumindo sua inocência.

Assim, a proposição de Ação Civil Pública é exclusiva do Ministério Público, conforme plasmado no art. 129 da Constituição Federal. Contudo, todo aquele que acusa deve por conjunto probatório válido provar pelo indício e pela materialidade.

A única, frise-se, prova indiciária de suposta relação extraconjugal de Capitu, conforme art. 239 do CPP, deu-se por ocasião da visita de Esco-

bar, devendo haver conjunto probatório consistente no crivo do contraditório para sentença condenatória além de todos os meios de defesa assegurados. A mesma lógica deve seguir o Ministério Público. Nessa esteira, além de imputar o ilícito ao ofendido deve-se comprovar, além da dúvida razoável, considerando até o trânsito em julgado a inocência do acusado e na dúvida, pedir ao Estado-Juiz sua absolvição, pois o parquet é fiscal da ordem jurídica devendo zelar pelo bom cumprimento das leis, e não pedir a constrição de liberdade a todos que se sentam no pelourinho dos réus.

Conforme abaixo demonstrado, o RHC impetrado, foi indeferido pelas patentes indícios de autoria e materialidade. O juízo monocrático negou provimento à recorrente que pleiteava pedido liminar: “a liberdade provisória mediante imposição de medidas cautelares diversas da prisão[...]” fundamenta o relator:

A materialidade, bem como os indícios de autoria dos crimes a eles imputado encontram-se comprovados no procedimento em testilha [...] As circunstâncias da conduta criminoso imputada à paciente indicam a existência de destacada gravidade concreta da prática delitiva. (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 101.018 – MG 2018/0186448-5 RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO. RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. JULGADO EM: 30 DE JULHO DE 2018.)

3.1. SÍNDROME DE DOM CASMURRO

A síndrome de Dom Casmurro é uma das mais gravosas mazelas de nosso direito, diretamente refletida pelos fatos da obra aduzida denunciando a crise identitária que há entre as partes no curso do processo. Essa mesma ideia compulsiva, criativa e fértil de Bentinho, levam alguns juízes, com subterfúgio de obter a “verdade real” por mais probo que seja seu desejo de Justiça, a instruir todo o processo produzindo e gerindo provas; decidindo; condenando e executando a sentença. Fenômeno teratológico chamado “Síndrome de Dom Casmurro” merecedora de artigo exclusivo.

Lopes Jr., apud Brito sugere que “a atribuição de poderes de forma instrutória ao juiz, sejam eles em qualquer fase são um erro tremendo, visto

que, acarreta na destruição completa do democrático processo penal [...]” Nesse norte, insurge Soares: “a imaginação perversa da Justiça superava as piores fantasias do mais cruel dos criminosos” (Informação Verbal)⁷⁵

Tal fenômeno macula o processo penal. E para tal proteção jurisdicional, vem o Código de Ética da Magistratura Nacional, art. 8º, preconizando a imparcialidade do juízo, e equidistância das partes a fim de evitar favoritismo ou predisposição ao preconceito. Nesse sentido o HC nº 164493/PR, assenta:

No processo penal brasileiro, a imparcialidade deve ser compreendida dentro do espectro de consagração do modelo de persecução acusatório. O modelo acusatório determina, em sua essência, a separação das funções de acusar, julgar e defender, e, assim, tem como escopo fundamental a efetivação da imparcialidade do juiz, visto que esta é claramente violada em um cenário de julgamento inquisitivo. [...] Contudo, a mera separação formal não é suficiente, devendo-se vedar a usurpação das funções acusatórias pelo juiz e também a sua união ilegítima com qualquer uma das partes em detrimento da paridade de armas. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. HABEAS CORPUS 164.493/PR. Min. Edson Fachin).

Não há que se cogitar a participação do juízo no curso policial e/ou persecutório até que acolha a vestibular acusatória que deve, em regra, ser ofertada privativamente pelo Ministério público conforme dispõe a Constituição. Assim, é absolutamente indispensável a equidistância do juízo entre as partes, cabendo apenas o julgamento da lide em consonância com os pedidos, provas, e alegações de fato e direito aduzidas na tutela jurisdicional. E nada mais.

O Estado-Todo-Poderoso que imputou suposto ilícito ao acusado deve deter o ônus da prova, conforme o art. 156 do CPP⁷⁶ que merece

75 Citação oral da obra “Justiça”, de Luiz Eduardo Soares, feita em debates do Terceiro Tribunal do Júri, pelo Dr. Ércio Quaresma Firpe, Advogado, OAB/MG 56311. Fórum Dom Pedro Aleixo. Data desconhecida.

76 “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

exegese sofisticada, pois ensejou condição diversa ao nosso Direito Penal. Examinemo-lo por partes.

“A prova de alegação incumbirá a quem a fizer” – *in casu*, o Ministério Público em seu múnus de acusar e obter o onus probandi. Nada obstante, instado a vistar inquéritos de ações privadas que derivam a matérias de ordem pública, deve se manifestar dentro do prazo legal ou o estabelecido pelo juízo.

A segunda parte do *caput* vem, por sua vez facultando, de ofício, ao juiz ordenar produção antecipada de provas. Redação manifestamente perversa e tendenciosa, rumando a um sistema inquisitorial, ferindo o Juiz das Garantias Constitucionais, com ilegal e ilegítimo Cerceamento de defesa; avilta a Ampla Defesa; o Contraditório; o Devido Processo Legal; o Princípio da Correlação; da Presunção de Inocência; da Isonomia; da Inércia da Jurisdição; da Menor Ingerência Possível e da Paridade De Armas Processuais.

O artigo 156, CPP colide com os arts. 3º A e 157 *ibidem*. O art. 3-A é artigo que veda sumariamente a participação do magistrado na fase investigatória, proibindo-se-lhe dilação probatória, substituindo função do órgão estatal acusatório. Todavia, há de se convir que é um dispositivo necessário e, concomitantemente, óbvio, pois o juízo pelo Princípio da Inércia da Jurisdição não deve intervir *ex officio*.

E, seguidamente, o 157 dispõe sobre provas ilegais ou que firam o dispositivo constitucional, logo, se o art. 156 faculta ao juiz de ofício, produção antecipada de provas e a Constituição, art. 5º § LVI⁷⁷ associado ao art. 157 vedam provas ilegais, toda prova produzida pelo Juízo *ex officio* é ilegal, devendo ser desentranhada do processo. Mais adiante:

Transgride de igual forma o art. 8º do Código de Ética da Magistratura Nacional; arts. 1, 25, e 26 da Lei Orgânica do Ministério Público e do artigo 5º § LV, LVII, 129 e seguintes da Constituição Federal.

Além do mais, observe-se a transgressão dos diversos pactos internacionais uníssonos nessa esteira: a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana de Direitos Humanos e, por fim, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

1 - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas [...]

77 Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O revés do sistema acusatório instala tudo o que em nosso Estado Democrático de Direito deveria ser algo impensável, dado conspícuo caráter inconstitucionalíssimo do texto legal, digno de Ação Direta de Inconstitucionalidade em sede de Medida Cautelar, pois os direitos individuais perecem com a lei junto com os princípios regentes do Direito que são tão somente tinta preta no papel branco. O juiz pode muito, mas não pode tudo; o país onde há mais faculdades e escolas de Direito no mundo não pode ter a Justiça como exceção.

Assim, não há que se discutir que é função exclusiva, ministerial e pública, por meio de seus bastantes representantes, regular a ordem jurídica, para ofertar denúncia ao juízo competente zelando inclusive pela imparcialidade do magistrado que deve não conhecer, sob nenhuma hipótese, a lide até o momento da oferta da denúncia. Desta feita, a Síndrome de Dom Casmurro é, ao mesmo tempo, um termômetro para aferirmos a saúde de nosso sistema penal e uma vergonha internacional incomensurável.

4. DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Nesse esteio, deve-se tecer algumas considerações correlacionando a Síndrome de Dom Casmurro para com o *in dubio pro reo* e o princípio de presunção da inocência. A premissa central é que conhecendo o processo desde o inquérito, e pior, produzindo as provas que julgam necessárias, o juízo já está contaminado e há de ter um pré-juízo concebido nocivo do acusado. E com isso queremos dizer que o acusado já está presumidamente condenado. De plano, se assim o é, tais princípios são belíssimos direitos estampados como meros opúsculos na vil folha de papel.

Ademais, há influências extrajurídicas influenciando diretamente a decisão do juízo como, por exemplo a posição topográfica das partes no plenário, uso de algemas e do uniforme penitenciário na sessão de julgamento. Talvez a mais grave destas seja a locução “Direito Penal.” Quando se diz “penal”, pressupõe-se que já há crime, por óbvio, pena. Tal locução resta superada, defendemos “Direito de Justiça”, pois os direitos do acusado também devem ser assegurados como os da parte ofendida, mesmo depois de sentença condenatória, conforme texto legal. O direito de punir do Estado deve ser aplicado após provado patente ilícito-penal, mediante zelosa persecução de culpa.

Ato contínuo, o Supremo Tribunal Federal cingiu com efeito vinculante e erga omnes o descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais e o CPP, Art. 283, que dispõe acerca da prisão somente após sentença condenatória transitada em julgado, além dos princípios ora invocados, com o indeferimento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43/44/54 de 2016 a 2019, entendendo lúdima prisão em segunda instância sem exaurimento dos recursos, que eventualmente poderiam provar a inocência do acusado, ferindo o princípio da presunção de inocência, o *in dubio pro reo* e do duplo grau de jurisdição, leis pátrias, pactos internacionais e mais gravemente: a Constituição que juraram solenemente proteger.

Verifica-se que o maior direito juridicamente tutelado que fora inequivocamente lesado e constitucionalmente garantido no caso em tela é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fonte, centro e raiz de nosso ordenamento jurídico. Por mais que seja temporária, a relativização de norma constitucional plasmada em cláusula pétrea não seria admissível em nenhum país sério e democrático. Referido desvario jurídico entabula séria lacuna para decisões sectárias e a insegurança jurídica revela-se grave. Infelizmente, vemos, dia a dia, noturna e diuturnamente, injustiças de toda sorte. Acostumamo-nos com elas, mas jamais nos curvaremos tampouco conformar-nos-emos para com elas diante de tal despautério.

Descabido seria falar sobre condenação pena(L), antes de comprovado ilícito, se assim o for, a última coisa que há nessa ramificação das Ciências Jurídicas é o Direito. Voltemos, pois, aos ordálios, porquanto neles ao menos a Justiça é divina.

4.1. IN DUBIO PRO SOCIETATE

“A dúvida em favor da sociedade”: aqui se inverte toda a lógica do ordenamento jurídico vigente, em desfavor do acusado privilegia-se a sociedade. Não desprezamos, é claro, a defesa social, mas asseveramos que ela também é, garantida pela lei e pelo Direito, manifestamente contrários às posturas adotadas por alguns magistrados.

Quando pela falta de convencimento do juiz natural por indício e materialidade, a praxe comum é que se invoque o *in dubio pro societate*, que está longe de ser um princípio regente de nosso direito,

haja vista o art. 413, CPP, que dispõe sobre a pronúncia motivada e convencida por indício e materialidade de consumação ou participação de ilicitude. Também devendo ser a queixa ou denúncia rejeitada em causa de manifesta inépcia, consoante art. 395, *ibidem*. Quando o juiz explicitamente não está convencido pelo mínimo necessário para se condenar qualquer do povo, ou não houve provas indiciárias e materiais suficientes colhidas, ou alternativamente, tentativa frustrada de o Ministério Público oferecer, convincentemente, denúncia, deve-se presumir a inocência do acusado.

Nessa celeuma, o raciocínio é muitíssimo simples: há indício e materialidade, condene-se; não há indício nem materialidade, absolva-se sumariamente o acusado; não foi convencido pelo Ministério Público fazendo por restar dúvida, por prova indiciária, matéria de fato ou direito, absolva-se presumindo inocência. Assim, verifica-se *primo icto oculi* que o *In Dubio Pro Societate* é uma fantasia jurídica, não havendo nenhuma previsão legal deste. Notório é que em qualquer caso deve prevalecer o *In dubio pro reo* e o a Presunção da Inocência. Ao menos é o que preconiza a Constituição Cidadã. Quando se invoca referido “princípio” afasta-se do acusado todas as suas garantias constitucionais.

Acerca do *in dubio pro societate*, anote-se: foi a horda que condenou Jesus e soltou Barrabás. Aliás, para E. Ministra do STJ, Maria Thereza de Assis Moura: "A acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio *in dubio pro societate*". (HC 175.639, Rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma).

5. CONCLUSOS PARA DECISÃO – A CAPITU E O DIREITO

Considerada um clássico da Literatura Brasileira, a obra Machadiana *Dom Casmurro* intriga vários leitores pela riqueza de detalhes, pelo enredo cheio de contrastes de adultério e fidelidade, amor e ódio, emoção e razão e também por ser uma história muito próxima do leitor.

O texto apresenta características dos personagens que são mostradas no decorrer de todo o enredo, personagem principal e também narrador,

um homem de cinquenta e quatro anos cheio de dúvidas e medos, com hábitos "tácitos e detidos", que sempre relembra a história de amor e ciúmes com Capitu.

O ponto medular e convergente entre a obra e o Direito é justamente a indefesa Capitu, que, em nenhum momento pode defender a si, pois em nem nos mais longínquos sonhos seus, pensaria que seu marido entabulava tal imagem a seu despeito e, portanto, nunca teve a chance de se defender. Seu marido tinha certeza da relação extraconjugal de Capitu, conforme destacamos infra:

[...]uma cousa fica, e é a suma das sumas, ou o resto dos restos, a saber, que a minha primeira amiga e o meu maior amigo, tão extremosos ambos e tão queridos também, quis o destino que acabassem juntando-se e enganando-me....[...]. (ASSIS, 1899 p. 105).

Certo de que Capitu não traiu Bentinho, a ideia do autor era a de fazer com que cada leitor dê a sua opinião, se aprofunde na busca e no conhecimento por respostas e analise com coerência e senso crítico uma obra de cunho psicológico com riqueza de vocábulos e descrições, cabe a cada leitor decidir se Capitu o traiu ou não, tal como o princípio do convencimento do juiz natural, princípio que se assemelha a decisão do juízo com apresentação de fatos, de ordem e de direito.

Dante Alighieri define com singular perfeição aqueles que são constrangidos ao pesado jugo de nosso Poder Judiciário: “[...] abandonai toda a esperança, ó vós que entraís. [...]” quando se fere a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, o juiz das garantias constitucionais, se permite que juiz de ofício produza provas mesmo antes de ação penal, há flagrante cerceamento e ingerência de defesa. Predicados legais que devem estar presentes em todo lastro processual, *conditio sine qua non* há julgamento e édito condenatório que podem ser considerados justos. Por mais ignóbil seja o crime, deve-se haver julgamento justo.

6. CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, o estudo se propõe a estudar a eficácia do Princípio da Presunção da Inocência, do *In dubio pro reo* e todos os meios de defesa

ao acusado inerentes, quais a Constituição Federal, o Código Penal, de Processo Penal, e leis esparsas socorrem o ora acusado.

Instruiu todo o artigo a obra machadiana “Dom Casmurro”, que foi seletamente escolhida por, em partes, e momentos no todo, refletir a realidade o nosso direito penal e o todo o sistema jurídico ao todo. Assim, guardadas as devidas proporções, foram estudados diversos diplomas legais, o dispositivo constitucional, jurisprudência selecionada, a instrumentalidade das formas, mas não só.

Elementos extrajurídicos também foram prescrutados durante o estudo para se entender na dinâmica processual, se e como estes interferem direta ou indiretamente na decisão do juízo. Os pesquisadores observaram visível e absurda crise identitária do tripé juiz-promotor-advogado, chamada “síndrome de Dom Casmurro”.

Ato contínuo, também se mostrou patente a colisão de artigos e códigos entre si, alguns contradizendo a si mesmos v.g. o art 3-A (e seguintes) 156 e o 157, CPP além do Código de Ética da Magistratura Nacional, a Lei Orgânica do Ministério Público e a Constituição Federal de 1988. Além do mais, a própria locução Direito Penal, a posição topográfica das partes no plenário de audiência prejudica o acusado mesmo que indireta e subliminarmente.

Constante aos debates, denunciou-se gravemente o “princípio” in dubio pro societate – aberração jurídica sem nenhuma previsão legal abominada inclusive por ministra do e. Supremo Tribunal de Justiça – e o indeferimento temporário das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 apensada as 44 e 54 com efeito vinculante e erga omnes.

É a síntese do necessário. Ante todo o exposto passamos a sustentar.

Verificaram-se evidentes no texto elementos que comprovam que não há plena efetividade do alcance da lei penal e dos princípios, ora invocados pelos fatos abaixo aduzidos, porém não tão somente. Ao acusado, todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais são violadas – inclusive, e principalmente, – o juiz das garantias constitucionais a ampla defesa e o contraditório, sendo praticamente ignorado de todo o principio in dubio pro reo, quase sempre sendo invocado o in dubio pro societate e o art. 156, CPP, sobrepostos aos princípios consubstanciados na Constituição, legalmente previstos na legislação pátria e em pactos internacionais supracitados.

O art. 156 é absolutamente parcial, haja visto a faculdade do juízo começar a produção de provas antes mesmo de iniciada a ação penal, devendo serem todas elas desentranhadas do processo.

Tal artigo desencontra-se para com o Princípio da Inércia da Jurisdição, que preconiza que o juízo não deve intervir em nenhum processo ex officio, somente por provocação jurisdicional de uma das partes. Seja parte querelante, acusado ou o parquet. Aludido artigo começa em seu caput: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer[...]” ora, o juiz não deve acusar, deve tão somente julgar. É a parte mais importante do processo, devendo-se-lhe manter equidistante das partes, a fim de evitar qualquer influência no julgamento da lide.

Pois bem. Referida conduta de alguns magistrados configura a chamada “Síndrome de Dom Casmurro”, pois, por mais proba que seja a intenção do juízo de se obter a “verdade real” deve ele se deter ao julgamento da lide adstrito às suas incumbências para o bom e regular trâmite processual. E nada mais.

Embora seja medida extrema, a arguição de suspeição do juízo pela patente parcialidade para uma das partes – seja polo passivo ou ativo – é medida de rigor para manter a neutralidade do juízo durante o curso do processo.

O Supremo Tribunal Federal, por alguns anos e em data recente, teatologicamente manteve certa prisão já em segunda instância, entendendo ser lúdima a constrição de liberdade do acusado, indo contra o art. 283 do Código de Processo Penal consoante Art. 5º § LVII da Constituição Federal. Pode-se asseverar a este respeito senão ser algo gravíssimo e inadmissível em nosso Estado Democrático de Direito.

Além do mais, faz-se absolutamente imperativo citar fatores extrajurídicos que influenciam a decisão do juízo e a dosimetria da pena é claro. Tomando como exemplo o Tribunal do Júri, Art. 5º XXXVIII, CF/88, vê-se – por vezes – o, ora acusado, algemado (em discordância à Súmula Vinculante nº 11).

Em última análise, nada mais pode-se dizer que o nosso Direito Penal é manifestamente desfavorável ao acusado e ultrapassado, devendo-se fazer reforma urgente em um sistema superado há muito tempo, sendo imperativo sanar as inconstitucionalidades (denunciadas no presente) nos diplomas legais que vigem atualmente.

Por derradeiro, infelizmente, temos uma lei penal que se pode considerar medieval que urge reforma, reiteramos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. Dom Casmurro. **Domínio Público**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=1888> Acesso em: 11 mar. 2021.

AURY, Lopes Jr. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição 2020. São Paulo. Saraiva Educação. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941.

BRASIL. **Código Penal**, 1940.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Penal**, 1941.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, 1942.

BRITO, Roberpaulo de Souza. Caso Escola Base, Síndrome de Dom Casmurro e a Perpetualização de Pena. **In Virtù: Direito e Humanismo**. Disponível em: <<http://revistas.icesp.br/index.php/Virtu/article/view/1162/995>> Acessado em 11/03/2021.

JESUS, DAMÁSIO DE; atualização ESTEFAM, André. **Direito Penal. Vol. 1 Parte Geral**. São Paulo. Saraiva Educação. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Habeas corpus 164.493/PR**. Min. Edson Fachin.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no HC 447.268/SP**, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, Julgado Em 21/6/2018.

_____. **HC 175.639**, Rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, Julgado em 20/03/2012.

_____. **RHC 101.018 – MG 2018/0186448-5** Rel. Ministro Nefi Cordeiro. S. Julgado em 30/07/2018.

O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO APENADO: A PANDEMIA NO SISTEMA PRISIONAL

*Alexandra Fonseca Rodrigues*⁷⁸

*Alexandre Manuel Lopes Rodrigues*⁷⁹

*Amanda Lopes Maia Rodrigues*⁸⁰

INTRODUÇÃO

O presente estudo irá analisar o Poder Punitivo Estatal e os direitos fundamentais do apenado sob a luz de uma racionalidade penal crítica; objetivando entender até que ponto e, de que forma, o *jus puniendi* estatal pode ser exercido para que não ponha em risco, ou mesmo em sacrifício, as garantias fundamentais do réu. Para tanto, será estudada, mais especificamente, a situação criada pela pandemia mundial do vírus covid-19 no

78 Mestra em Direitos Fundamentais pela UNAMA – Universidade da Amazônia. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Professora de Direito Penal e Processo Penal da graduação e pós-graduação *latu sensu* da UNAMA. Assessora de Juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

79 Doutor em Direitos Humanos pela UFPA – Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Penal e Processo Penal da graduação e do Programa de Mestrado da UNAMA. Promotor de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Pará.

80 Médica pela UEPA – Universidade do Estado do Pará. Residente em Clínica Médica pela UNICAMP - Universidade Estadual de Campinas.

sistema penal brasileiro; uma vez que o alto índice de contágio do mencionado vírus colocou em risco também a população prisional; e dando azo para debates no que compete ao limite entre o exercício do poder punitivo estatal e os direitos fundamentais dos detentos, especialmente dignidade humana, saúde e integridade física.

Para tanto, primeiramente, há de se entender a estrutura do Estado Moderno e suas ideias de governo, nos moldes da melhor doutrina explicativa da Teoria Geral estatal; para que, posteriormente, se raciocine como o exercício de tal Poder pode levar à construção de violência legitimada e à conseqüente crise dos mecanismos de Direito Penal que, num momento de pandemia, desemboca no sacrifício dos direitos dos mais vulneráveis, como é o caso dos apenados.

De posse de tais informações fundamentais para forjar uma base inicial sobre o tema, num segundo momento, faz-se mister explicar a importância do Processo Penal para a concretização dos direitos fundamentais. Ressaltando-se a necessidade de tal instrumento para a garantia dos mencionados direitos não apenas num plano formal, mas também material; bem como para desconstituir a visão do acusado como alvo da inimizade estatal e atribuir a este o devido caráter de sujeito de direitos.

Finalmente, será possível forjar entendimento acerca das implicações da pandemia no que compete ao exercício do poder punitivo estatal e, de outro lado, nos direitos dos condenados. E, para tanto, realizar-se-á análise da Recomendação de nº 62 do Conselho Nacional de Justiça que, apesar de propor a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo Covid-19 no âmbito do sistema carcerário, não foi bem aceita pela comunidade jurídica e social e pouco tem sido aplicada pelos tribunais nacionais. Por fim, conclui-se pela necessidade de utilização das regras criminais de forma racional e crítica, adequando-se ao contexto social concreto de emergência; mas sem se deixar sucumbir à falta de alinhamento com os preceitos e direitos de cunho fundamental.

1. ESTADO, GOVERNO E PODER

A análise do ente estatal requer o estudo de um sem-número de teorias que tentaram justificar sua origem e seus propósitos. Contudo, levando em conta o contexto atual do Estado democrático de Direi-

to brasileiro e os objetivos deste trabalho, a teoria contratualista veste melhor as tentativas de elucidação acerca do Estado e das relações de Poder que dele derivam. Contudo, desde já, é bom que se ressalte que o Estado, seja ele de qualquer tipo e, independente da teoria utilizada para justificá-lo; sempre será um original instrumento de dominação. E tal dominação apresenta apenas variações de acordo com as condições socioeconômicas e com os interesses das classes detentoras do Poder (STRECK; MORAIS, 2004, p. 25).

Em meio às relativas variações que cada ramificação da Teoria Contratualista pode adotar; aqui se utilizará o raciocínio de John Locke (1998, p.468), o qual afirmava que, no Estado de Natureza todos os homens já seriam dotados de certos direitos inerentes à sua própria humanidade e que, portanto, seriam universais. A passagem para o Estado Civil, realizada através do advento do contrato social, apenas faria com que o Estado assumisse oficialmente o compromisso de proteger e garantir a efetivação de tais direitos. O dever principal do Estado seria o de fazer valer os direitos fundamentais dos indivíduos governados; ao mesmo tempo em que tais direitos seriam as balizas para a referida atuação estatal.

Destarte, Locke (1998, p.468) fala em dois tratados que são firmados entre povo e governo soberano: um com natureza de associação, e pelo qual se fundam as estruturas da sociedade civil; e outro pautado em uma relação de submissão, que institui o Poder Político. Ressaltando-se, mais uma vez, que tal Poder possui limites estabelecidos nos direitos e garantias fundamentais. Portanto, ao firmar o Contrato Social, os indivíduos não cedem para o Estado nenhum de seus Direitos; pelo contrário, obrigam tal ente a cumpri-los e respeitá-los. A única liberdade da qual os indivíduos se desfazem ao reconhecer a soberania estatal é a de fazer justiça com as próprias mãos (STRECK; MORAIS, 2004, p. 29-30).

Desde o nascimento do Estado Moderno, portanto, o Poder se torna uma instituição, ou seja, a autoridade passa a ser vista como dissociada da pessoa que a exerce; autônoma. E, já que tal Poder é despersonalizado, precisa de alguém que o titularize e, quem o fará, será o Estado (STRECK; MORAIS, 2004, p.35). Sendo assim, faz-se mister entender como se desenvolvem as relações de poder e, posteriormente, adicionar a tal contexto a ideia de soberania estatal e os paradigmas de Direito, sobretudo o Penal.

1.1. DIREITO, VIOLÊNCIA E CRISE DO CONTROLE ESTATAL

Constitui senso comum a afirmação de que o Direito surgiu como meio de resolução alternativa de conflitos à vingança privada que, durante muito tempo, foi a regra entre as sociedades primitivas. Neste período imperava a Lei de Talião, assim, qualquer indivíduo que sofresse um dano ou ofensa por parte de outrem, deveria resolvê-lo por sua própria conta e através dos meios que mais julgasse adequados. Neste contexto, o Direito veio propor uma solução jurídica para a resolução de conflitos, onde um terceiro imparcial seria o responsável por analisar a situação e aplicar a decisão mais justa.

Ocorre que, na realidade, como afirma Oswaldo Giacoia Junior (2018, pp.60-61), a partir do momento em que as partes optam por ceder à resolução judicial, ainda que de maneira pacífica; em algum momento haverá violência atual ou virtual. Como afirma Sérgio Adorno (2002, p.09): “A violência não é o posto do Poder, porém um de seus fundamentos, que inclusive conferem ao Estado sua capacidade de garantir as liberdades públicas e civis”. Tal presença inevitável da violência se dá, sobretudo, pelo fato de que o Poder que garante a existência e a efetividade do Direito é de origem violenta. Como o Direito considera caótico e perigoso o exercício da violência pelos indivíduos, toma para si o monopólio estatal da força e da violência instituída através da lei.

Aqui, então, aparece o Direito como duplo instrumento de realização do poderio estatal, pois, ao mesmo tempo em que irá definir os limites para a intervenção pública, também irá arbitrar com imparcialidade os conflitos que possam vir a surgir na vida privada (ADORNO, 2002, p.06). Destarte, uma vez caracterizado como Estado de Direito, fica estabelecido que o ente estatal só poderá exercer dominação dentro de certos limites e com base em um instrumento legal devidamente autorizado pela ordem jurídica. Desse modo, o Estado nunca pode utilizar-se do Direito para trazer mais prejuízos do que benefícios aos cidadãos.

Ocorre que, atualmente, os Estados democráticos tem passado por um momento de grave crise funcional (STRECK; MORAIS, 2014, p.121), no qual o perfil tradicional de Estado tem sido alterado, seja pela própria evolução natural do ente, ou seja pela fragilização que esta figura sofre

quando se deixa ser superada pela concorrência privada, pelos mercados internacionais e mesmo pela criminalidade. Diante desses fatores, o Estado tem perdido capacidade de regulação e, conseqüentemente, força soberana; tornando-se mais ativista e violento para tentar recuperar o espaço que, supostamente, foi perdido. Diante deste quadro e, como uma tentativa de reação, muitas vezes o Estado pode vir a praticar atos de violência que extrapolam os limites legais, tornando-se, portanto, ilegítimo.

Trazendo tal problemática para o âmbito criminal, tem-se que a perda de controle estatal sob a criminalidade, a violência e a vingança privada têm trazido, como efeito colateral, doutrinas e teses jurisprudenciais que pregam cada vez mais um Direito Penal do ódio, onde o réu deve ser visto como inimigo do Estado, a ser combatido a qualquer custo, mesmo que esse custo seja o sacrifício de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. A vida do infrator, que deveria ser tutelada como bem supremo, assim como as demais; perde valor e deve ser sacrificada, se preciso for, para recompor a moral estatal e mostrar à sociedade que o domínio ainda está nas mãos do forte e temido leviatã hobbesiano⁸¹.

2. DEMARCANDO OS LIMITES ENTRE PODER DE PENAR E DIREITOS DO APENADO

Desde o Estado moderno, com o advento da noção de monopólio estatal sobre o Poder; pode-se afirmar que o Direito Penal que é aplicado pelo Estado – e até mesmo pela sociedade, quando esta se vê obrigada a assumir as funções estatais –, se representa como um tipo de Poder vigilante e controlador que Foucault (2002, p.88) denomina de “Poder disciplinar”. Disciplinando os indivíduos, o Poder Criminal confere se estes estão ou não agindo conforme as regras e preocupa-se em desvendar se algum ato ilegal foi praticado e por quem – o que corresponde perfeitamente aos sagrados conceitos de materialidade e autoria que fundamentam o Direito Criminal contemporâneo.

Entretanto, o crescimento desenfreado da violência urbana tem feito despontar na sociedade os sentimentos de medo, insegurança e impotência

81 Na obra construtualista de Thomas Hobbes: O Leviatã; o Estado era representado como um grande monstro marinho chamado de Leviatã; por isso era temido e respeitado por todos os indivíduos.

diante dos riscos. Tal contexto resulta em cobranças e apelos da opinião pública e em pressão midiática por segurança a qualquer custo, o que tem produzido sensíveis mudanças no sistema criminal, que precisa dar conta de propor e efetivar políticas públicas penais. O Direito Penal deixa de ser idealizado como meio de defesa dos cidadãos, diante dos possíveis excessos punitivos do Estado e passa a ser visualizado como meio de defesa da vítima, acima de quaisquer garantias do acusado (BECHARA, 2008, p.411-412).

Some-se a isso o fato de que o crime tem se tornado cada vez mais organizado, sofisticado e complexo, de modo que as agências estatais responsáveis por fazer cumprir a lei penal e garantir a segurança pública, muitas vezes por falta de recursos, investimento e atualização, tornam-se ultrapassadas e inócuas diante da ação delitativa. Destarte, a própria comunidade se torna corresponsabilizada pelo provimento da segurança pública e do combate à criminalidade; o que ressalta ainda mais a perda do monopólio estatal da legítima violência (ADORNO, 2002, p.11-12).

Paralelamente ao enfraquecimento do poderio estatal, com relação à violência e à descrença da população na segurança que tal organismo pode propiciar; vem, ainda, uma aversão à efetivação dos direitos humanos de qualquer indivíduo que esteja relacionado de algum modo com a criminalidade. Diante do temor, da insegurança e da vitimização, tudo o que importa para a sociedade é a segurança; muito mais do que o respeito a direitos e garantias do acusado e a obediência a normas e princípios penais, que passam a ser encarados pela população como formalismos excessivos e desnecessários (BECHARA, 2008, p.412-413).

2.1. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO PARA PÔR FIM À VISÃO AUTORITÁRIA DE INIMIGO ESTATAL

Zaffaroni (2011, p.115), ao realizar a análise do exercício do Poder Punitivo em suas origens, afirma que durante muito tempo, mesmo o Estado hoje caracterizado como democrático, tratou o criminoso atribuindo-lhe apenas uma condição de objeto perigoso e negando sua real condição de pessoa. Por sua vez, o Direito Penal cumpriu seu papel de legitimar tal discriminação. Esta maneira de agir transformava o criminoso em verdadeiro inimigo estatal, que deveria ser combatido a qualquer custo.

Acontece que esta figura construída de inimigo estatal não é em nada compatível com um Estado de Direito; pois este último possui instituições e normas que proíbem a sinalização arbitrária dos indivíduos como inimigos estatais (ZAFFARONI, 2011, p.150). Tendo infringido as leis penais ou não, o certo é que todos, pelo simples fato de serem humanos, possuem uma dignidade mínima que deve ser respeitada e que lhes garante o direito à obediência estatal de todos os procedimentos e ressalvas legais para que haja uma apuração dos fatos e um julgamento justos; ou ao menos, o mais próximo possível da justiça concreta.

Além do mais, a adoção da visão do acusado como inimigo estatal proporciona aos sistemas autoritários e à mídia polemizadora argumentos para deslegitimar as instituições e normas, tomando estas como burocracias desnecessárias e que dificultam o combate à criminalidade. Contudo, se não for assim, se não houver garantias legais e procedimentais, tende-se a acabar em homogeneização e arbitrariedades o que não se adequa às ideias de pluralidade e tolerância que balizam os Estados democráticos e que acabam por desaguar em ditaduras, genocídios e limpezas éticas (ZAFFARONI, 2001, p. 151).

Aí reside a importância gritante de se preservarem os princípios do Estado de Direito e os postulados de direitos fundamentais, pois, como afirma Zaffaroni (2011, p.153): “É justamente onde os estados de direito apresentam mais defeitos reais ou históricos que mais se precisa cuidar da intangibilidade do modelo ideal que deve orientar seu aperfeiçoamento”. Diante de tais palavras, tem-se que, justamente porque, no período autoritário brasileiro se visualizou uma absurda degradação do ser humano, é que a nova ordem constitucional prega uma ideia de fraternidade social, onde não há, e nem precisa haver a eleição de um inimigo estatal; e onde se busca a resolução dos conflitos de forma pacífica e com base em um eixo *pro homine* (SILVERIO JUNIOR, 2014, p.64).

3. A COVID-19: PANDEMIA, CAOS E ESCASSEZ DE DIREITOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

A COVID-19 (do inglês, Coronavirus Disease 2019) é causada por um novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2. A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020,

que o surto da doença causada pelo novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, em seguida caracterizada pela OMS como uma pandemia (LAKE, 2020, p.124-127). Tal vírus é altamente transmissível e pode se espalhar facilmente de pessoa para pessoa, mesmo antes do desenvolvimento de sintomas, sendo carregado por gotículas respiratórias ao falar, espirrar e tossir, até uma distância de um metro e meio. Ademais, ao se depositar em superfícies, permanece viável por tempo prolongado, facilitando a disseminação da doença.

Não existem, até o momento, medicações eficazes para tratamento ou profilaxia, sendo a única estratégia reconhecida prevenir a infecção e evitar a exposição ao vírus, por meio de medidas de distanciamento social e higiene rigorosas. Os principais sintomas da doença são febre, fadiga e tosse seca, podendo evoluir para dispneia ou, em casos mais graves, Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG), levando ao óbito. Os principais fatores associados com a evolução desfavorável incluem idade avançada, obesidade, diabetes e hipertensão, tabagismo e doenças pulmonares crônicas, como asma (GUAN, LIANG et al, 2020).

As pessoas em prisões e outros locais de detenção vivem em um ambiente fechado e muito próximo, por vezes superlotado, cujo distanciamento social é praticamente impossível. Além disso, as pessoas encarceradas correm maior risco de exposição ao vírus, devido ao alto fluxo e circulação de pessoas e funcionários. Apresentam também piores condições de saúde que a população em geral, e frequentemente enfrentam maior contato com tabagismo, falta de higiene e defesa imunológica prejudicada devido ao estresse, má nutrição ou doenças existentes (BURKI, 2020, p.1411).

Como resultado de sentenças mais longas (principalmente por crimes não violentos), a idade média da população carcerária mostra-se ascendente. Assim, uma parcela considerável dos encarcerados possuem mais de 55 anos, tendo condições crônicas, como doenças cardíacas e pulmonares, e adoecendo principalmente por doenças infecciosas, principalmente tuberculose pulmonar e HIV (MARUSCHAK; BERZOFSKY; UNANGST, 2015, p.2011-2012). Em outro aspecto, em 2018, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos novos criminais, sendo 1,6 milhão (60%) na fase de conhecimento de

1º grau, 343,3 mil (12,8%) na fase de execução de 1º grau, 18,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 604,8 mil (22,6%) no 2º grau e 103,9 mil (3,9%) nos Tribunais Superiores.

Os processos referentes às execuções judiciais criminais privativas de liberdade baixados no ano de 2018 possuem tempo médio de baixa de 4 anos e 2 meses na Justiça Estadual e de 1 ano e 5 meses na Justiça Federal. Esses tempos são maiores que a média até a baixa do processo na fase de conhecimento, ou seja, até o início da execução penal ou até a remessa do processo em grau de recurso para o 2º grau, que foi de 3 anos e 10 meses na Justiça Estadual e de 2 anos e 3 meses na Justiça Federal. Esses números demonstram que, um grande número de pessoas pode ficar um tempo considerável encarceradas e, dessa forma, expostas, à insalubridade deletéria do ambiente prisional (CNJ, 2019).

Assim, a atenção médica no sistema carcerário volta-se apenas ao curativo, negligenciando medidas de prevenção. As instalações de saúde dentro das prisões são extremamente limitadas, sem a possibilidade de fornecer o atendimento adequado à COVID-19. Contudo, enviar prisioneiros para atendimento médico externo significa necessidade de oficiais e transporte, demandando tempo e recursos. Em geral, os prisioneiros precisam estar em um estado muito ruim antes de receberem o tratamento de que precisam. Da mesma forma, se um prisioneiro sabe que será confinado solitariamente se admitir estar doente, então há um forte desincentivo em procurar atendimento médico (SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA DE FAMILIA E COMUNIDADE, 2020).

A adoção de medidas mais restritivas, como suspensão de visitas ou de atividades coletivas, pode estabelecer ou desencadear problemas psicológicos, como irritabilidade, ansiedade e depressão, os quais podem gerar tumultos e rebeliões, além de elevação nas taxas de suicídio no sistema carcerário. A saúde nas prisões faz parte da saúde pública, portanto, a falha em impedir que o COVID-19 chegue às prisões afetará adversamente toda a sociedade, podendo representar um novo pico da doença. Uma erupção repentina do COVID-19 nas prisões pressionaria intensamente o sistema de saúde, já colapsado. Como resultado, a capacidade do sistema seria sobrecarregada pelas necessidades de centenas ou milhares de pessoas que vivem atualmente nas prisões.

3.1 O DIREITO À SAÚDE DO PRESO X O PODER PUNITIVO ESTATAL SOB A LUZ DA RECOMENDAÇÃO DE Nº62 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Em 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça em recomendação de nº 62 (CNJ, 2020) adotou medidas preventivas ao Covid-19 diante da declaração pública de situação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde – OMS, com o objetivo de direcionar os Tribunais e Magistrados no que compete à condução dos processos de execução penal durante a pandemia. Esta recomendação permite, dentre outras previsões, a concessão do direito à prisão domiciliar para os condenados que estão incluídos no grupo de risco para contágio do coronavírus, entre estes, os idosos, portadores do vírus de HIV, tuberculose, câncer, doenças respiratórias, doenças renais, cardíacas e imunodepressoras e diabéticos.

Por óbvio, tal medida visa que a saúde e integridade física destes e de outros encarcerados, assim como dos agentes prisionais e de todos que fazem parte do sistema prisional sejam preservadas, considerando a alta potência de transmissibilidade deste vírus, com o intuito de diminuir a aglomeração e observando o ambiente insalubre, sem higiene e precário que é o sistema prisional. Assim, objetiva-se identificar, notificar e tratar da saúde pública em decorrência do Covid-19 dentro do sistema prisional, visando a prevenção à propagação da infecção pelo vírus e medidas para a redução de riscos epidemiológicos, porém, devendo-se observar o contexto local e considerar a discricionariedade dos juízes de execução para a tomada desta decisão.

Com fulcro nos artigos da recomendação, faz-se necessário o acolhimento de diversas medidas para garantir a saúde e a integridade física dos detentos, como aquelas que versam sobre a redução de ingresso no sistema carcerário e sistema socioeducativo, prevenção em audiência judicial, suspensão judicial da audiência de custódia, análise das prisões em flagrantes, ação na elaboração de planos de contingência conjunta com Executivos locais, e suporte aos planos de contingência deliberados pelas administrações penitenciárias, visando a manutenção da saúde dos detentos, dos agentes e social. Nos incisos IV, V e VI do parágrafo 1º do artigo 7º da Recomendação 62/20, por exemplo, trata-se da adoção de medidas de higiene e de prevenção no sistema prisional:

IV- adoção de medidas de higiene e de prevenção, tais como disponibilização de água corrente e sabão líquido, utilização de máscaras, álcool em gel e outros produtos que possam reduzir o risco de contaminação e limpeza minuciosa das superfícies;

V- garantia de salubridade e medidas de isolamento, quando necessário, na carceragem adjacente à sala de audiência;

VI- uso excepcional de algemas, que devem ser higienizadas com material antiviral;

Disto isso, observa-se que as orientações dadas pela Recomendação excedem a concessão de prisão domiciliar, abrangendo assim os cuidados dentro do cárcere, e objetivando torná-lo um ambiente com menos riscos para a disseminação do vírus, preservando a vida dos que não obtiverem permissão para cumprir pena em domicílio. Contudo, faz-se mister reiterar que a Recomendação em questão não possui o condão de vincular ou obrigar os magistrados, de modo que, dentro das jurisdições nacionais, tem sido proferidas as mais diversas decisões sobre o tema.

A título de exemplo, tem-se que no dia 27 de março de 2020, foi concedida pela Ministra Nancy Andriighi do STJ a autorização de prisão domiciliar a um apenado que cumpria prisão civil por dívida de alimentos (MIGALHAS, 2020). A defesa do impetrante pediu a suspensão da ordem de prisão alegando a modificação econômica do mesmo, a idade avançada e por possuir problemas de saúde que o tornam propenso ao contágio pelo covid-19. Assim, a Ministra, em sua decisão, julgando o Habeas Corpus nº 569223 – RJ (2020/0075925-3), acolheu o pedido impetrado, considerando relevante o que orienta o Conselho Nacional de Justiça em Resolução nº 62, em que *“Recomenda aos Tribunais e Magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”*, fundamentando sua decisão, especialmente no art.6º da mesma, pelo fato de o apenado ser idoso.

Em contrapartida, na Comarca de Campina da Alagoa, a Juíza Úrsula Boeng indeferiu pedido de prisão domiciliar (AMAPAR, 2020) que alegava risco ao contágio do Covid-19 em razão de que o apenado estaria cumprido pena em regime fechado pelo crime de estupro de vulnerável. Embora o apenado tenha comprovado ser diabético e hipertenso, a magistrada não considerou tais circunstâncias relevantes para a concessão da

prisão domiciliar, visto que são doenças que podem ser tratadas dentro do sistema prisional, e em razão do crime pelo qual está cumprindo pena ser considerado hediondo. Assim, o pedido foi indeferido pela em razão da gravidade do delito, somando-se a isto, que não havia ainda transmissão comunitária do novo coronavírus no Município, tampouco no local em que o detento encontrava-se cumprindo a pena.

Apesar de não haver obrigação dos magistrados com relação à adoção da Recomendação, os critérios colocados pela mesma são claros. Observe-se que a recomendação objetiva orientar os magistrados sobre as situações que podem intervir com relação a pandemia do coronavírus, porém, vale ressaltar, que suas decisões não podem colocar em risco a sociedade, dependendo do grau de periculosidade que o preso apresenta, o crime cometido, o regime estabelecido e observando também o contexto local, e o ambiente em que o preso está cumprindo pena. Neste diapasão, é necessário se valer de razoabilidade e proporcionalidade para conceder a prisão domiciliar, ponderando segurança pública e direito à saúde. O Direito Penal deve garantir a segurança social mas, por ser gravoso aos direitos fundamentais, deve ser aplicado dentro da mais estrita legalidade para que cumpra a sua missão.

Mas qual seria a missão do Direito Penal?! Pode-se dizer que, a partir do momento em que passou a vigorar na sociedade o famigerado contrato social, o Direito Penal assumiu o papel de legitimar e estabilizar as condições de tal contrato (BECHARA, 2008, p.414). O Direito Penal é, neste contexto, guardião, fiscal e, muitas vezes, carrasco. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que o Penal é o meio legítimo de perpetração da punição e da violência; este desempenha, também, a função de garantir as liberdades individuais.

Pode-se afirmar, então, que a tarefa daqueles que operam as regras do jogo penal consiste num exercício de superar as aparentes contradições entre norma e realidade e saber lidar com a emergência e os apelos por segurança pública; tendo sempre em mente que a violência estatal extremada apenas abrirá as portas para uma cada vez maior violência social. Ou seja, apesar da inegável necessidade de adequação às situações, problemáticas e impasses impostos pela realidade; há sim de se postular por uma obediência aos preceitos do Estado Democrático de Direito e pelas normas de Direito Criminal que resguardam os direitos fundamentais e humanos.

Óbvio que, por lidar com bens jurídicos de extrema sensibilidade e importância, o âmbito criminal não pode se sujeitar a uma abertura demasiada; mas uma moderada abertura da racionalidade penal, mas do que do próprio sistema, é fulcral para fugir do reinado da “lei pela lei” e adotar a necessária crítica racional que a práxis penal precisa realizar para solucionar, de maneira mais coerente e menos violenta os casos concretos e, em situação calamitosa, como a de pandemia, fazer valer os direitos fundamentais. (BECHARA, 2008, p.43).

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que não há como realizar um estudo adequado do Direito Penal sem ter em mente que o exercício do mesmo implica, necessariamente, em uma expressão do Poder Estatal. O Poder é ente despersonalizado que necessita de quem o titularize e, no contexto do contrato social firmado entre a sociedade e o Estado, este último é que será responsável por atribuir concretude ao Poder Social e por fazer valer as normas jurídicas, aplicando, quando necessário as sanções cabíveis. Ocorre que o exercício do Poder Punitivo estatal é, paradoxalmente, um mecanismo de luta contra a violência mas que também se manifesta através de condutas violentas; as quais só são admitidas e legitimadas através das normas de Direito Penal material e dos mecanismos de Processo Penal.

Sabe-se que, na maioria das vezes, a pressão e o desespero popular por segurança pública, em face ao aumento alarmante dos números e da complexidade da criminalidade; fazem com que a sociedade pugne por um Direito Penal punitivo e repressivo a qualquer custo e, tal fenômeno gera, cíclicamente, uma crise de legitimidade das normas criminais. Contudo, ainda assim, há de se ter em mente que o principal objetivo das mencionadas normas é concretizar e garantir direitos fundamentais; e não sacrificar direitos em demasiado e em prol apenas da tentativa de conferir força à segurança pública.

Destarte, tomar o respeito aos direitos individuais e à dignidade da pessoa humana, então, é o que vai garantir que se ponha fim à visão do acusado como inimigo estatal; que se ponha termo à suposta inimizade existente o ente estatal e os causadores de desordem social. No contexto pandêmico, tal necessidade se torna ainda mais gritante: tentar manter a segurança jurídica e penal a qualquer custo pode comprometer, de manei-

ra irreversível, a saúde pública. Portanto, os direitos do apenado devem ser preservados, considerando que eles são seres individuais, mas cujo sacrifício poderá implicar em grandes danos coletivos.

Há, portanto, que se obedecer aos preceitos constitucionais e à normatividade legal penal; mas de maneira valorativa. Sempre entendendo que o Direito é dinâmico e que as situações são relativas; especialmente num contexto de crise global e abrindo, na medida do possível, o espaço criminal para o exercício de uma razão crítica sobre o caso concreto.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. O monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea. In: **O que ler na Ciência Social Brasileira 1970-2002**. Volume IV. Org MICELI, Sergio. [S.l]: Editora ANPOCS, 2002.

AMAPAR (Associação dos Magistrados do Paraná). Covid-19: Juíza de Campina da Alagoa indefere pedido de prisão domiciliar para homem preso por crime hediondo. Disponível em: <https://www.amapar.com.br/noticia-rss/item/covid-19-jus%C3%ADza-de-campina-da-alagoa-indefere-pedido-de-pris%C3%A3o-domiciliar-para-homem-presos-por-crime-hediondo.html>. Acesso em: 07 abr. 2020.

BECHARA, Ana Elisa Liberatori Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103, 2008.

BURKI, Talha. Prisons are “in no way equipped” to deal with COVID-19. **The Lancet**. Vol 395, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 11 mai, 2020.

_____. **Recomendação nº62**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>>. Acesso em: 11 mai, 2020.

- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 35 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Direito, Estado e Sujeito de Direito**. Revista Reflexões, a.7, n.12. Fortaleza –CE. Jan-jun, 2018.
- GUAN W-J, Ni Z-Y, Hu Y, Liang W-H, Ou C-Q, He J-X, et al. **Clinical Characteristics of Coronavirus Disease 2019 in China**. N Engl J Med. Febr 2020.
- LAKE, Mary A. What we know so far: COVID-19 current clinical knowledge and research. **Clinical Medicine**. v. 20. n. 2. Mar 2020.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARUSCHAK LM, BERZOFSKY M, UNANGST J. **Medical problems of state and federal prisoners and jail inmates**. Febr 2015.
- MIGALHAS. Ministra Nancy, do STJ, autoriza prisão domiciliar a idoso devedor de alimentos. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/322954/ministra-nancy-do-stj-autoriza-prisao-domiciliar-a-idoso-devedor-de-alimentos>>. Acesso em: 11 mai, 2020.
- SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA DE FAMÍLIA E COMUNIDADE. **Medidas e orientações para o enfrentamento da COVID-19 nas prisões**. Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Medidas-e-orientac%CC%A7o%C-C%83es-para-o-enfrentamento-a-COVID-%E2%80%9319-nas-priso%CC%83es.pdf>. Acesso em: 07 abr, 2021.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução Sergio Lamarão. [s.l]: Revan, 2001.

A APAC COMO MODELO ALTERNATIVO DE EXECUÇÃO PENAL: O MÉTODO COMO UMA SOLUÇÃO PARA A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

*Agatha Rayssa Neves*⁸²

*Ricardo Augusto de Araújo Teixeira*⁸³

INTRODUÇÃO

É ponto pacífico entre os profissionais do Direito que a execução penal no Brasil carece de reformas estruturais urgentes. Esta constatação expõe uma questão cuja solução é ainda mais desafiadora do ponto de vista prático e axiológico: como entender, atribuir finalidade, mensurar e executar a pena de privação de liberdade sob a luz do direito atual e seus pressupostos sociais e humanísticos. Em outras palavras, é preciso incluir no processo de execução penal as novas demandas impostas ao direito pela evolução da sociedade, tais como humanização das penas, ressocialização do condenado, desoneração do sistema prisional, entre outras.

A jurista Jane Ribeiro Silva (2011) preleciona na obra "A Execução Penal à Luz do Método APAC" que como é dever do executor da pena fazer cumpri-la, há a imposição para que o método adotado para sua exe-

82 Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).

83 Professor do Departamento de Direito da UFLA.

cução seja ao menos eficaz para conduzir o condenado à conscientização do ato e sua gravidade, além do dever de cumpri-la como forma de pagamento social (que é tão cobrado pela população), capaz de restituir sua autoestima, e capacitá-lo para o trabalho, aproximá-lo da família e introduzi-lo na sociedade, sem ferir a paz social almejada por todos os homens.

De acordo com esse enfoque, chega a ser absurdo imaginar as condições carcerárias atuais que, ao contrário de buscar o objetivo máximo da pena, a ressocialização, ajuda a formar verdadeiras "escolas do crime". A sociedade como um todo também tem uma parcela de culpa nessas reconceituação de valores, já que esquecem do papel pedagógico da pena, focando-se mais no caráter vingativo ou restitutivo pelo mal cometido. Com base no que foi dito por Silva (2011), podemos analisar que os objetivos da APAC se tornam muito mais coerentes que o da própria instituição penal atual.

Nesse sentido, as APAC's surgem como alternativa mais viável à execução penal, reunindo o maior número de características faltantes e representando uma genuína possibilidade de satisfação dos pressupostos do Estado Democrático de Direito elencados de forma sucinta acima.

O objetivo do seguinte trabalho, primeiramente, fica concentrado em demonstrar como o método alternativo de execução penal – APAC – surgiu, já que todo o seu desenvolvimento perpassa e traz significação à sua aplicabilidade prática. Em um segundo momento, a partir de reflexões trazidas principalmente pela análise da obra “Falência da Pena de Prisão – Causa e Alternativas” escrita por Cezar Roberto Bitencourt, demonstrar como há décadas nosso sistema penitenciário brasileiro não cumpre com o esperado, há altíssimo índice de reincidência, não há ressocialização, além do mais, vários dispositivos da Lei de Execuções Penais (LEP) tornam-se de certa forma inaplicáveis ao contexto penitenciário sobrecarregado e falido, principalmente no que tange à progressão de regime dos sentenciados. Além disso, há breve consideração de direitos gerais internacionais aplicados atualmente aos encarcerados. Ao final será trazido um comparativo entre os dois métodos e de que forma as APAC's poderiam ser uma solução efetiva ao que se tem atualmente, cumprindo inclusive o que se espera de um Estado Democrático de Direito lido sob à luz da Constituição Federal de 1988, um respeito e uma efetivação aos direitos fundamentais.

1. O MÉTODO APAQUEANO

1.1.A ORIGEM DO MÉTODO

O método APAC surgiu em 1972, na cidade de São José dos Campos/SP. Sua sigla atualmente carrega como significado os dizeres “Associação de Proteção e Assistência ao Condenado”, mas nem sempre foi assim. A partir da ideia surgida pelo advogado e jornalista Mário Ottoboni e com a ajuda de um grupo religioso que pretendia reeducar sentenciados a partir de um método humano, cristão e missionário, foi fundada a entidade “Amando o Próximo Amarás a Cristo”, sendo suas iniciais formadoras da sigla “APAC”. Em seu livro “Testemunhos de minha vida e a vida de meus testemunhos” de 2012, Ottoboni conta como através de sua experiência no Movimento de Cursilho de Cristianidade em 1969, como aconteceu sua conversão espiritual que foi tão importante para que pudesse criar o método. A partir dali ele e o grupo formado pelos missionários, passaram a buscar um apostolado no qual pudessem contribuir, até que em determinado momento sentiram o chamado de Jesus com as palavras “Trabalhe com os presos” (OTTOBONI; MARQUES NETTO, 1977, p. 31).

Em julho de 1975, com a ajuda do juiz Sílvio Marques Netto, da 2ª Vara Criminal de São José dos Campos/SP, que aconselhou Ottoboni e o grupo de missionários, foi fundada uma Associação Civil para trabalhar com os presos com a finalidade de atestarem seu bom comportamento, facilitando desta forma a recolocação profissional, que o preocupava tanto naquela época (MASSOLA, 2005). Nesta ocasião o significado da sigla APAC foi alterado para Associação de Proteção e Assistência ao Condenado até mesmo para facilitar seu registro civil como entidade civil de direito privado. Nesse contexto, a APAC foi criada como uma forma alternativa de execução penal, em que o sentenciado, caso se dispusesse a seguir as normas pré-determinadas pelo método, cumpriria sua pena nesse estabelecimento. O objetivo da ideia de Ottoboni é que esse tempo do cumprimento de pena seja determinante à recuperação social e espiritual do recuperando, além de que visaria proteger a própria sociedade, socorrendo as vítimas e promovendo, dessa forma, a própria justiça restaurativa no âmbito do direito penal.

No Brasil, a partir da primeira experiência que deu certo, a APAC implementada em São José dos Campos, houve de forma crescente, a implementação do método também em diversas outras comarcas, principalmente no estado de Minas Gerais, como em Itaúna, Sete Lagoas, São João Del Rei e Campo Belo. Segundo o próprio criador do método, a entidade “trata da função social da pena, que é a recuperação do condenado” (OTTOBONI, 1997, p.45-46). Este estudo fica a cargo das visitas de campo das APAC’s de Campo Belo e São João Del Rei, ambas em Minas Gerais.

A FBAC (Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados), entidade jurídica, foi fundada com o objetivo de acompanhar, congregar, orientar, fiscalizar e amparar as APAC’s do Brasil e do mundo de acordo com a perspectiva apresentada por Ottoboni. A partir de então, considerando essa recuperação mister do indivíduo e sua recolocação na sociedade, considera como meta a humanização do cumprimento de penas privativas de liberdade, ao oferecer ao condenado condições de recuperar-se e, ainda, proteger a sociedade. Seu método pode ser orientado pela seguinte expressão: “matar o criminoso e salvar o homem”. O método criado por Ottoboni parte do pressuposto de que todo ser humano é recuperável, desde que haja um tratamento adequado e humano durante sua recuperação. Ele propõe 12 (12) elementos ao método e eles possuem como plano de fundo a própria Lei de Execuções Penais, de forma que esta pudesse ser efetivada na prática com todos os seus princípios norteadores. Os elementos em sua totalidade são: 1) participação da comunidade; 2) recuperando ajudando recuperando; 3) trabalho; 4) religião; 5) assistência jurídica; 6) assistência à saúde; 7) valorização humana; 8) a família; 9) o voluntário e sua formação; 10) Centro de Reintegração Social; 11) mérito do recuperando; e 12) Jornada de Libertação com Cristo. (OTTOBONI, 2001).

1.2. OS 12 ELEMENTOS E SUA IMPORTÂNCIA

A partir dos 12 elementos do método pode-se perceber, como funcionam as APAC’s e como são diferentes do sistema prisional comum. Por isso o objetivo deste tópico é mostrar de forma breve como se dá na prática alguns dos elementos propostos por Ottoboni em 2006, com seu método. Para o autor “tudo deve iniciar com a Participação da Comunidade, e, para isso, é importante mobilizá-la” (Ottoboni, 2006). Para ele, é preciso

chamar a atenção da comunidade para o problema carcerário de forma a incentivá-la a participar e cooperar.

Partindo-se do pressuposto da doutrina majoritária criminológica e penal que o cometimento de um crime está estritamente relacionado ao desenvolvimento daquele indivíduo na sociedade e da forma que se relaciona com ela, fica ainda mais evidente como é necessária a participação da sociedade ao que tange um cumprimento de pena efetivo que busque a ressocialização, de forma que ao final esse indivíduo, até então criminoso, restabelecerá ao convívio social. Tal princípio de participação efetiva da comunidade em prol da recuperação do sentenciado não é exclusivo ao método APAC, estando presente de forma direta nos art. 80 e 81 da LEP, que visam instituir os Conselhos de Comunidade para fiscalizarem e observarem o cumprimento de pena nos sistemas prisionais comuns. Estes Conselhos são infimamente praticados, não tendo a menor importância na prática da sociedade.

Na APAC a comunidade possui um papel ativo e direto, já que pelo seu método há um enorme contingente de trabalhadores voluntários, provenientes da sociedade que a circunda. Além disso, como já mencionado, deve ser de interesse mister da sociedade que aquele indivíduo sentenciado possa voltar ao convívio social reeducado.

Além disso, fica claro que um dos princípios do próprio estabelecimento da pena, é ressocializar o indivíduo que está em desconformidade com a norma, não adotando um caráter simplesmente punitivista da mesma. Para tanto, para que esse intento tão primordial possa ser alcançado, é necessária uma valorização humana, indo de acordo com o apresentado pelo método apaqueano. Ottoboni visa aqui uma ressignificação do homem que errou por uma visão da autoimagem e da visão da própria comunidade (OTTOBONI, 2001, p.65), partindo do pressuposto de uma condição condigna à sua reeducação, o tratando de forma decente, aceitando seus valores pessoais, respeitando sua individualidade a partir da utilização do seu nome próprio, conhecendo sua história de vida e buscando atender suas justas necessidades, corroborando também o princípio da própria dignidade da pessoa humana, norteador da Constituição Federal de 1988.

A pena privativa de liberdade, atendendo aos princípios da individualização da pena, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, conta com

o regime progressivo de regime, para que o sentenciado possa a conviver na sociedade gradativamente, com o foco na prevenção da reincidência criminal. Para se efetivar tal progressão (de um regime mais gravoso ao mais brando), deve-se observar dois requisitos, nos termos do art. 112 da LEP: 1) cumprimento de fração da pena no regime anterior (caráter objetivo) e 2) sentenciado ostentar bom comportamento carcerário (caráter subjetivo).

Além disso, pode-se ver como na prática os elementos podem refletir essa reeducação social já dentro da APAC. Considerando o elemento “recuperando ajudando recuperando”, vê-se através do método que já na aplicação da pena, o interno deve aprender ou pelo menos manter na prática regras de convivência social, de solidariedade entre eles, ajudando a suprir as necessidades daqueles que estão doentes ou são mais velhos, por exemplo. Para isso há um representante em casa cela da unidade prisional, este representante (também um recuperando) deve manter a ordem entre todos que dividem aquele espaço, fazer efetivar as regras de boa convivência e o cuidado entre os internos. No que tange ao trabalho, todas as APAC's incentivam e dão o mínimo de aparato aos recuperandos para que possam desenvolver algum labor e aprimorar seu conhecimento. De acordo com Ottoboni (2001), o trabalho é fundamental ao cumprimento de pena efetivo e a ressocialização, primeiro, para que mesmo cumprindo pena os sentenciados possam ser úteis, produtivos e se manterem ocupados, conquistando inclusive benefícios da LEP como a remição da pena (a cada três de dias de trabalho é remido um da pena). Além de que é enfrentado dessa forma um fator determinante à plena socialização do indivíduo ao cumprir sua pena, que é a dificuldade de se conseguir emprego depois do pagamento de sua pena. Claramente seus antecedentes continuam pairando de forma negativa em seu histórico, mas o recuperando apaqueano sai de sua execução mais bem habilitado a um labor que qualquer outro sentenciado no sistema penitenciário usual, ainda mais que os recuperandos que não trabalham devem estudar para não manterem tal tempo ocioso de acordo com o método. Além de mais bem habilitado e de todos os benefícios apresentados, na APAC de São João Del Rei/MG, por exemplo, há uma própria fabricação de móveis e itens fabricados pela marcenaria e carpintaria, sendo a renda revertida com a vendas de tais itens à própria APAC, o que a ajuda se manter de forma mais independente e autossuficiente.

Mas para além do método APAC, sua importância à crise enfrentada atualmente com a falência do sistema prisional atual, e uma adequação plena do Direito Penal à Constituição de 1988, deve-se buscar a lógica de como se deu a atual situação, no Brasil e no mundo, da ressignificação da pena. O Estado, dotado de o *jus puniendi* e de forma a garantir a proteção jurídica a todos os indivíduos, não tem atuado de forma a garantir e efetivar o fundamento mister da própria pena: a ressocialização do indivíduo para que consiga retornar ao relacionamento social. A partir dessa reflexão, partiremos a breves considerações no que tange a mudança do paradigma da pena privativa de liberdade, os motivos que levam a ser considerada como falida pelos estudiosos e pela população de forma geral e como ela não atinge seus propósitos mais basilares.

2. A FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO

Sem dúvidas, até os tempos atuais, a pena cumpre sua função de controle social pelo Estado. Tais conceitos tem sua origem muito aproximada, caminhando juntos, sendo a pena um artifício de proteção pelo Estado à bens jurídicos que necessitam de tutela estatal. A pena também configuraria como prevenção ao crime, já que a perspectiva real do castigo formaria certo efeito intimidador ao criminoso potencial, com a existência de uma lei penal que fizesse a previsão de pena caso houvesse sua violação. Desde tempos remotos, acreditava-se que o meio mais adequado para fazer valer o poder do Estado, punir determinado indivíduo que agiu em desacordo com a norma e garantir certo sentimento punitivista à vítima era a pena privativa de liberdade, que é certo banimento social por determinado prazo de tempo. Foi a partir do século XIX que a pena de prisão foi considerada a principal resposta penológica, sendo o meio adequado de conseguir a reforma do delinquente (BITENCOURT, 2011, p.162). Fica claro que tal pensamento positivo referente a pena privativa de liberdade já não se mantem, sendo hoje vista como desamparada de seu objetivo ressocializador (função máxima da pena), trazendo mais consequências negativas ao apenado e à sociedade, que positivas.

A partir de tal perspectiva, Bitencourt (2011) lista de forma sistemática quais são os dois argumentos principais que indicariam a ineficácia da pena de prisão. O primeiro argumento listado é o ambiente carcerário

e sua antítese com a comunidade livre. Nos dias atuais pode-se perceber claramente como esse argumento se dá na prática, já que um apenado é encarcerado com tantos outros sem o mínimo de adequação interna entre eles, conseqüentemente aprende com outros indivíduos também “não aceitos” outros métodos que o qualificariam na criminalidade. Além disso, tal afastamento da sociedade, como se dá, não é tido como algo que ajudasse na ressocialização daquele indivíduo, saindo de sua privação de liberdade com certo sentimento de revolta da sociedade.

Além dessa perspectiva, a partir de tal política punitivista desenfreada do Estado enfrentado a partir do século XIX, pode-se perceber como determinados grupos sociais acabam marginalizados de forma bem mais sistemática que outros. O *jus puniendi* do Estado enquanto manifestação soberana de limitação de liberdade, não é aplicado de forma igualitária e horizontal, mesmo que se tenha, na teoria, tal aparato jurídico. Os grupos sociais historicamente marginalizados, mesmo em plena manifestação de um Estado Democrático de Direito, estão sujeitos a uma seletividade no direito penal. Fica clara tal perspectiva através da própria historiografia brasileira, desde o Brasil Colônia e Império escravocratas e até a República. Hoje tal herança histórica ainda não foi apagada, o que fica claro que princípios básicos do Direito Penal constitucionalizado como o devido processo legal, o princípio do *in dubio pro reo* e até mesmo a máxima que não há condenação antes da sentença transitada em julgado não são aplicados de forma equânime a todos os cidadãos brasileiros. Sendo fatores determinantes a uma atuação mais enfática do poder de polícia do Estado o local de moradia do indivíduo, sua escolaridade, sua aparência, cor da pele, modo de vestir e até mesmo sua colocação social.

Devido a todos esses pontos elencados, a própria prisão é responsável por um fator criminógeno, em que aquele tempo que deveria ser motivador a uma ressocialização do indivíduo o transforma, estimulando a delinquência. Bitencourt (2001) lista como a segregação social, as faltas de condições de sobrevivência condigna e o fator psicológico que incide da reclusão à já tendência criminosa, interferem de forma objetiva nesta transformação de um indivíduo já incoerente à norma, que passa a ser ainda mais volátil a voltar a delinquir, inclusive aprimorando métodos e alianças dentro do próprio sistema prisional. Não existe experiência científica e categórica que defina a abrangência da interferência ou seus limites expe-

riência carcerária ao fator criminógeno do sujeito, mas fica evidente que tal ambiente influencia de forma prejudicial ao recluso (BITENCOURT, 2001, p. 168).

No campo da prevenção geral positiva, à sanção penal cabe, reafirmar o conhecimento da validade da norma, no qual está implícita a consciência de que foi infligida e que deve seguir como modelo idôneo de orientação (MARQUES, 2000, p. 105). Faz parte de seu objetivo máximo a prevenção geral negativa, servindo de desincentivo à novas práticas, sendo o cerceamento de liberdade seu sentido principal, e não a restrição geral de garantias.

Nesse sentido, percebe-se como formações de princípios universais que dão suporte e garantias aos apenados são de extrema relevância, considerando que a punição ainda esbarra em situações de descumprimento de direitos humanos. Considerando casos específicos, ainda há a problemática referente ao tratamento de apenados, especificamente no Brasil. Graças à superlotação de presídios e penitenciárias, é gerada uma supressão violenta de direitos e garantias, principalmente quando se refere a grupos específicos e normalmente esquecidos socialmente.

Por esse ponto de vista, pode-se citar como marco revolucionário a aplicação e o reconhecimento pelas Nações Unidas em 22 de maior de 2015 pelas chamadas Regras de Mandela. O novo Estatuto anteriormente chamado de “Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos” garante uma visão mais apurada de cuidado às necessidades específicas, como crianças, adolescentes e mulheres que são submetidos à tutela jurisdicional quando cometem um delito ou ato infracional.

As regras de Mandela trazem como cuidados gerais a questão de acomodações de apenados, separação por categorias, necessidade básica de garantia à higiene pessoal, vestuário, saúde, exercício físico e religioso. Em seu texto, expõe situações-modelo que podem ser usadas na prática para contenção de eventos problemáticos, além de uma coordenação interna ao tratamento dado à especificidade do preso, sendo ele condenado, custodiado, preso civil, mulher ou criança/adolescente.

Além deste Estatuto garantidor, deve-se destacar a importância do marco referente à data de dezembro de 2010, em que a Assembleia Geral da ONU aprovou as regras mínimas para o tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em

conflito com a lei, chamadas Regras de Bangkok. Seu nome se deu em reconhecimento ao papel que o governo da Tailândia teve na construção e aprovação das regras.

2.1. A REINCIDÊNCIA COMO MANIFESTAÇÃO DA CRISE?

Quando o egresso do sistema prisional volta a delinquir reiteradas vezes, fica claro que o Estado foi ineficiente em seu papel ressocializador, mesmo sendo tal fator o objetivo da pena, valendo-se, então, de uma reflexão no que tange a contribuição do sistema prisional em tal situação. Claramente que o Estado não deveria se abster de fazer valer seu dever punitivo, já que ele, em suma, inibe os indivíduos no cometimento de delitos. O cerne da questão se localiza em como é feita essa punição, já que como não há aparatos suficientes para uma efetiva reeducação e ressocialização, aquele indivíduo que atuou desconforme a norma não consegue desenvolver uma vida social e produtiva depois de sua execução de pena, já que ela deixa marcas definitivas.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, o conceito de reincidência:

É o cometimento de uma infração penal depois de o agente já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior. Admite-se, ainda, porque previsto expressamente na Lei das Contravenções Penais, o cometimento de contravenção penal depois de o autor ter sido anteriormente condenado com trânsito em julgado por contravenção penal. (NUCCI, 2016, p.766)

Através de tal conceito, tem-se um dado extremamente importante no que tange ao Brasil, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário publicou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos no Brasil chegava a 70%, dependendo da unidade da federação. Tal dado se torna importante já que durante a reclusão presume-se que o condenado esteja submetido a um tratamento reabilitador (BITENCOURT, 2001, p.168). Apesar da inexatidão científica que corrobore dados de que o sistema carcerário influencie de forma negativa

o sentenciado, não há como escapar de tal perspectiva analisando tal dado relativo a reincidência (mesmo havendo outros fatores que contribuam para que seja tão alta). Além das péssimas condições que é nítido no sistema carcerário brasileiro, a sociedade em si não ajuda na socialização do egresso depois de seu cumprimento de pena.

O índice de reincidência não pode ser considerado como fator objetivo e prático da situação carcerária atual, já que há tipos diferentes de reincidência e também presos provisórios que reincidem e que ainda não foram condenados, mas já é certo demonstrativo de que o objetivo máximo da pena no que tange à ressocialização do indivíduo não é cumprido de forma eficaz.

3. APAC COMO UMA ALTERNATIVA

A partir de então, e de tudo que foi apresentado, pode-se fazer uma comparação inicial entre o método de cumprimento de pena que temos atualmente, e como se dá o método APAC e seu método mais individualizado e humano.

De tudo que foi demonstrado, já pode-se ver a diferença da realidade do contexto da APAC com o sistema prisional nos moldes do que se tem atualmente no Brasil. Desta forma procuraremos demonstrar neste último capítulo como a APAC poderia ser uma alternativa viável e efetiva ao modelo atual, além disso, estaria complementemente em acordo com o que se espera da atuação de um Estado garantista de direitos, já que uma atuação apenas punitivista do Estado se tornou comprovadamente falida.

3.1. A APAC NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

De acordo com o próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988, foi instituído a partir dela um Estado Democrático de Direitos, no qual visa assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade, bem-estar, igualdade e justiça como valores supremos. A partir dele fica clara a preocupação da lei máxima em garantir a proteção dos direitos humanos como premissa básica ao desenvolvimento democrático do Brasil, sendo dever do Estado garanti-lo.

Neste diapasão, por tudo que foi falado no que se concerne a metodologia APAC e partindo da premissa que o cidadão que comete um ato em desacordo com a norma tem como punição única e exclusivamente o cerceamento do seu direito à liberdade, pode-se imaginar como o método criado por Ottoboni estaria em combinação com o que se espera de um Direito Penal constitucionalizado. Sua dignidade como pessoa humana estaria protegida, já que não cabe ao Estado retirar direitos básicos e fundamentais de um cidadão, mesmo daquele que esteja em cumprimento de pena. A partir do método e de tudo que foi demonstrado da situação atual do sistema penitenciário, vê-se como é essencial a permanência do direito à saúde, à alimentação saudável, à assistência jurídica, ao ambiente minimamente seguro e digno para que aquela pessoa em desacordo com a norma possa reavaliar seus atos e sair do cumprimento de sua pena apta a retornar ao convívio social e se tornar até mesmo uma mão de obra qualificada.

A superlotação, a falta de espaço e de políticas públicas necessárias a uma efetiva ressocialização dos condenados se torna latente e perceptível, a nível nacional. As medidas adotadas nas prisões não alcançam minimamente o objetivo da reeducação moral daquele indivíduo, deixando para além disso graves consequências em seu próprio caráter, pois tendem a sair de tal ambiente mais tendenciosos à vida criminosa do que quando entraram. Nas palavras do professor Talison Silva Costa, a sociedade em si jamais poderia imaginar as condições nas quais são submetidos os presos

Não é preciso ser presidiário para saber que os estabelecimentos penitenciários no Brasil são sinônimos de locais insalubres e não atingem o mínimo de condições exigido para a preservação da dignidade da prisão do infrator. Celas superlotadas, com pouca ventilação, pouca luminosidade, péssimas condições de higiene e de alimentação, que em hipótese algumas simbolizam e atingem a finalidade da sanção penal. (COSTA, 2004, p.17).

Fica claro que é necessária uma reforme urgente no sistema prisional que se tem atualmente no Brasil, mas de forma concomitante é fundamental se adotar uma alternativa que possa ajudar a desafogar tamanho caos penitenciário, por isso tão importante se torna a alternativa APAC.

3.2. A REALIDADE DE MINAS GERAIS

Em visita técnica realizada a APAC de São João Del Rei-MG em setembro de 2017 através de uma iniciativa da juíza da 2ª Vara Criminal de Lavras que visa implementar o método na referida cidade, pode-se ver na prática como se diferencia do funcionamento de qualquer estabelecimento carcerário comum e pode ser mais eficaz, social e economicamente em seu funcionamento. De acordo com informações passadas pelo diretor da APAC de São João Del Rei, Antônio Carlos de Jesus Fuzzato, a associação conta com quase todo corpo de trabalhadores voluntários, não sendo necessário gasto com armamento e segurança no local, já que a metodologia parte do pressuposto da confiança no recuperando que aceita passar pelo método. No local há plantações de frutas, legumes, verduras e criação de alguns animais, que faz a entidade se tornar praticamente autossustentável no que tange a alimentação dos internos, não dispendendo mão de obra remunerada para cuidar de tais locais, já que passa a ser obrigação do recuperando como forma de laborterapia. Além disso, nessa visita, pôde-se ver na prática a oficina de marcenaria em que vários internos cumprem seu trabalho diário, fabricando móveis, sendo a renda da venda dos mesmos também convertida à sustentação dos gastos necessários à sua manutenção diária. Além disso, os internos que trabalham na fabricação dos móveis conseguem o benefício da remição de pena pelo trabalho, ganhando 1 dia remido para 3 dias de trabalho, fazendo valer o disposto da Lei de Execuções Penais.

O governo de Minas Gerais foi um dos principais percussores do método no judiciário, auxiliando a implementação de várias APAC's a partir do Programa Novos Rumos criado em 2001. Tal projeto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) visa buscar uma atuação inovadora na área da Execuções Penais, principalmente no que tange à humanização no cumprimento das penas privativas de liberdade e da reinserção do indivíduo na sociedade. Um dos pontos objetivados pelo Programa é a implementação e consolidação do método APAC no estado, para que sejam efetivados os preceitos básicos constitucionais de educação, saúde, e oportunidade de estudos para que os sentenciados possam ter oportunidade no mercado de trabalho ao fim do cumprimento de sua pena. De acordo com o relatório disponível no próprio site do TJMG no que tange ao Programa

Novos Rumos, a taxa de reincidência dos egressos das APAC's gira em torno de 15%, enquanto no sistema prisional comum tal taxa sobe para 70%. De acordo com o mesmo relatório do site oficial, já são 39 APAC's em funcionamento no estado, em algumas comarcas sendo uma unidade masculina e outra feminina (Itaúna, São João Del Rei, Governador Valadares, Patrocínio, Nova Lima e Pouso Alegre). Há também 58 unidades na fase de implementação, sendo esta a própria realidade do município de Lavras/MG, que ainda não efetivou o funcionamento da associação em sua comarca.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o sistema jurídico, assim como o próprio direito penal, sofreu mudanças importantes após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Suas premissas básicas e fundamentais de Estado democrático que visa a proteção e o respeito aos Direitos Humanos assim como o incentivo a efetivação de direitos fundamentais a todos devem ser encaradas como de aplicabilidade geral e norteadora para todos os atos do judiciário. É notável, a partir de todas as informações levantadas e de todas as notícias que se tem cotidianamente, de que o sistema carcerário atual precisa de reformas urgentes. Atualmente ele não cumpre o que lhe é esperado e consegue violar e suprimir direitos básicos concernentes a toda e qualquer pessoa. Na realidade temos presídios que abrigam muito mais presos que sua capacidade, sendo patente a superlotação, condições sub-humanas de uma possível resignificação moral e perda completa do objetivo da pena, a ressocialização do indivíduo na sociedade.

A partir do fracasso do cumprimento da pena privativa de liberdade nos estabelecimentos prisionais que temos, pode-se perceber como a própria LEP possui pontos meramente figurativos, já que a realidade fática impede completamente sua eficácia prática. Dois pontos trazidos e de importância significativa à Execução Penal no Brasil, temos a ineficiência do instituto da remição de pena, já que nos estabelecimentos carcerários há pouquíssimo aparato para que os presos possam trabalhar, conseguindo efetivar tal benefício e principalmente aprenderem um ofício para que possa tentar se manter atualizado quando egresso do sistema. Outro ponto pouco eficaz é o efetivo cumprimento da progressão de regime como te-

mos na lei, já que há poucos estabelecimentos agrícolas ou industriais no Brasil para que efetue essa transição sistemática que ajuda tanto a volta do indivíduo ao convívio social.

A socialização se torna o ponto fundamental de diferença entre os dois métodos e torna as consequências de ambos tão importantes de serem observadas. A APAC mais que uma alternativa, se torna um modelo a ser seguido e efetivado, não só porque o sistema prisional tradicional está em crise, mas porque é um método humano, ressocializador e que efetivamente funciona. A partir da experiência do TJMG vislumbra-se como é tão importante a atuação do poder público, sendo este estado o que mais se conserva unidades do método, valendo-se do que se espera de uma execução penal que não deixa de observar premissas básicas e garantistas a todos os cidadãos, cerceando apenas sua liberdade como sanção, e não outros tantos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. Saraiva. São Paulo, 2004.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Saraiva. São Paulo, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **CPI Sistema Carcerário**. Editora Câmara. Brasília, 2009.

COSTA, T. P. **A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. Editora Fiúza Editores. São Paulo, 2004.

CARNEIRO, H. **As Penas Restritivas de Direitos e o Método Apaquetano de Tratamento aos Condenados** em SILVA, J.R. (Org.) **A execução Penal à Luz do Método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

FUZZATO, A. C. J. **Socialização no sistema prisional convencional e alternativo em Minas Gerais: estudo com encarcerados**. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Educação, UNIPAC, s/d.

- MARQUES, O. H. Duek. **Fundamentos da pena**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.
- MASSOLA, G. M. **Sistema penitenciário: reforma ou reprodução**. Um estudo da APAC de São José dos Campos. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) - Departamento de Psicologia Social e do Trabalho, USP, 2001.
- MENDONÇA, E. A. T. Os sentidos do trabalho para os recuperandos e egressos da APAC de Campo Belo/MG. Tese apresentada ao Departamento de Adm. Pública da UNIFAL para obtenção do título de Mestre em 2017.
- NUCCI, G. S. **Curso de Direito Penal**. V. 1, parte geral. Forense. São Paulo, 2016.
- OTTOBONI, M. **Ninguém é irrecuperável: APAC, a revolução do sistema penitenciário**. Cidade Nova. São Paulo, 2001.
- _____. **Vamos matar o criminoso? método Apac**. São Paulo, 2011.
- OTTOBONI, M.; FERREIRA, V. A. **Parceiros da Ressurreição: jornada de libertação com Cristo e curso intensivo de conhecimento e aperfeiçoamento do método APAC, especialmente para presos**. Paulinas. São Paulo, 2004.
- ORDÓNEZ-VARGAS, L. G. **É possível humanizar a vida atrás das grades? Uma etnografia do Método APAC de Gestão Carcerária**. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Departamento de Antropologia, UnB, /2011.
- SILVA, J. R. **A execução penal à luz do método APAC. Curso de formação de voluntários**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.
- ZAMPIER, D. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa**. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 23 out 2018.

O EXAME CRIMINOLÓGICO COMO REQUISITO (IN)DISPENSÁVEL PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA

*Álvaro Augusto Diniz Queiroz Carvalho*⁸⁴

INTRODUÇÃO

Não é novidade que o sistema carcerário, de um modo geral, agoniza diante da superlotação e da falta de iniciativa dos políticos que não se importam com aqueles que são submetidos à justiça criminal. Em todos os Estado da federação⁸⁵, o desrespeito aos direitos mais básicos é nítido, ainda que tais direitos encontrem-se inculpidos na legislação.

Como bem salientou Ferrajoli (2002), a história da pena tem-se revelado pior do que a história do crime, uma vez que este, na maioria das vezes, trata-se de uma violência eventual, enquanto aquela é uma violência anunciada, programada, planejada de vários contra um.

84 Advogado criminalista; especialista em Ciências Criminais pela Estácio Sá; professor das cadeiras criminais do Curso de Direito da Faculdade Irecê.

85 Segundo levantamento feito pelo Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro, dentre vários dados que comprovam o descaso com os penitentes, quase metade dos estabelecimentos não possui cama para todos os presos e quase um quarto não tem colchão para todos. (A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/> Acesso em: 31/03/2021).

Infelizmente, a todo o momento somos surpreendidos com novos projetos de leis que pretendem aumentar a reprimenda de determinados comportamentos, criar novas figuras típicas, reduzir a maioria penal, etc. Tais iniciativas, contudo, não passam de discursos que visam apoiar o ciclo vicioso da punição. Os políticos, utilizando-se da boa retórica, mudam o foco, pois, ao invés de cumprir com a função social estabelecida pela Constituição da República, optam por continuar punindo aqueles que foram esquecidos pelas políticas estatais.

Os meios de comunicação, movidos pela política da audiência a qualquer custo, fazem questão de atropelar a Presunção de Inocência que cada cidadão traz consigo, fazendo com que a estigmatização nasça o mais cedo possível e que, conseqüentemente, o sistema continue sendo alimentado pela massa que não atende aos ditames do mercado consumista que o mundo capitalista exige. A esmagadora maioria da população carcerária brasileira é composta por pessoas simples e humildes que, geralmente, não tiveram oportunidades.

É fato que a prisão não cumpre com a sua promessa de ressocialização e tampouco regenera os que a ela são submetidos; ao contrário, a prisão, da maneira em que se encontra, apenas contribui negativamente para que o indivíduo se degenere, sem contar, ainda, com o rótulo daquele “ex-presidiário” que será sempre “ex-presidiário”.

A sociedade, mesmo que sem perceber, deposita toda confiança nos falsos justiceiros, sem, contudo, ter em mente que aqueles que são submetidos ao sistema carcerário sairão do cárcere um dia. Questiona-se: sairão melhores? A resposta parece ser desanimadora, haja vista a total falta de estrutura oferecida pelo Estado.

A legislação criminal, mesmo que acanhadamente, movida por um ideal universal de elevação dos Direitos do homem, sobretudo depois dos movimentos iluministas da segunda metade do século XVIII⁸⁶, acrescentou nos seus diplomas uma gama de direitos e garantias que, pelo menos no campo teórico, vieram com o intuito de diminuir as conseqüências trazidas e deixadas pelo aprisionamento.

A Parte Geral do Código Penal Brasileiro, depois da reforma de 1984, bem como a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), descortinam vá-

86 Principalmente depois do ineditismo da obra *Dos Delitos e Das Penas*, de Cesare Beccaria, que veio a lume no ano de 1764.

rios benefícios que, uma vez preenchidos os requisitos legais estipulados, possibilitam mais rapidamente a volta do penitente ao convívio em sociedade. É o caso, por exemplo, da progressão de regime, do livramento condicional, da autorização para saídas temporárias etc. Contudo, como denomina Salo de Carvalho, o movimento *neolombrosiano* que paira sobre o legislador também se fez presente nessas alterações, na medida em que certas exigências para a concessão de determinados benefícios nada mais são do que cheques em branco que, na lúcida expressão de Aury Lopes Junior (2003, p 135), “presta-se a qualquer senhor”.

A fissura por prognósticos indeterminados e inverificáveis são praxes adotadas pelos juízos de execução que, blindados pelos laudos técnicos, colocam em prática a ideia de fazer justiça aumentando o sofrimento dos que se encontram aprisionados.

O intuito do presente estudo é analisar com modesta profundidade a vinculação dos julgadores aos “exames criminológicos”, bem como o conteúdo dos laudos psicossociais e psiquiátricos que compõe o requisito de natureza subjetiva exigido para a concessão de benefícios que visam reinserir o sentenciado, com mais brevidade, ao convívio fora do ambiente promíscuo do cárcere. Para tanto, é preciso salientar que a presente pesquisa não é inédita no cenário acadêmico, mas tem o objetivo de somar esforços para que os direitos dos cidadãos presos sejam reclamados e postos em lugar de proeminência para com as políticas governamentais.

1. O EXAME CRIMINOLÓGICO

Foi com a edição da Lei de Execução Penal, sob o nº. 7.210/84, que se inauguraram as perícias criminológicas com o objetivo de traçar uma espécie de estratégia para lidar com aqueles que, por algum motivo, entram no sistema prisional brasileiro. A reforma de 1984, como bem observou Cezar Roberto Bitencourt (1998, p 266), “identifica integralmente com o moderno Direito Penal da culpabilidade, comprometendo-se com a execução da pena privativa de liberdade cientificamente orientada”.

O objetivo da realização do exame criminológico, segundo as exposições de motivos da Lei de Execução Penal, é atestar a gravidade do ato infracional, bem como fazer um apanhado das características individuais

do agente, de modo que tais informações servem para alicerçar todas as decisões durante a execução da pena.

Para Cezar Roberto Bitencourt, o exame criminológico

É a perícia destinada a apurar as condições pessoais nas quais o sentenciado cometeu o delito, a fim de obter elementos para o diagnóstico da conduta delinquente e prognóstico de reincidência. Trata-se de estudo interdisciplinar, no qual se realiza a pesquisa dos antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos, psicológicos do condenado, para a obtenção de dados que possam revelar a personalidade do mesmo. (BITENCOURT, 1998, p 266).

O exame criminológico, assim como salientou o autor, é interdisciplinar, pois é um levantamento feito por várias áreas, isto é, não é só tarefa do Direito Penal, mas, também, a psiquiatria e a psicologia reúnem-se no intuito de trabalhar para que o penitente consiga se ressocializar. Assim, existe uma espécie de divisão de tarefas, de modo que o direito cuida do histórico do agente, no que diz respeito as suas práticas delitivas; a psicológica, a seu turno, busca, através das entrevistas com o apenado, examinar as suas angustias, bem como ajudar no sentido de amenizar os traumas que cada cidadão carrega; e a psiquiatria, por sua vez, permite uma intervenção para aqueles que desenvolvem algum quadro psíquico, seja antes da entrada no sistema penitenciário, seja durante a custódia, haja vista que, como bem salientou Edmundo Oliveira (2002, p. 02), “no conjunto mundial, o panorama geral é ruim, daí se concluir que qualquer estabelecimento penal, de bom nível, representa apenas uma ilha de graça num mar de desgraça”.

O legislador ordinário entendeu por bem determinar a realização do exame criminológico em dois momentos distintos, quais sejam: o exame tanto pode ser realizado na entrada do reeducando no sistema prisional, é dizer, uma espécie de triagem inaugural para que os reclusos possam ter as suas respectivas individualizações, assim como manda o inciso XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal⁸⁷, bem como também pode ser feito quando da análise do requisito subjetivo para a concessão de benefícios

87 O artigo 5º, XLVI da Constituição Federal assevera que “a lei regulará a individualização da pena...”.

legais. Interessa-nos, no presente estudo, uma abordagem mais densa à luz do segundo momento da realização do exame.

Ainda que em apertada síntese, analisaremos a importância da realização do exame criminológico quando da entrada no sistema, até porque nos parece que seja a única função que pode efetivamente legitimar esse tipo de intervenção.

Um dos mandamentos mais importantes, inclusive insculpido na Constituição Federal, é que o apenado tenha as melhores condições possíveis para o cumprimento da pena. Tais condições, na execução penal, é planejada (ou deveria ser) através de um programa individualizador de pena, a fim de que o reeducando adquira os elementos essenciais para o retorno à sociedade. Tal planejamento deve(ria) ser feito tanto através do exame criminológico, cujo o objetivo é estudar o sujeito enquanto criminoso, como também pelo exame de personalidade, que tem o objetivo de estudar o sujeito quanto pessoa.

O Código Penal, mais precisamente no seu artigo 34, apregoa que o sentenciado será submetido, quando do início do cumprimento da pena imposta, ao exame criminológico para a classificação e individualização da pena. De igual sorte, o artigo 8º da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) determina que o exame criminológico seja obrigatoriamente feito quando o sentenciado iniciar o cumprimento da pena em regime fechado e, ainda, permite a sua realização quando condenado em regime semiaberto, mas, neste último, trata-se não mais de obrigatoriedade, mas, sim, de uma faculdade do juízo da execução em submeter o apenado à realização do exame criminológico no regime semiaberto de cumprimento de pena.

O que merece ser anotado é que o exame criminológico, quando da entrada do sentenciado no sistema prisional, deve servir para ajudá-lo no que diz respeito às escolhas que devem ser feitas para que o sentenciado tenha uma reclusão focada na ressocialização, de modo a fornecer a todos que estarão em contato com o apenado o máximo de informações possíveis para que, conhecendo as peculiaridades de cada penitente, possam estudar as melhores táticas e, por conseguinte, aplicá-las.

Diante da superlotação que afeta os estabelecimentos prisionais de todo o país, percebe-se que tal preocupação em ajudar aquele que está preso não existe, de modo que, uma vez adentrando e tendo contado com o convívio promíscuo e estigmatizante do cárcere, sem qualquer interven-

ção positiva por meio do Estado, a consequência lógica é a reincidência que, na maioria das vezes, é provocada pela prática de crime pior do que o que resultou na primeira condenação.

A possibilidade de galgar regime menos rigoroso surgiu com o chamado sistema progressivo *inglês* ou *irlandês*, segundo Pimentel (1998, p. 268), e é um imperativo legislativo, vez que o Código Penal adotou o sistema progressivo de cumprimento de pena na tentativa de recolocar mais rapidamente o apenado na vida fora das grades.

Entretanto, como já foi dito em outra passagem do presente estudo, a Lei exige que alguns requisitos sejam preenchidos para que sejam deferidos os pedidos de alguns benefícios durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Além do lapso temporal, requisito de natureza objetivo, a lei exige o requisito de natureza subjetivo, que nada mais é do que a demonstração de que o sentenciado merece o benefício que eventualmente esteja sendo pleiteado.

Assim, com a finalidade de alicerçar a decisão judicial que concede os benefícios legais, o requisito subjetivo passou a ser satisfeito pela realização de exame criminológico para verificar se tal direito não prejudicaria a sociedade ou os fins da pena.

Verifica-se, contudo, que o exame criminológico destinado a abalizar decisão de concessão de benefício abrange uma gama de várias áreas de estudo, a exemplo do estudo jurídico, psiquiátrico, psicológico e social, de maneira que, na maioria das vezes, os relatórios acabam por serem mal interpretados pelo juiz da execução, pois trazem, além de termos técnicos de difícil compreensão, conclusões vagas e imprecisas, sobretudo pelo medo de empregar uma opinião desfavorável àquele que é considerado como um criminoso perigoso.

2. O EXAME CRIMINOLÓGICO E A LEI Nº 10.792/2003

A antiga redação do artigo 112⁸⁸, parágrafo único da Lei nº 7.210/84, determinava que, no que tocava a progressão de regime, a decisão seria

88 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da comissão técnica de

precedida do exame criminológico⁸⁹. Contudo, com o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou significativamente a redação do artigo 112 da Lei de Execuções Penais e, ainda, substituiu o parágrafo único por dois parágrafos⁹⁰, instalou-se uma imensa discussão doutrinária e jurisprudencial, uma vez que os novos parágrafos deixaram de preconizar a obrigatoriedade da realização do exame criminológico quando da análise do pedido de progressão de regime.

O fato é que, da análise da nova redação do artigo que cuida da progressão de regime, o legislador passou a não considerar mais o exame criminológico como instrumento responsável para suprir o requisito subjetivo, pois tal requisito passou a ser preenchido com o chamado “atestado de conduta carcerária”, documento disponibilizado pelo diretor do estabelecimento penal que, além dos dados pessoais do penitente, disponibiliza informação referente ao seu comportamento durante o tempo de custódia, isto é, se ostenta “conduta boa” e, portanto, faz *jus* ao benefício, ou, ao contrário, ostenta “conduta ruim”, de modo a não autorizar a *benesse*.

Contudo, o Direito Penal faz questão de modifica as leis com a intenção de deixar tudo exatamente do mesmo jeito que sempre esteve, pois, depois da alteração que retirou a obrigatoriedade do exame criminológico, o Superior Tribunal de Justiça, cedendo ao clamor dos que defendem o laudo como requisito para concessão de benefícios, editou a Súmula nº. 439 que diz “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. Ademais, o Supremo Tribunal

classificação e do exame criminológico, quando necessário.

89 Antes da alteração trazida pela Lei nº 10.792/2003, predominava na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a confecção do laudo criminológico para a progressão de regime era obrigatório, ainda que o parágrafo único do referido artigo tivesse tão somente o termo “quando necessário”.

90 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

Federal editou a Súmula nº 26⁹¹ versando sobre o exame criminológico, mas dessa vez estipulando a possibilidade do Juiz da execução, de modo fundamentado, requerer o exame para aqueles condenados a crimes hediondos ou equiparados.

O fato é que, com tamanha confusão legislativa, a doutrina dividiu opiniões em relação à submissão do apenado que pretende galgar os benefícios legais ao referido exame e, ainda, assentou-se a divergência no que diz respeito à discricionariedade do juízo da execução em relação às Súmulas editadas pelos Tribunais Superiores. Para melhor entender os impactos práticos das divergências, analisaremos os argumentos favoráveis e desfavoráveis quanto ao tema em comento.

2.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À EXTINÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Os principais defensores da abolição do exame criminológico como requisito subjetivo para a concessão de benefícios advogam que, com a alteração advinda da Lei nº. 10.792/2003, o legislador optou por não condicionar o benefício à realização da perícia, pois condicionou tão somente a comprovação do bom comportamento carcerário durante o tempo de custódia, verificação esta que pode ser evidenciada por meio de atestado de conduta carcerária fornecido pelo diretor do estabelecimento penal custodiante sem que, para tanto, precise de tempo maior para confecção⁹².

Ademais, para os que defendem o fim do exame criminológico, não há falar em limitação do poder judiciário em analisar o mérito quando da análise dos benefícios legais. Na verdade, o que ocorreu foi apenas uma substituição dos mecanismos de verificação, pois as consequências trazidas

91 Súmula nº 26. “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

92 O documento fornecido pelo estabelecimento prisional que tem o condão de suprir o requisito subjetivo para concessão de benefícios é chamado de “atestado de conduta carcerária” e, diferentemente do exame criminológico, além de ser fornecido rapidamente, trás informações concretas e compreensíveis, como, por exemplo, “não há nada que possa desabonar a conduta do reeducando”.

pelo aprisionamento são as mais horrendas possíveis e, sendo assim, não é justo que aquele que já tenha o tempo previsto em lei para livramento condicional, por exemplo, tenha que esperar a morosidade estatal para confeccionar o exame criminológico.

Não obstante, outro fator que gravita contra a realização do referido exame é justamente o teor dos laudos que, como salienta Salo de Carvalho

‘Especialmente quanto ao prognóstico de não-delinquência, importante ressaltar que a emissão do parecer tem como mérito “probabilidades”, o que por si só em nada poderia justificar a negação de direitos subjetivos visto serem hipóteses inverificáveis empiricamente. (CARVALHO, 2002, p. 8).

Assim, a negação de algum benefício a partir de conclusões como, por exemplo, “personalidade imatura e infantil”, “mesocriminoso preponderante”, “prospecção de futuro”, “atenção normovigil e normotenaz”, “linguagem normolálica” é, como apregoa Luigi Ferrajoli

‘Uma diminuição da liberdade interior do detento, que viola o primeiro princípio do liberalismo: o direito de cada um ser e permanecer ele mesmo, e, portanto, a negação ao Estado de indagar sobre a personalidade psíquica do cidadão e de transformá-lo moralmente através de medidas de premiação ou de punição por aquilo que ele é e não por aquilo que ele fez (FERRAJOLI, 2002, p. 46).

Vale dizer, ainda, que tais conclusões sobre a personalidade do sentenciado em sede de execução penal viola o chamado direito penal do fato (adotado pela legislação brasileira) e faz com que seja aplicado o direito penal do autor⁹³.

Nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal, é um imperioso constitucional a fundamentação das decisões judiciais. Assim, o teor

93 O maior defensor do chamado direito penal do autor foi Cesare Lombroso, com a sua obra “O homem delinqüente”, publicada em 1876. Segundo Lombroso, o crime era uma consequência atávica, pois o homem criminoso já nascia delinquente por questões biológicas.

da decisão judicial deve ser compreensível, pois, caso contrário, eiva de nulidade o ato decisório, como já decidiu a 5ª Câmara do TJRS:

Habeas Corpus. Determinar a prisão de alguém é ato da maior responsabilidade social a exigir séria fundamentação, com os apontamentos de dados objetivos e justificadores. Pena de totalitarismo judicante. Ordem concedida. (Habeas Corpus nº. 699126983 – TJRS – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho).

2.2. ARGUMENTOS A FAVOR DA REALIZAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Para os que defendem o exame criminológico, ele seria o único instrumento capaz de suprir o requisito subjetivo exigido pela lei, isto é, apenas o laudo tem o condão de assegurar se o apenado está realmente apto para retornar à vida fora do cárcere. Além disso, essa corrente doutrinária entende ainda que o “bom comportamento” não significa a mesma coisa que mérito⁹⁴, pois o primeiro refere-se tão somente ao comportamento do reeducando durante o tempo de custódia, de modo a não ser suficiente para alicerçar uma decisão judicial.

Um dos defensores da realização do referido exame foi Julio Fabbrini Mirabete, que, explicando a necessidade do exame criminológico quando da análise do pedido de progressão de regime, com fortes argumentos ensinava que

“A simples apresentação de um atestado ou parecer do diretor do estabelecimento penitenciário, após o cumprimento um sexto da pena no regime anterior, não assegura ao condenado o direito de ser promovido a regime menos restrito. Embora se possa inferir da nova redação do dispositivo intuito de redução de mérito, previsto na lei anterior, ao bom comportamento carcerário, no sistema vigente a progressão de regime pressupõe, como visto, não somente o ajustamento do condenado às regras do regime carcerário em que se encontra, mas também um juízo sobre a

94 Segundo o artigo 33, §2º do código penal “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado [...]”.

sua capacidade provável de adaptação ao regime menos restrito”.
(MIRABETE, 2008, p. 424).

Ademais, passou-se a entender que com esse novo sistema de fornecimento de atestado de conduta pelo diretor do estabelecimento penal fez com que o juiz da execução se tornasse tão somente um homologador de documentos administrativos, de modo a não observar o Princípio do Livre Convencimento, um dos princípios da execução penal.

Advertem, ainda, que prender os juízes aos atestados de conduta carcerária emitidos pelo estabelecimento custodiante é uma afronta a autonomia do Poder Judiciário, vez que leis como a 10.792/03, que possibilitam conclusões administrativas, retira do juiz o poder de decisão em relação a análise dos benefícios legais e, por outro lado, permite ao diretor penitenciário poder de decidir em relação a quem faz *jus* ou não ao benefício.

Ainda no que diz respeito a alteração do artigo 112 da lei de execução penal, Guilherme de Souza Nucci dispara que

Foi péssima para o processo de individualização executória da pena. E, nessa ótica, inconstitucional. Não se pode obrigar o magistrado, como se pretendeu com a edição da Lei nº 10.792/03, a conceder ou negar benefícios penais somente com a apresentação do frágil atestado de conduta carcerária. A submissão do Poder Judiciário aos órgãos administrativos do Executivo não pode jamais ocorrer. (NUCCI, 2007, p. 409).

Por último, os defensores argumentam que a alteração legislativa do artigo 112 apenas retirou a obrigatoriedade da realização do exame criminológico, mas não o proibiu, isto é, passou a ser uma faculdade do magistrado que, diante de um caso em que o atestado de conduta carcerária não seja suficiente para abalizar a decisão judicial, pode optar pela realização do laudo psicológico, desde que por decisão devidamente fundamentada.

2.3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Em que pese existam cada vez mais adeptos à corrente de que a realização do exame criminológico, após a alteração do artigo 112 da Lei de Execução Penal, não mais se justifica para preencher o requisito subjetivo,

os Tribunais Superiores seguem entendendo ser perfeitamente possível a opção do magistrado em recorrer à perícia como condição para concessão de benefícios legais.

O Superior Tribunal Federal, em 16/12/2009, editou a Súmula nº 26, com o seguinte enunciado:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Como é sabido, as Súmulas representam entendimentos reiterados sobre determinada matéria, de modo que a sua edição visa orientar todas as instâncias da justiça. Pouco tempo depois, no mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. INDICAÇÃO CONCRETA DE ELEMENTOS DESFAVORÁVEIS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. CONCLUSÃO FUNDAMENTADA COM BASE NO HISTÓRICO CARCERÁRIO DO PACIENTE.

1 da mesma forma, não está o Magistrados das Execuções adstrito ao atestado de "bom comportamento" do Diretor do Presídio. Ora, se assim não fosse, a competência para conceder o benefício ao encarcerado passaria a ser do Diretor do estabelecimento prisional em que se encontrasse, e não mais do Juiz da execução, uma vez que, diante de um atestado favorável, somente restaria ao Julgador homologá-lo, sem proceder a uma análise mais criteriosa a respeito da capacidade provável de adaptação do condenado ao regime menos severo."

3 (HC 100.583/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 24/06/2008).

O Superior Tribunal de Justiça, em 28/04/2010, depois de reiteradas decisões acerca da matéria, entendeu por bem editar a Súmula nº. 439 que diz “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. A edição da retro mencionada Súmula se deu porque, após a Lei nº 10.072/03, o judiciário se deparou com uma enorme quantidade de ações contestando as decisões que continuavam a optar pela confecção do exame criminológico.

Diante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em relação à nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, percebe-se claramente que o exame criminológico não foi abolido, mas, sim, deixado de ser obrigatório para a concessão de benefícios. Contudo, diante de um caso concreto em que o juiz entenda não ser suficiente o atestado de conduta carcerária, poderá o magistrado solicitar a realização do laudo psicológico, tendo, entretanto, que motivar a decisão.

Assim, estando o apenado com o requisito objetivo (lapso temporal), resta saber se pelas suas características é recomendável a decisão que possibilita o retorno – antes do término da pena – ao convívio em sociedade, de modo que o veículo capaz de satisfazer o requisito subjetivo, segundo o entendimento predominante, tanto pode ser suprido pelo atestado de conduta carcerária fornecido pelo diretor do estabelecimento prisional, tanto pelo exame criminológico que é feito por um conjunto de profissionais e, pelas suas peculiaridades, é mais burocrático.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, verifica-se que o tema é complexo e mesmo passados vários anos desde a alteração do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, que se deu com a Lei nº 10.072/2003, muito se tem discutido sobre qual foi realmente o objetivo da referida lei.

Pela observação dos posicionamentos analisados, compreende-se que o entendimento predominante é no sentido de que a realização do exame criminológico para atestar o requisito subjetivo exigido quando da concessão de alguma *benesse* em sede de execução da pena trata-se de uma faculdade do juízo da execução.

Por outro lado, é crescente a inquietação por parte dos operadores do direito em relação ao exame criminológico, bem como em relação a maneira em que os laudos são confeccionados, uma vez que, na prática, salvo exceções, tais exames servem tão somente para retardar a reinserção do apenado à sociedade, pois, além de não haverem profissionais suficientes disponibilizados pelo Estado para realizar a perícia⁹⁵, quando realizadas, os laudos apresentam teor incompreensível e com opiniões com base em previsões impregnadas de preconceitos sociais.

Em algumas situações, a decisão que nega a concessão de benefício é baseada em relatórios (que compõe o exame criminológico) com esdrúxulas conclusões em relação à vida privada do reeducando, como, por exemplo:

[...] o periciado demonstra estar adaptado ao sistema prisional. Sua vida familiar está sofrendo alterações, visto que sua esposa, embora o visite regularmente, refere que não mais deseja viver maritalmente com ele. Isso posto, opinamos que o apenado deve permanecer por mais algum tempo no atual regime, para que possa assimilar e aceitar a ideia da separação conjugal. (Laudo da EOC nº 800, Processo de Execução Penal nº 33718933, Pelotas/RS, 06/08/1999, fls. 73).

Entretanto, mesmo que o entendimento jurisprudencial seja firme no sentido de ser faculdade do juízo da execução a análise do exame criminológico, existem corajosas decisões, cujas transcrições revelam-se necessárias, contrárias às perícias:

AGRAVO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. LAUDOS COC E CTC. PARECERES TÉCNICOS QUE SE MOSTRAM INSUFICIENTES PARA CONTRAINDICAREM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

95 Em Salvador/BA, por exemplo, não há profissionais suficientes para realizar fazer o exame criminológico, conforme se verifica com a decisão da 1ª Vara de Execuções Penais: “[...] ocorre que, em recente reunião que mantive com o D. Secretário da SEAP foi-me dito que, por absoluta carência de pessoal, não há a menor possibilidade de deslocamento de um psiquiatra do Estado para a CPLC para compor a equipe do exame criminológico daquele estabelecimento”. (Processo de Execução Penal nº 08834-92.2012.05.001, Juiz Almir Pereira de Jesus, 14/03/2014).

1 A inexistência de motivos claramente impeditivos da concessão da progressão de regime prisional deve ser entendida como existência de mérito para os fins de se o deferir.

2 Agravo provido

3 (TARS – Agravo de Execução nº 296027980 – Rel. Alfredo Foester).

De igual sorte:

Trata-se, enfim, de conclusão apressada acerca do perfil do agravante. O laudo não convence, pois. Aliás, se o apenado, em face de seu bom comportamento e atividade laboral, continua, mesmo passados tantos anos, a ter um perfil perigoso para a sociedade, não é temerário afirmar que o Estado está faltando redondamente no seu tratamento. Neste sentido, no mínimo o laudo deveria discutir essas questões, apontando, sobretudo, novos rumos propiciadores da necessária ressocialização. **Ou isto, ou que se assuma que a pena tem caráter meramente retributivo-vingativo.** Neste ponto, o aparelho judicial deve tirar as máscaras que encobrem o sistema prisional, sem fazer simulacros (TJRS – Agravo em Execução nº 70000202687 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 11/10/1999) (grifos no original).

Concluímos, pois, que cabe ao Estado oferecer as condições necessárias para que os apenados cumpram com dignidade as suas penas, evitando-se, assim, que o aprisionamento se torne uma escola para o crime.

No tocante ao exame criminológico, entendemos que apenas se justifica quando da entrada do penitente no sistema carcerário, vez que nessa fase o exame tem o objetivo de traçar o plano ressocializador para o sentenciado.

A possibilidade de ir galgando regimes menos severos, bem como de alcançar os outros benefícios estabelecidos na legislação brasileira, é uma conquista que veio diminuir as atrocidades que o aprisionamento deixa naqueles que, por algum motivo, praticaram uma conduta definida como

criminosa. Assim, deve-se acabar com os poderes genéricos e com as lacunas, sobretudo no Direito Penal, único ramo responsável por limitar a liberdade do ser humano.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Regimes penais e exame criminológico**. *Revistas dos Tribunais*. São Paulo. v. 77, n. 638, dez. 1998.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto – lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.
- _____. **Lei de Execução Penal**. Decreto – lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.
- _____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- CARVALHO, Salo. **Práticas Inquisitivas na Execução Penal (ou, do aprisionamento do juiz pelos laudos criminológicos: uma abordagem garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 25. Ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação da Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delincente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Sistemas Penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 639, 1998.

A ABORDAGEM JURÍDICA DO SUICÍDIO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

*Timóteo Ágabo Pacheco de Almeida*⁹⁶

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios das primeiras sociedades juridicamente estabelecidas, o tema referente ao suicídio sempre foi de delicados nuances, inclusive no que atine à necessidade de regulação do mesmo na esfera jurídica. As controvérsias sobre tal ponto deram azo às mais diversas orientações possíveis, sendo algumas destas de peculiares vieses religiosos e filosóficos.

O propósito desta obra é traçar uma abordagem crítica sobre este que é um dos fatos sociais mais presentes e constantes no decorrer histórico das sociedades mundiais, a saber, o suicídio. Sempre motivo de intrigantes dúvidas, o seu direcionado tratamento jurídico será minuciosamente abordado, dando-se especial enfoque ao modo como o Direito o tem analisado no decorrer da história.

A relevância da temática ainda se destaca, haja vista que sua execução ataca, de modo imediato, um dos direitos mais cuidadosamente resguar-

96 Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Ciências Penais e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Professor convidado em Projetos de Extensão, pela Universidade Federal do Amazonas. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Manaus, Amazonas, Brasil.

dados de nosso ordenamento jurídico, o direito à vida. Para tanto, abordar-se-ão também as peculiaridades do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, os antecedentes históricos do citado fato e sua abordagem no direito contemporâneo.

A pesquisa tem como áreas de abrangência e matérias relacionadas as seguintes: Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Romano, Direito Comparado e Ciências Sociais Aplicadas que tangenciem o assunto delineado. Por sua vez, utilizar-se-ão os métodos indutivo-dedutivo e sistemático na análise hermenêutica do objeto de estudo, sendo usada, como forma de abordagem, a pesquisa quantitativa jurisprudencial – de viés bibliográfico e documental, além do acesso digital a teores doutrinários – e, quanto aos fins, a qualitativa descritiva. De igual forma, utilizará a pesquisa documental e bibliográfica para obtenção de dados e informações atualizadas sobre o tema.

Contudo, para buscar melhor defini-lo, será realizado um significativo corte epistemológico histórico, previamente ao exame da definição jurídica do instituto.

1. O CONCEITO HISTÓRICO DE SUICÍDIO

Com o objetivo de delinear concisamente o mencionado tipo criminal, podem ser delimitadas suas principais características conceituais e suas premissas hermenêuticas. De fato, o suicídio deriva etimologicamente do latim *suicidium*, que corresponde à junção de *sui* (a si) e *coedere* (matar), representando (a) a eliminação da vida de uma pessoa, (b) provocada por ela própria, (c) com voluntária e intencional conduta.

Nessa esteira, é possível afirmar que se caracteriza o suicídio como a deliberada deserção da própria existência, ou seja, a supressão voluntária e consciente da própria vida de forma violenta, resolvendo o homem, por razões subjetivas, extinguir a existência carnal. Sem embargo, diversas definições podem ser apresentadas com o objetivo de delimitar a referida prática. Com fulcro na doutrina pátria especializada, Zucki (2014, p. 01) fixa que o suicídio é a aniquilação da própria vida, “logo, o suicida, segundo o Direito, é tão somente aquele que busca de forma direta e voluntária a própria morte; ou seja, é a ação pela qual o indivíduo põe fim à própria vida”, uma prática que se nota existente desde os primórdios da raça humana.

Complementarmente, Negrelli (2006, p. 19) estabelece que:

O conceito de suicídio é bastante amplo e polêmico, na própria conceituação etimológica. Não se encontra uma definição universalmente aceita. Isto é, não há um consenso, neste sentido. Na prática, o suicídio pode significar inúmeras coisas para diferentes pessoas, através dos tempos e entre as culturas. [...]

Embora não constitui (*sic*) ilícito penal, o suicídio não deixa de ser conduta antijurídica. Assim, impedir, mediante violência ou grave ameaça, que uma pessoa pratique ato antijurídico não pode constituir constrangimento ilegal. Trata-se de estado de necessidade de terceiro elevado à categoria de causa excludente da tipicidade.

Como se destaca, o conceito de suicídio é bastante amplo. Da mesma forma, não se encontra uma definição universalmente aceita. Isto é, não há um consenso em torno do que seria a ação ou omissão tendente a atacar a própria vida ou permitir que esta seja atacada. Como se não bastasse, no empirismo sociológico, o suicídio pode significar inúmeras ideias diferentes para igualmente distintos contextos culturais, através do tempo e do espaço.

Também são diversos os exemplos dos paradoxos advindos das tentativas frustradas de estabelecer balizas claras à conduta suicida. Bittencourt (2013, p. 105) destaca que caso, fortuitamente, o suicida falhe em seu propósito, a delimitação de uma sanção conceitual ao fato social em voga, que viesse, *exempli gratia*, a ser proferida e imposta contra si, serviria tão somente para reforçar a vontade de morrer daquele. Não por outro motivo, a legislação pátria, ao elevar a importância fundamental da vida humana, entendeu por bem tipificar criminalmente as condutas que levem ao auxílio, ao induzimento e à instigação do suicídio.

Também é possível frisar as lições de Beccaria (2002, p. 112), para quem “o suicídio é um delito que parece não admitir uma pena propriamente dita, pois ela só poderia recair ou sobre inocentes, ou sobre um corpo frio e insensível”.

No campo inter e multidisciplinar, nota-se que, quanto à causa, vários são os fatores sociais desencadeadores da conduta suicida, como, *verbi gratia*, a anormalidade psíquica, circunstâncias religiosas, inadaptação ou

desajustamento ao meio social, depressão patológica crônica, dentre outras causas. Porém, sua *ratio essendi* e seus elementos delimitadores evoluíram em grande monta com o decurso histórico da humanidade. Assim, a evolução histórica do fato já considerado um delito formal possui peculiaridades históricas diversas, como a seguir exposto.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO SUICÍDIO

Consoante já referido, o suicídio, no decorrer da história, frequentemente possuiu um vórtex originário nas ponderações e crenças religiosas das civilizações primitivas. Clássicos exemplos disso estão nas figuras do Nirvana hindu, cenário paradisíaco guardado àqueles que extinguíam a própria vida para obterem esse ideal máximo, e na punição cristã ao agente suicida dos tempos medievos, negando-lhe sepultura e considerando a autoeliminação uma rebelião à vontade divina.

Na era romana, não apenas era imoral a conduta do suicida como também ilegal, sujeitando a família daquele que a praticasse à pena de confisco, se comprovado que assim o fizera para fugir à acusação e à pena, nas linhas do que afirma Álvaro Mayrink da Costa (2009, p. 87), *in verbis*:

[...] o direito romano aplicava a *publicatio bonorum* que fazia transferir o patrimônio do suicida para o Estado, na qualidade de sucessor, punindo a família inocente. O suicida era declarado infame por ter cometido um ato de injustiça contra o Estado, tendo Tarquínio Soberbo ordenado que os cadáveres dos suicidas fossem expostos e abandonados às feras. Os soldados que tentassem contra a vida eram condenados à morte, salvo se tivessem cometido *aut taedio vitae, ut si impatientia doloris, outo morbo, aut fuore aut pudore mori maluit*, considerados motivos justos (D. *ad legem Aquilam*, 1, 13). Outrossim, eram recusados funerais (*'Non solent autem lugeri suspendiori, nec qui manus sib intulerunt, non tadio vitae, sed mala conscientia'*).

No mundo oriental, por aspectos culturais, muito conhecida é a prática do *seppuku* ou *harakiri* – vale-se ressaltar que, em algumas localidades, até os dias atuais ainda é aceita e executada –, cuja tradução significa “abrir o ventre”. Nesta conduta, historicamente oriunda dos costumes culturais nipônicos, a pessoa ergue a lâmina e a crava contra o próprio ventre, mor-

rendo da hemorragia do profundo corte abdominal, sendo praticada por determinadas pessoas com o intuito de demonstrar veneração, protesto ou, até mesmo, para ter o suicida sua honra novamente respeitada.

Com idênticas ações, agiram similarmente as civilizações pretéritas, ao destinarem formalmente tratamento hostil, repressivo e, por muitas vezes, cruel à deserção da vida, ora por meio de sanções infamantes à honra *post mortem* e à memória do agente, ora privando-o de digno sepultamento e vedando aos legítimos herdeiros a sucessão nos bens, os quais eram confiscados pelo Estado.

Nesse ponto, diverso não foi o tratamento dado por tebanos, hebreus, atenienses, germanos, saxônicos, espanhóis, italianos, franceses e pelo direito canônico. Ademais, quanto a este último, bem esclarece Heráclito Antônio Mossin (2009, p. 112) suas características, delimitando que, *verbis*:

O direito canônico equiparava o suicídio ao homicídio, sendo certo que o *Codex Juris Canonici*, privava o suicida de sepultura eclesíástica: “*Qui in se ipsos intolerint, si quidem mors secuda sit, sepultura ecclesiastica priventur ad normam can 1,240, §3º, nº 3*” (Cânone 2.350).

O Concílio de Arles (452) declarou o suicídio um ato inspirado pela possessão diabólica. Naquela época não de permitia ao suicida ter sepultura cristã.

O Concílio de Toledo (693) decretou a excomunhão dos que voluntariamente se matavam. (grifo do autor)

Em similares esclarecimentos, Capez (2010, p. 121) rememora que:

Sob a influência do cristianismo o suicídio, além de passar a ser considerado crime, passou a ser concomitantemente pecado contra Deus, sendo negada aos suicidas a celebração de missas. O Direito Canônico equiparou o homicídio ao suicídio a ponto de, sob as Ordenações de São Luís, ser instaurado processo contra o cadáver do suicida, sendo seus bens confiscados. Em algumas cidades, o cadáver do suicida, segundo os estatutos, devia ser suspenso pelos pés e arrastado pelas ruas, com o rosto voltado para o chão (CAPEZ, 2010, p. 121).

O Direito Romano também destinava severas punições a quem praticasse a citada conduta. Sobre tal contexto, Prado (2008, p. 82) assevera:

No Direito Romano eram punidos os herdeiros do suicida que se matasse por ser acusado de delitos aos quais se cominava pena de confisco de bens. Nesses casos, como a morte foi meio de preservação do patrimônio familiar, havia o confisco dos bens do suicida, salvo se comprovada sua inocência pelos herdeiros. Aos soldados que tentassem o suicídio era aplicada, em geral, a pena de morte (salvo nas hipóteses de *impatientia doloris*, *aut taedio vitae*, *aut morbo*, *aut furore*, *aut pudore*).

Em complemento, é viável estabelecer fortes liames comparativos entre os tratamentos dados no direito romano e no direito germânico sobre o mesmo evento. É nessa toada que Costa Jr. (2002, p. 374) ensina:

Na velha Roma, punia-se o suicídio do soldado, pelo prejuízo causado ao Estado. Ou o suicídio do réu, para escapar à punição. Ou então o suicídio do escravo, pelo prejuízo patrimonial causado ao senhor. A pena se consubstanciava na mutilação do cadáver. O direito canônico punia o suicídio direto, que era aquele provocado pelo homem sobre si próprio. O suicídio indireto, em que o homem buscava a morte pelo risco que procurava enfrentar, como o médico que se dedicava à cura de moléstia infecto-contagiosa de elevado grau de perigo, não era punido. A pena consistia na privação de sepultura religiosa.

Em contraposição a tudo isto, somente no século XVII, os Movimentos Iluminista e Humanitarista, fortemente inspirados em uma nova visão de direitos desde o seu surgimento, colidiram-se com o tratamento até então dado àquele que praticava o *suicidium*, afastando a influência da Igreja em tal matéria e descriminalizando a conduta suicida. Isso acabou pode desencadear o término de sanções iníquas, irrazoáveis e – muitas delas – macabras ao agente suicida.

Tais movimentos deram início à visão moderna do suicídio, com características únicas, consoante se passa a demonstrar.

3. O SUICÍDIO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Por óbvio, não se pune mais o suicídio, sendo, há tempos, um verdadeiro fato social atípico. Todavia, no *iter* dos atos executórios da conduta suicida, ao atentar contra o bem da vida, faz-se possível a configuração de fatos condenáveis. Explica-se:

O suicídio possui, conforme consagra a fonte doutrinária, roupagem de fato repudiável, porém não criminoso, pois, além de não ser sequer punível sua tentativa, em face da inutilidade da pena, também não dá ensejo às formas de coautoria e participação em sua execução, ressaltando-se que o induzimento, a instigação ou o auxílio àquele são abrangidas em um só fato típico, o qual possui núcleo distinto da conduta do suicida *in stricto sensu*, a seguir enunciado.

De fato, com o progresso dos ordenamentos jurídicos penais, a punibilidade destinada à conduta suicida caiu em completo desuso, tendo em vista que, ocorrendo o fim da vida do indivíduo, evidente é que não se pode apenar o seu cadáver, conforme a máxima latina *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga). Também é esse o resultado da exegese do Princípio da Individualização da Pena, acolhido constitucionalmente na maioria das ordens jurídicas mundiais.

Todavia, não são poucos os ideais e interesses – tais como aqueles morais, políticos e sociais – que lhe são contrários, em vista da imperiosa necessidade da tutela da vida humana, conquanto que, se não é possível punir o suicídio, lícito que este é, mostra-se perfeitamente cabível a incriminação da colaboração a este, seja psíquica, seja material, constituindo verdadeiro fato típico distinto.

É essa a definição trazida no artigo 122, do vigente Código Penal, ao prescrever o seguinte tipo penal, com redação atualizada pela recente Lei nº 13.968, de 2019: “Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação. Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”.

Denota-se, portanto, que o agente não é, por isso, um partícipe em fato punível de autoria alheia, mas verdadeiro autor de crime autônomo, cujo tipo se consuma perfeito e concluído, a partir do momento em que

se finaliza o cumprimento da atividade de induzir, instigar ou auxiliar alguém a suicidar-se ou, mais recentemente, a automutilar-se.

Neste diapasão, consagra João Carvalho de Matos (2011, p. 276) o mais aceito entendimento sobre tal tipo penal, esclarecendo, *in litteris*:

Induzir outrem a suicidar-se aquele que faz nascer no seu espírito a ideia do suicídio, convencendo-o a realizá-la. Portanto, tem-se, que, induzir, instigar, significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente. Ocorre a instigação quando o instigador atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. **O instigador limita-se a provocar a resolução de vontade da indigitada vítima, não tomando parte nem na execução nem no domínio do fato. Tanto no induzimento quanto na instigação é a própria vítima que se auto-executa.** (grifo nosso)

Esse *animus*, segundo ensina, é o que faz nascer a ideia suicida, em condições ocasionais ou permanentes, de ordem moral, social ou patológica, a ponto de justificar aos olhos do suicida o ato com o qual põe fim à vida.

Em soma, o mesmo jurista arremata seu entendimento (2011, ps. 276/277), abordando sobre a instigação que:

Tem-se, portanto, não ser espontaneamente que surge no espírito do futuro suicida de matar-se. É o estranho que traz e a faz germinar naquele terreno apropriado. O doente crônico, abatido pelo sofrimento e o desengano, recebe a influência de outrem que vem convencê-lo de que semelhante viver é uma tortura intolerável e absurda a que ele pode e deve por termo em um gesto simples e rápido. A alguém que se debate numa crise de consciência diante de um ato desonroso que cometeu outro sugere que só há um meio, que é a morte, de livrar-se da vergonha e humilhação que o esperam.

Instigador, pois, é aquele que vem estimular com os seus conselhos e argumentos o pensamento de suicídio que já se elaborava e procurava afirmar-se na mente do futuro matador de si mesmo.

Reitera-se que, quanto a suas características, o bem juridicamente tutelado é a vida, o tipo objetivo encontra seu núcleo dividido em três verbos – *induzir, instigar* ou *prestar auxílio* –, portanto, fato punível de ação múltipla, perfazendo-se o delito após consumado qualquer um destes, bem como respondendo por apenas um delito, caso o agente eventualmente pratique mais de um dos seus núcleos; à luz do Princípio da Consunção ou Alternatividade.

Resumidamente, expõe Heráclito Antônio Mossin (2009, p. 80) a distinção entre tais condutas:

O verbo ***instigar implica insuflar, reforçar, estimular a vítima a suicidar-se***. A instigação ou estimulação é resolvida pelos conselhos e argumentos que o agente faz incidir sobre a vítima, cujo propósito de tirar a própria vida já estava formado. **Ao lado do induzimento, constitui ela cooperação moral** para que a vítima ceife sua própria vida. [...]

Por sua vez, ***induzir é provocar, convencer, persuadir a vítima quanto ao suicídio***. Nessa cooperação moral para o suicídio, pressupõe-se a iniciativa na formação da vontade do suicida para que pratique esse ato antijurídico. Em circunstâncias desse matiz, na instigação a ideia de matar-se não preexiste. É ela formada a partir do convencimento do agente nesse sentido. [...]

O ***auxílio à destruição da existência corpórea do indivíduo implica a ajuda material para que a vítima suicide-se, não influenciando o agente em seu espírito e ânimo***, mas somente coopera na ação que o outro pretende executar. É o que ocorre, *exempli pare*, quando aquele que coopera materialmente com o suicida lhe fornece corda, arma de fogo, faca, veneno, entre outros meios. (grifo nosso)

Por outro lado, o crime em pauta consumava-se com a superveniência da morte ou, ao menos, com a ocorrência de lesão de natureza grave, estabelecendo o legislador o preceito secundário do tipo penal inserto no art. 122, do Código Penal, ao fixar essa segunda hipótese como uma das formas de consumação do citado delito; o que, *a priori*, configuraria a exis-

tência da *conatus* (tentativa). Contudo, foi escolha legislativa expressamente prevê-la em uma própria figura nuclear.

Com esse entendimento, José Frederico Marques (1997, p. 133) tece ímpares esclarecimento sobre o tema, ao afirmar que:

[...] desde que a lei somente previu pena para a tentativa de que resulte ferimento grave, não há de punir-se a tentativa de que prove-nha lesão corporal leve, em que evento danoso algum se configure. **O simples *conatus* é irrelevante para a lei penal, porquanto esta estabelece, de modo expresso, que sanções só se aplicam quando o suicídio se consuma, ou quando da tentativa resulte lesão corporal de natureza grave.** Manifesto é, portanto, qua-se da tentativa outro resultado advém, não há que falar-se em punição. É que, com os dizeres da lei, limites se fixam para a adequação típica indireta que se opera pela tentativa. (grifo nosso).

Entretanto, com a novel alteração legislativa, incluiu-se ainda a figura da automutilação. Hodiernamente, se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena será de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Por outro lado, se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte, a pena de reclusão é majorada para de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Pode ainda ser duplicada se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil; ou se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. Outra causa de aumento diz respeito à conduta realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real. Por fim, aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual.

Ademais, pois seja crime material, não se admite a tentativa do delito em comento, pois a lei subordina a incriminação do fato à superveniência da morte ou da lesão corporal – que, *prima facie*, caso não prevista expressamente, daria ensejo a discussões sobre sua forma tentada –, sendo, assim, irrelevante a conduta do agente, caso tais consequências não venham a ocorrer.

Salienta-se, ainda, que quaisquer indivíduos – pessoas naturais – podem ser sujeitos ativo e passivo do referido crime, o qual exige o elemento

subjetivo do injusto, qual seja, a atividade finalística de induzir, instigar ou auxiliar o término da vida alheia.

Por fim, aduz-se que o dolo é seu elemento psicológico-normativo de culpabilidade, não havendo previsão legal de forma culposa do referido delito, sendo também possível a participação quanto à execução.

Finaliza-se com a derradeira ressalva que Guilherme de Souza Nucci já pregava, quanto à citada menoridade, haja vista entender, em concordância com boa parcela doutrinária, que tal limitação etária abrangeria o lapso temporal entre quatorze e dezoito anos. Com a recente alteração legislativa, tal questão se tornou pacificada, tal como se destaca da leitura dos §§ 6º e 7º atuais, do art. 122, do Código Penal, a saber:

§ 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

CONCLUSÃO

Como acima delineado, não há ato mais ofensivo que o ser humano possa cometer contra si mesmo do que o suicídio. Trata-se também de um comportamento contrário à ordem natural das coisas, em que o agente suicida dispõe da própria vida em conduta voluntária e intencional, influenciada ou não por outrem. Por outro lado, uma vez que o direito à vida se trata de nítido direito humano fundamental, é dever do Estado a sua proteção. Assim o faz por meio dos seus diversos órgãos estatais, todos

alicerçados nas premissas constitucionais que igualmente tutelam não apenas a vida, mas o gozo de uma vida plena e digna.

Eis a base para a completa incoerência em se buscar criminalizar e responsabilizar o suicida, pela execução consumada ou tentada do referido ato, o que, em último grau, somente sobrelevaria, por parte do Estado, o peso das razões que inicialmente o levaram a tomar tal conduta.

Por iguais razões, buscou-se esclarecer os limites e nuances do crime previsto no artigo 122 do Código Penal, que busca proteger a vida por via reflexa e indireta, haja vista combater a conduta daquele que instiga, induz ou auxilia no ato contra a vida – ou atualmente a integridade física mutilada – de outrem.

É, como ensina Kant, de vital relevância a dignidade da vida humana para usufruto e gozo de todos os demais direitos fundamentais, um claro imperativo categórico. Assim, apesar da pouca efetividade do comando normativo em ocorrências documentadas da práxis forense, demonstra-se de coerente e acertada escolha a tipificação da conduta em tela, buscando-se proteger aquele tido como o maior de todos os direitos: o direito à vida.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial II – Dos crimes contra a pessoa**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código penal comentado**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- _____. **Curso de direito penal**. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- COSTA JR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

MATOS, João Carvalho de. **O Tribunal do Júri no Direito e no Processo Penal Brasileiro**. Campinas: Editora Servanda, 2011.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri – Crimes e processo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEGRELLI, Andréia Maria. **Suicídio no sistema carcerário**: análise a partir do perfil biopsicossocial do preso nas instituições prisionais do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

ZUCKI, Luciani da Cruz. **A (in)efetividade do crime no artigo 122 do Código Penal**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-inefetividade-crime-artigo-122-coddigo-penal.htm#:~:text=O%20suic%C3%ADdio%20%C3%A9%20a%20aniquila%C3%A7%C3%A3o,os%20prim%C3%B3rdios%20da%20ra%C3%A7a%20humana>>. Acesso em: 05 jan. 2021.

A CRISE DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

*Andressa Ferreira de Sousa*⁹⁷

*Brenda Maria de Castro Alves e Silva*⁹⁸

*Giovanna Luiza Oliveira de Holanda*⁹⁹

*Vitória Maria Coimbra Alencar*¹⁰⁰

INTRODUÇÃO

A democracia é, sem dúvidas, um dos pilares do mundo pós-moderno, tendo suas bases sedimentadas no voto, na participação política e na representação política. Muito embora, em seu surgimento, na Grécia Antiga, em especial na pólis de Atenas, sua aplicabilidade fosse restrita, deixando de lado a maioria da população. Logo, fica claro que esse conceito sofreu diversas transformações ao longo do tempo, deixando de lado seu aspecto regulador da vida em sociedade e da cidadania, abrindo espaço para um aspecto essencialmente político.

Em vista disso, tomando como base a democracia brasileira, em um histórico no qual seus princípios foram constantemente vilipendiados, e

97 Graduada do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), 3 Período.

98 Graduada do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), 3 Período.

99 Graduada do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), 3 Período.

100 Graduada do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), 3 Período.

oscilante tomando como referência as Constituições Brasileiras¹⁰¹ (1934 a de 1988), o falho sistema eleitoral ainda está em construção, pois as suas lacunas ainda causam prejuízos no tocante à representação política, levando aos cidadãos um sentimento de descrédito. Nesse sentido, acaba-se fomentando a formação de um abismo entre os representantes e seus representados, fazendo com que as demandas populares não cheguem ao Governo, sendo assim, elas não são atendidas dando margem à formação de facções criminosas que se aproveitam dessas necessidades básicas não atendidas e apossando-se do poder, onde deveria atuar o Estado.

Nesse sentido, no presente artigo, trabalha-se na hipótese de que a ausência do Estado, nessas comunidades é que possibilitam o enraizamento das organizações criminosas dentro do seio social, sem ignorar, é claro, que a criminalidade possui uma imagem vendida atrativamente, pela facilidade de melhoria de condição de vida por meios ilícitos, mas que possuem uma resposta rápida em comparação ao meio legal. Ademais, faz-se importante ressaltar, que no momento que essas facções se instalam nessas comunidades, em geral, periféricas, trazem a disponibilização de serviços básicos, não atendidos pelo Poder Estatal, como energia, transporte, segurança – embora relativa – água, gás, internet e a facilidade na aquisição de aparelhos eletrônicos.

Dessarte, no primeiro capítulo será retratado o conceito de democracia, explorando o seu surgimento e as suas transformações ao longo no tempo, concedendo um contexto geral da importância da democracia. Por conseguinte, trabalhar-se-á o estabelecimento do sistema eleitoral no Brasil, fazendo referência aos elementos democráticos abordados anteriormente,

101 A Constituição de 1934, foi a mais breve de todas, todavia incluiu em seu corpo importantes aspectos democráticos, como o sufrágio feminino, a regulamentação dos direitos trabalhistas, a assecuração dos direitos à propriedade, além de abordar sobre o mandado de segurança. Em contrapartida, a Constituição outorgada em 1937, com o início da Era Vargas, conhecida como “Polaca”, estabeleceu o regime populista ditatorial de Getúlio Vargas, dando maiores prerrogativas ao poder Executivo – diferentemente da Constituição anterior, que visava uniformizar os três poderes – além de combater os “inimigos” do regime. Posteriormente, a Constituição de 1946 procurou apurar os desequilíbrios consequentes do período político anterior, preconizando novamente o equilíbrio dos poderes, na tentativa de redemocratização brasileira. Por fim, com advento do regime ditatorial militar e o surgimento dos Atos Institucionais, o retrocesso em torno da tentativa de redemocratização foi estagnado, sendo retomado mais uma vez com a Constituição de 1988.

bem como as ingerências desse sistema. Outrossim, será explicitado o que viria a ser a crise de representação política, tanto em um panorama internacional quanto nacional, e seu desmembramento, impactando no meio social. Concomitantemente, a formação e inserção de organizações criminosas no âmbito social. Finalmente, esses itens serão correlacionados de maneira que guiarão o leitor no entendimento pretendido na proposta da criação desse artigo; a crise de representação política proporciona a instalação das facções criminosas e a sua proliferação, lembrando que esse não é o único fator responsável regente à essa complexa problemática.

1. DEMOCRACIA

A conceituação de democracia, possui uma complexidade intrínseca, visto que ela pode – e deve – ser analisada sob diversos espectros, seja social como etimológico, pelos quais diversos teóricos tentaram reduzir sua definição dentro de algumas características marcantes. Todavia, a democracia e suas modificações contextuais ao longo dos anos, em suas nuances impede a não consideração sob uma dimensão subjetiva.

Nesse sentido, a base desse sistema ideológico se encontra no próprio nome, que origina-se do grego antigo δημοκρατία (dēmokratía ou "governo do povo"), criado a partir de δῆμος (demos ou "povo") e κράτος (kratos ou "poder") no século V a.C. para denotar os sistemas políticos então existentes em idades-estados gregas. Dessa forma, a democracia seria como enfoque o governo do povo, tendo suas decisões respeitadas e soberanas à vontade daqueles que integram o meio social.

Concomitantemente, o berço onde se aflorou e se encontrou espaço para que a democracia pudesse se desenvolver foi na Grécia Antiga, na qual o sistema de tomada de decisões baseada na vontade dos cidadãos e cidades estados independentes tomou força, apesar de não ser totalmente inclusiva, ao passo que os ditos cidadãos só eram homens, filhos de pai e mãe atenienses, livres e maiores de 21 anos. Por outro lado, estrangeiros, escravos e mulheres eram grupos excluídos da participação política. Esse foi o marco e o começo da democracia que viria a se aprimorar ao longo dos séculos seguintes até se estabelecer nos dias atuais.

Assim foi na era contemporânea depois de revoltas, revoluções, guerras o mundo teve um olhar diferenciado, pois a voz do povo clamava por mu-

danças quando se deparava com a realidade político-social, culminando em que, aos poucos, diversos países resolvessem aderir ao regime democrático, evidentemente, em diferentes níveis sob as adequações as divergentes realidades. Sob essa ótica, de acordo com a Organização FreedomHouse, em 2007, havia 123 democracias eleitorais (acima das 40 registradas em 1972) e com base do Fórum Mundial sobre a Democracia, as democracias eleitorais agora representam 120 dos 192 países existentes e constituem 58,2% da população mundial. Torna-se nítido, o crescimento da democracia sob a contemporaneidade, em um contexto globalizado, que reflete diretamente na forma de ver e de reagir aos acontecimentos mundiais.

Para melhor entendimento das adequações do regime é preciso entender as tipologias direta e representativa. Primeiramente, a democracia direta se dá por meio da participação dos cidadãos diretamente em cada assunto por votação. A sua forma genuína era praticada na Grécia antiga onde se reuniam na praça e por meio de debates era decidido o futuro da polis. Em contrapartida, no mundo moderno ainda é possível que a democracia se manifeste de forma semidireta como a casa da Suíça, pela combinação de representação política com formas de democracia direta. Posteriormente, a democracia representativa é onde se elege representantes daquele povo para votar e trazer melhorias que sejam favoráveis. É relevante definir que as formas mais modernas de democracia se utilizam de alguns elementos da direta como plebiscito e referendo para determinadas ocasiões, mas sua maior constituição ainda é fortemente solidificada na democracia representativa.

Portanto, é na democracia representativa que há a tripartição do poder em Judiciário, Legislativo, Executivo. Além disso, possui uma variante popular a democracia liberal, que é uma variante da democracia representativa e que pode incluir elementos como o pluralismo político, a igualdade perante a lei, o direito de petição para reparação de injustiças sociais, o devido processo legal, as liberdades civis, os direitos humanos, e os elementos da sociedade civil fora do governo.

De acordo com Richard Dahl, a democracia seria uma poliarquia, “um governo de muitos”, assim, para se **absorver de forma efetiva, as diferenças dentro da sociedade e refletir melhor a vontade da população** deveria ser seguido o que é posto no decorrer de sua obra. O autor afirma também que na realidade essa democracia perfeita não se

realiza, pois muitas destas qualidades, apresentadas por ele, estão ausentes ou não são completamente satisfeitas.

Apesar de ainda haver defeitos e uma defasagem em sua aplicabilidade, ao longo dos anos os cidadãos, em partes, se vêem diante da possibilidade de sanar essas dificuldades. É fato que o meio democrático é o que mais garante liberdades civis, mais especificamente, devido o ator social poder atuar de forma mais ampla sob o aspecto quantitativo, podendo reclamar do que está errado e ter a possibilidade de mudar o que não faz a sociedade evoluir. Nesse sentido um dos pilares do sistema democrático são as eleições e a representação política que serão discutidas a seguir.

2. ELEIÇÕES

Tomando por base a questão histórica do surgimento das democracias e consequentemente das eleições, tendo como foco o contexto do Brasil, os primeiros registros do surgimento das eleições se deram ainda no período colonial na forma de eleger pessoas para tomar frentes administrativas para a coroa portuguesa. É necessário lembrarmos todas as mudanças que esse sistema eleitoral passou durante séculos até se consolidar ao atual modelo vigente no país previsto pela constituição de 1988. A partir dessa necessidade de ter alguém exercendo um poder para manter a ordem surgiu o voto. Inicialmente o voto no Brasil era censitário baseado em renda somente quem ganhava por ano no mínimo cem mil réis poderiam votar, dessa forma, excluía boa parte da população e esse voto só representava os interesses da elite da época.

Sendo o voto uma maneira legítima do povo, que é soberano e o possuidor de direito de fato, entrar em consenso e eleger um representante do interesse da maioria em prol do bem comum a fim de se confirmar o regime democrático. Temos a respeito desse direito de fato segundo Sartori em sua obra a teoria democrática:

Não podemos isolar o acontecimento eleitoral do círculo completo do processo da formação de opinião. Se o verdadeiro soberano não é o cidadão, mas o eleitor, por seu turno, o eleitor não é outro senão o cidadão, no instante crítico em que é convocado para agir como soberano.

Dessa forma, a respeito das eleições no Brasil vemos que, uma de suas funções é a produção de representantes legais dos anseios do povo que em sua própria etimologia da palavra democracia, temos que esse modelo de “Governo do povo” diz respeito ao exercício legal desse poder de escolha que parte dessa nação. Poder este reforçado no Art.1º Parágrafo único da constituição de 1988 no qual afirma que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Dessa forma, o povo de forma direta elege os seus representantes e estes de forma indireta exercem o poder de escolha pautado no interesse da maioria, visando sempre o coletivo em detrimento do individual.

Partindo dessa premissa, de escolha de representantes tem-se que, a aglomeração desses representantes com interesses comuns, culmina na criação dos partidos políticos e estes, posteriormente, em produção de governos. Essa produção permite que haja a escolha de governos ou que equipes que assumirão a frente política do estado. Segundo o Sociólogo Reinaldo Dias, em sua obra “Ciência Política” foi enfático, nesse sentir, que o conceito da governabilidade do governo está dependentemente de ações que legitimem esse poder como:

A governabilidade está associada a dois valores interdependentes, como a eficácia e legitimidade de um governo está diretamente associada á sua eficácia no atendimento das demandas da sociedade, ou seja, no cumprimento de seu papel no atendimento do bem-estar coletivo.

Tomando por base essa descrição, temos que a legitimidade no processo eleitoral cumpre o papel de legitimação racional desse poder político, que é exercido legalmente por esses representantes do povo através do devido processo eleitoral legal. Dentro desse sistema de democracia temos que é através dessa legitimação do mecanismo eleitoral que a uma intensificação no processo de comunicação entre governantes e governados. O que gera um maior fluxo de informações em uma maior velocidade o que propicia uma maior participação do eleitorado de fato na democracia, e conseqüentemente na construção da representação política com a escolha dos grupos que irão gerir a sociedade durante determinado período.

3. A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Sendo assim, vale ressaltar que a Constituição, para qualquer país, traz uma relevância notável, não por ser uma lei, apenas, mas por ser a lei fundamental que rege todo o Estado, ou seja, provém da necessidade de existência. Segundo Ferdinand Lassale, em sua obra, *A Essência da Constituição*, a Constituição é “[...] uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas do país sejam o que realmente são.” Sendo assim, seu impacto é considerado tanto no setor político quanto no setor normativo, não apenas por trazer regulamentado em seu corpo noções importantes da formação estatal e da organização – e funcionamento dos poderes –, mas também, por estabelecer os direitos e deveres de cada cidadão, necessários para o equilíbrio social.

Sob essa ótica, logo no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, temos que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Portanto, a representação política é abordada como elemento essencial da democracia e como direito primordial, pertencente aos cidadãos brasileiros. Nesse sentido, o sociólogo francês, Alain Touraine, na obra “O que é a democracia?” confirma que “Não há democracia que não seja representativa e a livre escolha dos governantes pelos governados não teria qualquer sentido se estes não fossem capazes de exprimir demandas, reações ou protestos, formados a partir da sociedade civil.”, por conseguinte, a representação nada mais é do que uma transferência de controle

de poder dos cidadãos que não podem exercê-lo diretamente para seus representantes escolhidos.

Por outro lado, a representação política utilizada no Brasil só teve a possibilidade de adoção, com a popularização da democracia liberal¹⁰² que teve seus ideais difundidos, especialmente, durante a Revolução Francesa. As democracias liberais, em regra geral, possuem o sufrágio universal, haja vista que concedem a todos os cidadãos o direito ao voto, independente de raça, gênero ou patrimônio. Ainda que, não precise se aprofundar muito na história das Constituições Brasileiras para compreender que o sufrágio universal não é tão abrangente como supõe ser, em sua proposta inicial, tomando como exemplo, A Constituição de 1934, que muito embora tenha trazido o sufrágio feminino, ainda assim, não deixou de ser limitante¹⁰³ e, portanto, restringir a noção plena de representação política dentro da democracia.

É importante ressaltar que, o governo representativo indireto se difere de seu outro tipo: o sistema representativo direto, usado na Grécia Antiga, em meio a democracia ateniense, na qual todos os cidadãos¹⁰⁴ discutiam sobre as leis, sobre as questões públicas e sobre os órgãos administrativos diretamente. Vale pontuar, também que esse modelo foi amplamente defendido por Jean Jacques Rousseau como o modelo ideal, ao passo que a representação indireta foi duramente criticada. Contudo, na atual conjuntura de modelo globalizado e capitalista, é definitivamente inviável a montagem de uma Assembleia Geral para a formação de debates políticos, mesmo que Rousseau afirme que a representação indireta aliena a democracia.

Tendo em vista o exposto, a representação política é necessária e determinante para o funcionamento do corpo orgânico estatal, sendo por meio dela que o povo pode exercer seu poder e, em tese, modificar o

102 Democracia liberal é uma democracia representativa, ou um governo, em que os representantes são eleitos pelos cidadãos, por meio de eleições justas, todavia, esse modelo pode ser adotado em governos monárquicos e parlamentaristas.

103 A Constituição de 1934 trouxe o sufrágio feminino, porém demarcava o direito a ele em seu artigo 109: “[...] o alistamento e o voto são obrigatórios para os homens, e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e saltas as exceções que a lei determinar”.

104 Não eram cidadãos os estrangeiros (metecos), mulheres e escravos, e participavam das decisões políticas apenas homens, filhos de pai e mãe ateniense e maiores de dezoito anos.

ordenamento socioeconômico conforme o desígnio de uma maioria. Assim, o mecanismo utilizado para coordenar essas partes que ganhou força foi a formação dos partidos políticos, e sua compreensão é crucial para o entendimento do todo político brasileiro, principalmente, da atual crise no sistema de representação política. Conforme o sociólogo Max Webber, os partidos políticos são:

Uma associação que visa a um fim deliberado, seja ele “objetivo”, como a realização de um plano com intuítos materiais ou ideais, seja “pessoal” isto é, destinado a obter benefícios, poder e, conseqüentemente, glória para os chefes e sequazes, ou então voltado para todos esses objetivos conjuntamente. (BOBBIO et al., 2000, p. 898).

Ou seja, os partidos políticos, em resumo, são coalizões de grupos de interesse comum, inseridos um palco de disputa de poder.

Paralelamente, a representatividade exige uma democracia bem fundamentada, ou seja, é preciso que os mais diversos setores sociais se manifestem e reivindicuem suas inclinações. Na política, o agrupamento e a formação de alianças entre esses partidos, mesmo sendo minoritários, podem ser determinantes para a vitória de caráter eleitoral, na aprovação de emendas legislativas, ou na adoção de determinados projetos, sejam eles sociais, econômicos ou culturais. Porém, se a representação política se reflete sobre o social e vice-versa, tomando base a obra Poliarquia, de Robert Dahl:

As desigualdades extremas na distribuição de recursos-chave como renda, riqueza, status, saber e façanhas militares equivalem a desigualdades extremas nos recursos políticos. Evidentemente, um país com desigualdades extremas em recursos políticos comporta uma probabilidade muito alta de ostentar desigualdades extremas no exercício do poder e, portanto, um regime hegemônico. [...] (DAHL, 2012, p. 92).

Embora, no Brasil, tenha se debatido nos últimos anos acerca de uma possível crise na representatividade política, ela não se limita apenas ao contexto nacional, abrangendo também, todo o panorama internacional. Ratificando essa afirmativa, a filósofa política, Hannah Arendt, em seus

ensaios, já analisava o contexto da crise de representação política, em uma Alemanha que ainda se recuperava das máculas provocadas pela primeira guerra mundial e pelas conseqüentes crises¹⁰⁵, em um período pré-nazismo. O nazismo, dessa maneira, foi um dos resultados da crise na representação política, por favorecer o aparecimento de figuras políticas populistas, defendidas em um aspecto quase messiânico¹⁰⁶, prometidas como aquele que irá “melhorar o país em todas as vertentes.”

Alain Touraine, ainda em sua obra “O que é a democracia?”, aponta um fator importante para a crise de representação política demarcada na América Latina, especialmente no Brasil e na Argentina, e na França e na Itália.

Em vários países ocidentais fala-se, há muito tempo e cada vez com maior insistência, de uma crise de representação política que seria responsável por um enfraquecimento da participação. A observação é fundamentada porque as bases sociais da vida política foram se enfraquecendo e deslocando a medida em que tais países abandonavam a sociedade industrial que era dominada pela oposição entre empregadores e assalariados. (TOURAINÉ, 1996, p. 79).

De fato, a modificação na estruturação das classes econômicas foi decretória para a crise de representação política, porém, no Brasil, essa problemática é ainda mais aprofundada pela perda da representatividade pelos próprios representantes. Entre os brasileiros, os escândalos de corrupção nos últimos trinta anos, como as mais recentes, descortinadas pela operação Lava a Jato, pela operação Mensalão e pelo Petrolão, empregaram uma tensão social de descrédito nos partidos políticos, resultando tam-

105 A Alemanha passou pela hiperinflação de 1922-1923. Em seguida, a crise de 1929 foi determinante para a instalação de um sentimento de inconformidade no povo alemão, que ainda relembra os efeitos da Primeira Guerra Mundial, que desestruturou a economia e desmembrou o território.

106 Na Alemanha, Adolf Hitler foi a figura que conquistou o povo alemão, por justamente trazer à tona os anseios do povo que há tanto tempo clamavam que fossem realizados. No Brasil, o ex-presidente Lula, como representante da esquerda, teve um apelo semelhante, especificamente em sua reeleição. Atualmente, passamos pela mesma situação, mas dessa vez com a direita brasileira, diante da eleição do Presidente Jair Bolsonaro, que trouxe como comprometimento a melhoria na segurança pública brasileira, temática que será abordada com maior profundidade no decorrer do presente artigo.

bém, na diminuição do ingresso e do interesse nos movimentos partidários como um todo.

Na sociedade brasileira, o contexto político-histórico oscilante, facilitou que fosse deixada de lado, a responsabilidade no tocante à certificação e à vigilância no desempenho dos representantes eleitos. Benjamin Constant afirma o mesmo em sua obra “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos.”, apresentando os riscos do momento em que a sociedade se torna apática politicamente. Outrossim, o desestímulo nos momentos de eleição são um agravante para a instabilidade e para despolitização no Brasil.

Portanto, a representação política fragilizada fere o princípio inicial da sua própria criação e do movimento democrático como um todo, atingindo com maior impacto a base da sociedade e os marginalizados.

4. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Distanciando-se um pouco do que foi exposto até o momento, faz-se necessário, para o prosseguimento desta pesquisa, o entendimento do que viriam a ser as organizações criminosas. Assim primeiramente é preciso perceber que essa tem diferentes formatações, áreas de atuação e abrangência. No Brasil, a maior parte dos doutrinadores defende a dificuldade de conceituar-se com êxito as organizações criminosas, visto que muitos consideram esses conceitos deficientes e ou muito restritos, conforme discute Marcelo Batlouni Mendroni:

[...] não se pode definir com absoluta exatidão o que seja organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas. Isso porque não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade –, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente (MENDRONI, 2015).

No entanto, isso não significa que não existam conceituações, apenas põe-se em xeque seu poder de traduzir todos os tipos de organizações criminosas existentes. Em detrimento disso, os sistemas jurídicos devem tentar conceituar, mesmo que de forma restrita, essas organizações, em nome do princípio da segurança jurídica¹⁰⁷. Esse princípio tenta unificar os conceitos a serem trabalhados pela lei, para que eles não dependam unicamente da interpretação dos juízes, pois se tenta passar mais segurança à população conforme fala Aristóteles, “As mudanças na legislação são esperadas com a época vivida, todavia, não podemos acostumar o cidadão comum à alteração constante da lei, vez que isso compromete a confiança no judiciário e, conseqüentemente, a sua eficácia em aplicabilidade”.

Em decorrência, percebe-se que o ato de nomear juridicamente essas organizações criminosas é muito mais do que uma ação meramente doutrinária, antes disso, visa resguardar a população e assim zelar pela coação do estado, pois tenta dar uma resposta proporcional aos atos sociais praticados, bem como as reparações cabíveis. Por conseguinte, antes de prosseguir-se com a conceituação dada pelas leis para tais organizações, faz-se necessário distinguir previamente os tipos de organizações criminosas, são elas, segundo classificação de Marcelo Batlouni Mendroni:

- a) Organizações Criminosas Tradicionais – Também são chamadas de clássicas, sendo o principal exemplo as máfias. Estas apresentam estrutura hierárquico-piramidal, possuem rituais de iniciação para a investidura de seus membros, impera a omertà (lei do silêncio), são quase sempre baseadas no etnocentrismo, há o controle de dado território por cada família, e os seus integrantes devem obedecer cegamente algumas regras específicas estipuladas quando de sua entrada na organização;

1070 princípio da segurança jurídica está previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 2º, caput, da Lei 9.784/99, sua interpretação dependera do ramo do direito ao qual for aplicado, por exemplo: para o direito administrativo a norma deve ser interpretada visando o melhor atendimento do fim público ao qual ela se dirige. Para o direito penal, como foi citado acima, ela tenta unificar a visão de certos conceitos, para que a interpretação não dependa unicamente do arbítrio dos juízes, mas é importante ressaltar que como princípio ele não é taxativo e ainda permute a interpretação das normas.

b) Rede (Network – ReteCriminale – Netzstruktur) – Surge entre os anos 80 do século XX e início do século XXI, decorrente principalmente do fenômeno da globalização. Diferentemente do que ocorre com as máfias, não possui uma hierarquia bem definida, nem rituais, nem uma estrutura permanente. Pelo contrário, são grupos que se organizam temporariamente em volta de criminosos profissionais, aproveitando-se da existência de oportunidades em locais específicos. Logo que desenvolvem, suas atividades ilícitas se desmantelam sem deixar rastros.

c) Empresarial – É constituída nos moldes de uma empresa lícita, porém para a prática de atividades ilegais. Ou seja, atividades legais são desenvolvidas por meio de lucros obtidos através de negócios escusos.

d) Endógena – É aquela organização criminosa que atua dentro das próprias instituições públicas, atingindo todas as esferas estatais de poder. É formada principalmente por funcionários públicos que praticam, portanto, delitos contra a Administração Pública. (MENDRONI, 2015).

Assim, ao aplicar essa classificação ao panorama das organizações criminosas brasileiras é importante lembrar que tal definição, não é exaustiva, ou seja, não significa que apenas existam organizações criminosas nos moldes citados. Essa classificação foi exposta no intuito de demonstrar diferentes espécies de organizações criminosas, assim como suas áreas de atuação e seu modo operante. No que tange ao Brasil em 2012 surgiu a conceituação de crime organizado para o ordenamento jurídico brasileiro, oriunda da lei 12.694/2012, que em seu segundo artigo traz a seguinte redação:

Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (Lei nº 12.694/2012).

Logo, tal enquadramento passou a dar um direcionamento no sentido de punir tais organizações, e apesar de ainda encontrar-se certa deficiência de encontrar uma regulação penal a contento para milícias, por exemplo – grupos armados, que não fazem parte das forças policiais e que ganharam força nos últimos anos com a participação de funcionários ou ex-funcionários públicos– Além é claro, de como já foi citado esses grupos sempre estarem mudando de estrutura.

Faz-se importante destacar que neste país, ao contrário do que o senso comum acredita, há uma grande gama de organizações criminosas em ação, ou que já foram desmanteladas mas que deixaram vestígios na história, como por exemplo: o bonde dos 40¹⁰⁸, os carecas do abc¹⁰⁹, comando organizado do maranhão¹¹⁰, comando vermelho¹¹¹, primeiro comando da capital (PCC)¹¹², primeiro comando do Maranhão¹¹³, dentre outras, sem

108 Bonde dos 40 (B40) é a maior organização criminosa de São Luís, que começou a atuar no Maranhão em 2007, em entrevista à revista veja, eles são apontados como os responsáveis 70 assassinatos nos complexos de pedrinhas entre o final de 2013 e início de 2014, sendo que entre os mortos estavam alguns membros do primeiro comando do maranhão.

109 É uma gangue skinhead presente em São Paulo e outras cidades do país, utilizam-se do lema “deus, pátria e família”, possuem um ideário fortemente anticomunista e contra o que chamam de setores “podres” da sociedade, diferenciam-se de alguns outros grupos skinheads por permitirem a entrada de negros e nordestinos.

110 O comando organizado do Maranhão, como o nome já indica, trata-se de uma facção criminosa que atua neste estado e possui grande rivalidade para com o bonde dos 40, por ser aliado do PCC e do Primeiro comando do Maranhão.

111 Comando vermelho (CV) é uma das maiores organizações criminosas do Brasil, originária do Rio de Janeiro, mas com tentáculos em diferentes regiões do país como Roraima, Rondônia, Tocantins, Mato Grosso, Espírito Santo, Pará, Rio Grande do Norte, Paraíba, dentre outros. Em alguns estados, sua área de atuação mais forte encontrasse inusitadamente nos presídios. Um dos seus membros mais famosos é Fernandinho Beira Mar, também circularam nas mídias nos últimos anos devido ao rompimento com o primeiro comando da capital.

112 Primeiro comando da capital (PCC) é a maior organização criminosa de São Paulo e assim como o comando vermelho atua principalmente nos presídios, sendo que em 2016 o PCC e o (CV) romperam relações e passaram a digladiar-se pelo poder gerando uma onda violenta de embates nos presídios, que acabou com a morte de 21 detentos, conforme relatam Gil Alessi e Maria Martin em reportagens ao website El País.

113 Facção criminosa que esteve ativa em São Luís durante os anos de 2006 a 2017 e esteve em guerra com o bonde dos 40 pelo controle das áreas de tráfico da cidade.

capital (PCC)¹¹⁴, primeiro comando do Maranhão¹¹⁵. Para o entendimento pleno do contexto democrático brasileiro atual, é importante perceber que essas organizações têm um impacto sobre a forma que o sistema funciona, como será discutido a seguir.

5. A DESORGANIZAÇÃO NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E O PARALELO ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Diante, dos fatos expostos é importante rememorar que a democracia, antes de mais nada, é um direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, e a participação política é uma das formas de exercer esse direito, tendo-se como pressuposto de que ele se constrói numa via de mão dupla, ou seja, o Estado deve conceder o direito, mais também a população deve fazer uso do mesmo. Além disso, foi evidenciado, também, a importância de uma democracia bem fundamentada para o funcionamento adequado do palco político e, conseqüentemente, da representação política, objetivando atender as reivindicações dos mais diversos grupos sociais, sejam eles minoritários ou não.

Tendo em vista todos os fatos supracitados, percebe-se que a crise de representação política impacta diretamente na fixação e no crescimento de organizações criminosas dentro da sociedade brasileira. Visto que, ela separa a população dos governantes, dessarte, suas necessidades não são transmitidas e ou atendidas a contento, formando no consciente coletivo daquelas comunidades a sensação de esquecimento por meio do Estado. Fragilizando-se assim, a legitimidade do Estado sobre essas populações, abrindo-se assim a oportunidade para a instalação de grupos oportunistas, que aproveitando-se dessas deficiências usurpam o lugar legítimo do Governo.

114 Primeiro comando da capital (PCC) é a maior organização criminosa de São Paulo e assim como o comando vermelho atua principalmente nos presídios, sendo que em 2016 o PCC e o (CV) romperam relações e passaram a digladiar-se pelo poder gerando uma onda violenta de embates nos presídios, que acabou com a morte de 21 detentos, conforme relatam Gil Alessi e Maria Martin em reportagens ao web site El Pais.

115 Facção criminosa que esteve ativa em São Luis durante os anos de 2006 a 2017 e esteve em guerra com o bonde dos 40 pelo controle das áreas de tráfico da cidade.

Assim, em áreas mais vulneráveis e empobrecidas, as organizações encontram solo fértil ante a desesperança dos populares. Quando uma figura oferece tudo aquilo que foi desejado por meios mais fáceis e ágeis é natural que se recorra a este refúgio. Acerca dessa lógica, as famílias embarcam, sem muitas opções, nas condições que lhe são impostas e muitos dos seus familiares entram para o mundo do crime uma vez que não veem a importância da Estado e sua representação. Conforme o secretário municipal de Assistência Social, Paulo César Bitencourt “Os bolsões de pobreza que se criam acabam dando margem a essas ações criminosas, pois nesses locais não há um olhar muito atento por parte do restante da sociedade”.

Dessa forma, torna-se nítido a correlação – não surpreendente – entre a organização criminosa e o Poder Público, se entremeando profundamente com o impacto motivado pela pífia comunicação entre representantes políticos e sociedade representada. Malgrado, as organizações criminosas passaram de uma mera alusão a sombra da imagem do Estado, para uma paralisação, motivada pela sua influência, em meio aos diversos setores estatais, pela sua lenta, porém eficiente cooptação de funcionários públicos.

Em conformidade ao exposto, Willian Douglas in Gomes et al. (2000, p. 8) elucida:

[...] força e a violência são meios que não interessam, a princípio, pois acabam por atrair indesejável atração da imprensa, de parte das autoridades e da própria população, que sempre exerce influência nas iniciativas dos políticos. Se ambas, de alguma forma, possuem inegável aptidão para intimidar, por outro lado, podem gerar repulsa, revolta imponderável e conseqüente ação inesperada e contrária. Assim, é muito mais adequado que as organizações criminosas adotem medidas menos drásticas, optando por interferências mais sutis e discretas, em prol da manutenção de sua operacionalidade. Agredir e matar, até mesmo sob o prisma jurídico-penal, acaba resultando em materialidade, um corpo de delito, a existência de um cadáver ou de uma pessoa lesada, ao passo que a infiltração, a troca de favores, o oferecimento de vantagens e outras técnicas mais amenas findam por ter o mesmo efeito prático, sem deixar pistas tão aparentes.

Sendo assim, as organizações criminosas não apenas possuem um funcionamento interno semelhante ao Estado, com o estabelecimento

de normas internas bem como suas penalidades e aplicação de penas, mas possui em sua base de funcionamento, a capacidade de ter acesso ao Estado, em setores como, Delegacias, Tribunais de Justiça, Ministérios Públicos. Essa abrangência não se limita ao setor judiciário e ao setor de segurança pública, o apelo político também remonta sua ineficiência, e, em alguns casos, seu açodo tácito silencioso com essas organizações criminosas, coabitando em um mesmo limite territorial. Nesse sentido, além de, promover o desmantelo desses setores, fomentarem a força diante da impunibilidade derivada.

CONCLUSÕES

Finalmente, entende-se que a crise de representação política de fato impacta decisivamente na instalação e proliferação das facções criminosas, obviamente que não é o único fator responsável pelo seu surgimento e pela sua disseminação, mas apresenta-se como um dos mais importantes, dentro do seu impacto tangencial. A representação política fragilizada impacta em todo sistema democrático. Sendo assim, a despolitização dentro do âmbito político brasileiro, devido à consequências sociais enfrentadas diante dos escândalos de corrupção, descortinou o vórtice existente entre as políticas públicas, a fragilidade da segurança pública nacional e, ademais, o fortalecimento das organizações criminosas na realidade dos cidadãos brasileiros, tomando como destaque o Bonde dos quarenta, com atuação em São Luís, no estado do Maranhão, o PCC (Primeiro Comando Capital) no Rio de Janeiro, além do estabelecimento de milícias.

Posteriormente, é preciso tomar como base, a representação política como mecanismo de reivindicação dentro da sociedade, para o resgate de direitos assegurados. Entretanto, desde que a sociedade se põe como expectador diante do exposto no cotidiano, a letargia aprofunda as problemáticas já impactantes em nossa realidade político-social.

Conclui-se, que embora a Constituição Federal tenha seus mecanismos para garantir os direitos fundamentais, posto em seu escopo formal, ainda não é executado de maneira plena uma vez que há regiões tão fragilizadas que acabam a recorrer para os braços das diversas organizações criminosas que fazem o papel do Estado, mais especificamente, se infiltram no Estado, para efetivar a falta de punibilidade bem como para garantir

seu apoio e afeição dos cidadãos que recorrem a estes, usando disso como escudo de proteção.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah, **Origens do totalitarismo**. Companhia das Letras, 2012.

ARISTÓTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CLEMENTINO, Cláudio Leite. Breves Considerações Sobre Organizações Criminosas. **JUS**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65909/breves-consideracoes-sobre-as-organizacoes-criminosas>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. (1819) **Revista Filosofia Política** n. 2, 1985.

DAHL, Robert. **Poliarquia**. Traduzido por Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (EDUSP), 2012.

GOMES, A. et al. **Crime organizado e suas conexões com o Poder Público**. Niterói: Impetus, 2000.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo, Atlas, 2015

PATRIOTA, Caio Cesar Soares. O Princípio da Segurança Jurídica. **Jus-Brasil**, 2018. Disponível em: <https://caiopatriotaadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/433454249/o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 28 maio 2020.

SANTOS, Michelly. **Princípio da segurança jurídica**. Disponível em: <https://michellysantos.jusbrasil.com.br/artigos/171343529/principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 27 abr. 2020.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Rio de Janeiro: Vozes.

CRIMINALIDADE E CAPITAL: A INFLUÊNCIA DO CAPITALISMO NO ENCARCERAMENTO EM MASSA

*Nikolas Matheus Carneiro Bastos*¹¹⁶

INTRODUÇÃO

Quando se fala em sanção penal, logo se pensa em um instituto – a prisão –, uma vez que a prisão é uma instituição destinada a punir um indivíduo que transgride a norma social. Porém, nem sempre foi assim; a sociedade ocidental já teve outros mecanismos destinados a punir a criminalidade. A prisão só veio a se tornar um modelo universal de punição com a expansão do capitalismo na Europa.

O sistema capitalista modificou a forma de se punir no ocidente e estabeleceu, com base nos interesses da classe detentora dos meios de produção, quais condutas e indivíduos deveriam ser incriminados. Logo, os comportamentos que não eram produtivos para o sistema capitalista e os que atentassem contra a proteção do patrimônio da classe dominante foram criminalizados. Dessa forma, o encarceramento em massa de uma população desfavorecida socialmente possui estreita relação com o sistema econômico capitalista. Os indivíduos pertencentes à classe dominante,

116 Advogado Criminalista. Secretário Adjunto da Comissão de Direito Penal e Penitenciário da Subseção OAB/Sobral. Pós-Graduando em Direito e Processo Penal pelo Centro Universitário União das Américas – UniAmérica. Graduado em Direito pela Faculdade Luciano Feijão.

além de terem seus interesses atendidos, também lucram com a privatização da liberdade da população pobre.

No decorrer deste trabalho, pretende-se analisar de que forma o encarceramento em massa da população mais pobre está interligado e como ele influencia a lucratividade econômica de uma elite social. Sendo assim, para seu desenvolvimento, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica, bem como a análise de dados referentes ao sistema prisional brasileiro. A avaliação de dados foi realizada com base nas informações referentes ao primeiro semestre de 2020, disponíveis no site do SISDEPEN – Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional.

O desenvolvimento do trabalho se divide em três seções. Na primeira, é abordado como a prisão se tornou uma pena universal na sociedade ocidental e qual a relação desse acontecimento com o sistema capitalista. Na segunda, são demonstrados as causas e os fundamentos para o encarceramento em massa da população mais pobre. E na terceira, é analisado de que forma algumas empresas se utilizam do sistema carcerário como fonte de lucro em nossa sociedade.

1. A INFLUÊNCIA DO CAPITALISMO NA CONSOLIDAÇÃO DA PRISÃO COMO PENA UNIVERSAL

Inicialmente faz jus destacar que a punição para a criminalidade nem sempre se manifestou através do cárcere. Antigamente, na sociedade ocidental, a prisão não era a principal forma para se punir um indivíduo, pois prevaleciam outras formas de execução penal.

Nos primórdios, a função da pena era retribuir o mal que o indivíduo havia causado para sua comunidade. A punição era executada sobre o corpo do infrator; assim, ele era castigado de forma semelhante ao dano que havia causado. “Historicamente, as raízes cristãs da sociedade e a repetição por diversas civilizações da lei de Talião fazem acreditar que a pena é a retribuição ao sujeito do mal causado por ele à sociedade, sendo necessária para realizar a justiça ou restabelecer o Direito” (MURARO; CANOVA, 2015, p. 11).

No século XVI a XVII, período do Absolutismo Monárquico, os métodos punitivos que vigoravam eram os suplícios. Estes se materializavam por meio de castigos corporais dolorosos e pela morte do crimino-

so. Por meio de execuções públicas, o acusado era castigado perante seus semelhantes, de forma bastante violenta. O povo assistia toda a sua dor e sofrimento. É importante destacar que, nessa época, a execução pública funcionava como um prenúncio para os telespectadores, pois caso eles descumprissem a norma real, eles também poderiam sofrer aquela mesma punição (FOUCAULT, 1999).

Dessa maneira, a punição emanada do poder real tinha como características fundamentais: “pena pública explícita, no espaço da comunidade e tempo do suplício determinando a gravidade da conduta praticada pelo condenado à morte. A atenção dos expectadores e do sistema está voltada para a punição exemplar do criminoso” (CHIAVERINI, 2009, p. 76).

Pode-se dizer que a execução penal consistia em tamanha atrocidade, pois o ato criminoso era uma ofensa ao rei. Quando algum cidadão cometia uma infração, ele estava descumprindo a lei e assim ofendendo a soberania real. Porque “o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano” (FOUCAULT, 1999). Contudo, os suplícios, como pena base do Absolutismo, logo foram perdendo sua aplicabilidade. Apesar de seus ritos serem públicos e violentos, eles não estavam reduzindo à criminalidade. Além disso, um novo modelo econômico e social estava se consolidando na Europa: O capitalismo. Dessa forma,

O sistema penal baseado no espetáculo do sofrimento do criminoso e da pena de morte começou a entrar em decadência junto com a superação do absolutismo. Alguns fatores favoreceram essa mudança: a ineficácia do sistema punitivo que, embora cruel e vigoroso, não conseguia conter a criminalidade perigosa que se multiplicava; a necessidade de trabalhadores para as indústrias; a economia que exigia uma maior liberdade para o desenvolvimento do capitalismo; a superação da política de manutenção parasitária dos privilégios de nascimento da nobreza e do próprio rei (CHIAVERINI, 2009, p. 78).

Com a expansão das relações capitalistas, houve uma grande mudança na ordem feudal; terras que outrora eram públicas foram privatizadas. Como consequência, a privatização de terras empobreceu a classe traba-

lhadora. Logo, por conta da pobreza e da falta de oportunidade de trabalho para a população, houve um aumento nos crimes patrimoniais. Os suplícios deixaram de ser a principal forma de executar os criminosos, visto que além de não serem eficientes, eles não estavam alinhados com a nova forma de produção. Foi necessário que o Estado pensasse em uma nova forma de punir (LOLIS; SILVA, 2017, p. 202-203).

Cabe destacar que os crimes contra a propriedade privada eram uma resposta da população ao empobrecimento e a desapropriação de terras. Além do mais, em decorrência da pobreza, o número de mendigos e vagabundos só aumentava e sobrecarregava as cidades. Assim, como forma de conter essa situação, o Estado passou a criminalizar condutas, como a vagabundagem, para segregar as pessoas que estivessem à margem da sociedade (FEDERICI, 2017, p. 159-160).

O ritual da punição que antes era público se tornou privado. O Estado substituiu os castigos corporais por uma pena privativa de liberdade, que deveria ser cumprida em uma instituição estatal. Com o tempo, até as infrações mais insignificantes passaram a ser punidas com a detenção. Gradativamente, a prisão foi se tornando uma pena universal na sociedade ocidental (FOUCAULT, 1999).

O processo pelo qual o encarceramento se tornou uma pena universal está totalmente ligado à ascensão do sistema capitalista na Europa. Com o fortalecimento do capital, além de se estabelecerem as penitenciárias como local de cumprimento de pena, a penalidade passou a ser computada em dias, meses e anos. Dessa forma, pode-se perceber que da mesma forma que o tempo foi utilizado para mensurar as jornadas de trabalhos nas fábricas, semelhantemente, ele também contabilizou a punição de um indivíduo (DAVIS, 2018).

Nesse mesmo sentido aduz Prando (2006, p. 84-85): “a pena privativa de liberdade parece adequada também à nova concepção matemática de imposição de penas, própria de uma percepção mercantilista. Pois assim sua uniformidade permite medir linearmente o sofrimento”.

Cabe destacar que o objetivo de tornar os camponeses úteis ao sistema capitalista, transformando-os em indivíduos disciplinados ao trabalho, moldou a forma de punição. A prisão tinha uma estrutura disciplinar semelhante a das fábricas: a nova forma de punição buscava transformar os

indivíduos rebeldes e deslocados em indivíduos autodisciplinados, capazes de suprirem as necessidades da ordem capitalista (FOUCAULT, 1999).

Conforme salienta Mollo (2016, p. 173-174):

O nexu entre cárcere e fábrica conta com origem histórica: a introdução de um sistema carcerário e a transformação de uma massa indisciplinada de campesinos (expulsos dos campos e separados dos próprios meios de produção) em indivíduos adaptados a disciplina da fábrica moderna é um elemento essencial para compreender a função da instituição carcerária, que nasce conjuntamente à sociedade capitalista e a acompanha em sua história.

Assim sendo, o poder de punir passou a ser realizado exclusivamente pelo Estado e foi materializado nas instituições prisionais. A pena privativa de liberdade ganhou maior relevância e se fortaleceu em conformidade com as mudanças econômicas da sociedade ocidental. Desse modo, é inequívoco afirmar que, através das prisões, “o controle punitivo está cumprindo suas funções latentes que servem às necessidades da ordem capitalista” (PRANDO, 2006, p. 79).

2. A RELAÇÃO ENTRE ENCARCERAMENTO EM MASSA E CAPITAL

Através das mudanças econômicas e sociais ocorridas com a ascensão do capitalismo e com a consolidação da prisão como pena universal, pode-se perceber que o Estado buscou a criação de uma classe trabalhadora útil ao desenvolvimento do capital. Dessa forma, “o objetivo principal do encarceramento era de constituir uma massa de trabalhadores dóceis e úteis, a fim de transformar sujeitos camponeses em “força de trabalho livre” (SOBRINHO, 2014, p. 136).

Sendo assim, houve uma expansão da atuação penal. Por meio de leis mais rígidas, o Direito Penal passou a ser utilizado pela classe mais influente contra a classe mais pobre. Os comportamentos que eram contrários aos interesses da população dominante foram definidos como condutas criminosas e conseqüentemente receberam como punição a detenção penal (MOLLO, 2016, p. 172-173). Nesse mesmo sentido, Muraro

e Canova (2015, p. 5) prelecionam que “essa seletividade atua no sistema penal determinando quais condutas e quais pessoas devem ser criminalizadas, atingindo frequentemente pessoas mais vulneráveis e as condutas mais frequentemente praticadas por elas”.

Segundo esse esquema, a classe dominante, por meio da instrumentalização do direito penal, utiliza-se da prisão para segregar os indivíduos que são indesejados pela sociedade capitalista. Nesse sentido, pode-se afirmar que a instituição carcerária é um modelo bastante eficiente, pois além de excluir essas pessoas, também afasta a sociedade das mazelas sociais que afligem a população mais vulnerável (DAVIS, 2018).

É importante salientar, que a legitimação para o encarceramento massivo de pessoas é fundamentada em um discurso político que garante que quanto maior o número de indivíduos presos, menor é a criminalidade (MURARO; CANOVA, 2015, p. 9). Esse discurso é amparado no ideal de que o medo e a falta de segurança são gerados pelo crime. Logo, ele fundamenta a criação de legislações mais severas e conseqüentemente aumenta o poder punitivo estatal contra as classes mais pobres (LEMOS, 2018, p. 73).

A instrumentalização da legislação penal, conforme indica Mollo (2016, p. 172):

[...] dirige-se a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes a classes baixas que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas; portanto, não opera (ou opera raramente) quando tem por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às elites, isto é, as classes que sempre, de um modo ou outro, estão no poder.

Essa situação é notória, na medida em que os discursos fortalecem uma grande insegurança social, eles também trazem mais visibilidade para os crimes que são cometidos pelas classes que não estão em conformidade com a força produtiva do sistema capitalista. Dessa forma, pouco se fala sobre a ocorrência de crimes de colarinho branco; as notícias tendem a se concentrar em crimes cometidos pelas classes mais pobres, como o crime de tráfico de drogas e os crimes patrimoniais (LEMOS, 2018, p. 74).

Contudo, o paradoxo em relação ao discurso da segurança social através do encarceramento é perceptível, uma vez que o encarceramento em massa não diminui a criminalidade e nem traz segurança social, ele só aumenta massivamente o número de criminosos. Nesse sentido, Foucault (1999) afirma: “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta”.

A seletividade penal e o encarceramento em massa da população mais pobre podem ser evidenciados ao se analisar algumas informações. No Brasil, conforme dados do SISDEPEN – Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, atualizados no primeiro semestre de 2020, as penitenciárias nacionais em 2020 contavam com o total de 678,506 pessoas presas.

Na última década, o número de detentos só aumentou, pois em 2010 a população privada de sua liberdade contava com 496.251 indivíduos. Houve um número progressivo no decorrer dos anos. Nas informações criminais, o SISDEPEN demonstra que a maior parcela da população carcerária (38,65%), equivalente a 277.263 pessoas, está presa em decorrência do cometimento de crimes contra o patrimônio.

Em segundo lugar, a maior parte do encarceramento (32,39%) se dá por conta do crime de tráfico de drogas, que equivale a 232.341 pessoas. São números muito altos, que somados ultrapassam bem mais da metade da população carcerária nacional. Se fizermos um paralelo com base no gênero, os crimes que são mais cometidos pelos homens são os crimes contra o patrimônio (269.545 detentos) seguido do tráfico de drogas (214.190 internos). Já as mulheres é o inverso: primeiramente o número maior de presas se concentra no crime de tráfico de drogas (18.151 detentas) seguido pelos crimes patrimoniais (7.718 internas).

Os altos números de pessoas encarceradas evidenciam que os instrumentos estatais não buscam garantir a efetividade dos direitos fundamentais das classes dominadas; eles atentam contra eles. Dessa forma, o Estado investe ostensivamente em políticas, voltadas a segurança pública, para garantir e legitimar apenas os interesses das classes dominantes (SOBRINHO, 2014, p. 149).

Conforme salienta Lemos (2018, p. 79):

O elevado índice de encarceramento, resultado do esgotamento do potencial expansivo do capitalismo, decorre da iniciativa de manter sob custódia a massa populacional vitimada pelo desemprego estrutural, pela pobreza absoluta, com ínfimas chances de ingressar na relação formal de compra e venda da força de trabalho.

A instituição prisional falha intuitivamente no objetivo que ela se propôs a cumprir, visto que a prisão não reduz a criminalidade; pelo contrário, ela aumenta. A prisão é uma instituição que obtêm bastante êxito ao produzir a criminalidade, pois ao servir como instrumento de uma massa dominante, ela controla o seio social e protege os interesses de uma classe ligada à acumulação capitalista (FOUCAULT, 1999).

3. A LUCRATIVIDADE DECORRENTE DO SISTEMA PRISIONAL

No sistema capitalista, a efetividade do sistema prisional não se resume apenas a segregação de indivíduos indesejados, o encarceramento é eficaz, pois também gera lucro. Com o confinamento da classe mais pobre, o Estado movimentando o sistema de produção, e assim aumenta o rendimento de algumas empresas. Preleciona Mollo (2016, p. 226): “[...] nas prisões estatais ou privadas, sempre intervêm empresas privadas, seja na construção dos edifícios, seja no equipamento ou na administração”.

Partindo dessa noção, pode-se perceber que o sistema prisional cria oportunidades para as empresas privadas na medida em que “[...] o controle da violência mostra-se extremamente sedutor e lucrativo como novo espaço à expansão do capital. [...] o sistema penal dá mostras de que o controle da violência se torna, a passos largos, um grande negócio” (SOBRINHO, 2014, p. 139).

O aumento massivo no número de detentos também amplia a oportunidade de expansão das cooperativas, pois o número de presos acaba ultrapassando o número de vagas, e consequentemente aumentando os custos estatais. Como resultado, o Estado acaba recorrendo ao setor privado para manter o funcionamento e conseguir gerenciar as diversas demandas (como alimentação, equipamentos de segurança, uniformes...) provenientes do sistema prisional (MOLLO, 2016, p. 226). Em uma notícia emitida

pelo jornal *Gazeta do Povo*, Trisotto (2018) aduz que no Brasil, “o Ministério da Segurança Pública estima que, no sistema penitenciário federal, cada preso custe R\$ 4,8 mil. Já nos estabelecimentos estaduais, o custo é menor, de R\$ 1,8 mil”.

Sendo assim, diversas empresas, como as fornecedoras de alimentos, as prestadoras de serviços e as responsáveis por aparelhos de segurança, ganham oportunidades governamentais de expandirem o seu mercado para dentro das prisões. Essas corporações compreendem o sistema punitivo como uma forma de maximizar os seus lucros, pois o sistema penitenciário, por estar sempre encarcerando, é um mercado com grande potencial de expansão e crescimento empresarial (DAVIS, 2018).

Pode-se dizer que, devido à problemática governamental decorrente dos altos custos com o gerenciamento das prisões, a participação do setor privado foi se tornando cada vez mais atuante no setor prisional. O Estado oferta oportunidade para as cooperativas, que vão desde o provimento de serviços e produtos necessários para o funcionamento das penitenciárias ao gerenciamento integral das mesmas (MOLLO, 2016, p. 226).

Cabe salientar que dentro dessa relação empresa-prisão, quanto maior a pena e o número de detentos maior é o lucro, “[...] visto que se as celas estiverem vazias, este não gera lucro, e conseqüentemente, desmorona” (VALETIM, 2018, p. 207). Dessa forma, para resguardar essa ligação, a mídia propaga discursos em prol da criminalização e o Estado, por meio de seus governantes, sanciona legislações que agravam a penalidade e reduzem os direitos prisionais (DAVIS, 2018).

A propagação de discursos também é um mecanismo utilizado pelas próprias empresas, visto que para continuarem recebendo altos valores dos cofres governamentais e expandirem os seus negócios, elas buscam evidenciar que o sistema carcerário público está degradado e que a administração prisional feita por uma empresa privada é bem mais efetiva para conter a criminalidade (VALETIM, 2018, p. 206-207). Nesse sentido, preleciona Davis (2018, p. n.p):

O fato [...] de muitas corporações com mercados globais agora contarem com as prisões como uma importante fonte de lucro nos ajuda a entender a rapidez com que as instituições prisionais come-

çaram a proliferar justamente no momento em que estudos oficiais indicavam que as taxas de criminalidade estavam caindo.

Pode-se dizer que o capitalismo ao prever a prisão como pena universal para todos os delitos, estimulou não só a criação de uma mão de obra disciplinada como abriu oportunidades para a expansão dos seus domínios, visto que as prisões constituem um mercado amplo, que sempre necessitará de cuidados, seja para a prestação de serviços para os indivíduos que lá se encontram, seja para a compra e venda de equipamentos de seguranças cada vez mais efetivos. Sendo assim, o sistema do capital continua avançando, tendo em vista que a classe carcerária continua a crescer e as elites continuam a lucrar. Dessa forma, é inequívoco que “[...] a oferta do delito parece ser infinita, assim como são infinitas a demanda desse serviço e a vontade de pagar pelo que se considera segurança” (MOLLO, 2016, p. 230).

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho proporcionou uma análise da problemática do encarceramento em massa e sua relação com o sistema capitalista. Percebeu-se que a consolidação da prisão como pena universal decorreu dos interesses de uma elite detentora dos meios de produção, visando à proteção de seus bens materiais e a exclusão da classe que não estavam em conformidade com o sistema econômico em ascensão.

Dessa forma, o Direito Penal e o sistema punitivo foram utilizados como instrumentos pela classe dominante para criminalizar a classe marginalizada. Houve uma seletividade determinando quais bens deveriam ser protegidos e quem deveria ser punido. Logo, os comportamentos nocivos aos bens patrimoniais e contrários as relações de produção foram criminalizados.

Ao analisar essa questão, percebeu-se que a instrumentalização do Direito Penal junto aos discursos com relação à insegurança social frente à criminalidade fundamenta o encarceramento em massa da população mais pobre. Com base nos dados carcerários, referentes ao primeiro semestre de 2020, disponibilizados pelo o SISDEPEN – Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, constatou-se que a maior parte

da população prisional brasileira é composta de pessoas que cometeram crimes contra o patrimônio e crimes de tráfico de drogas.

Ficou claro que os crimes que mais encarceraram os homens e as mulheres brasileiras são os mesmos, considerando apenas uma diferença na ordem, pois enquanto os homens, na sua maioria, estão encarcerados primeiramente por conta de crimes contra o patrimônio e em segundo lugar por tráfico de drogas, as mulheres estão encarceradas, em grande parte, em decorrência do crime de tráfico de drogas seguido de crimes contra o patrimônio.

Ademais, evidenciou-se que o sistema prisional além de segregar a classe menos produtiva economicamente também gera lucros para empresas. Visto que, a atuação das empresas dentro do sistema prisional vai desde o fornecimento de alimentos, de uniformes, de prestação de serviços, de aquisição de equipamentos de segurança para a gestão integral da prisão por uma empresa privada.

Demostrou-se que um dos motivos do sistema prisional existir e funcionar em nossa sociedade provém de um grande interesse econômico vindo das classes dominantes. Até porque o sistema penitenciário não cumpre sua função de redução da criminalidade – isso ele nunca cumpriu. Esse discurso foi difundido para aumentar a população prisional e consequentemente garantir o lucro das classes dominantes. A prisão como pena universal se desenvolveu para ser um sistema falho e conseguiu ser eficaz nesse sentido: o encarceramento em massa de grande parte da população pobre está alinhado com os interesses da classe dominante, pois além de proteger os seus bens, ele possibilita que cooperativas forneçam produtos e serviços e até mesmo gerenciem as prisões.

Em vista de todo o exposto, produzir o presente trabalho se mostrou bastante proveitoso para se compreender a dimensão da atuação dos mecanismos de produção em torno do sistema penitenciário. O estudo também se mostra pertinente para fomentar a discussão acadêmica e social em torno dos motivos do aumento do encarceramento da população mais carente e dos proveitos econômicos decorrentes dessa situação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – SISDEPEN**. Dis-

ponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 29 mar. 2021.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da Pena de Prisão**. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

DAVIS, Angela. **Estarão as Prisões Obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

LEMOS, Carolyne Santos. **A Prisão no Capitalismo Dependente: encarceramento massivo de negros no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018.

LOLIS, Dione. SILVA, Leonardo Moraes da. O Estado Burguês e a Prisão: algumas considerações sobre a funcionalidade do aprisionamento no sistema capitalista. **Revista Serviço Social & Sociedade**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 197-214, jul/dez. 2017.

MOLLO, Juan Pablo. **O Delinquente que não existe**. Tradução de Débora de Souza de Almeida. Salvador: Juspodivm, 2016.

MURARO, Mariel. CANOVA, Denise. A Expansão do Controle Penal: uma crítica às funções da pena. In: SANTOS, Bartira Macedo Miranda. Ribeiro, Luiz Gustavo Gonçalves. CASTRO, Matheus Felipe de. (Orgs.) **Direito Penal e Constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A Contribuição do Discurso Criminológico Latino-americano para a Compreensão do Controle Punitivo Moderno: controle penal na América latina. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v 3, n. 6, p. 77-93, jul-dez. 2006.

SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano. Os Impactos Econômicos da Atuação do Sistema Penal: vida virtual, isolamento e encarceramento em massa. **Seqüência**, Florianópolis, n. 69, p. 133-158, dez. 2014.

TRISOTTO, Fernanda. Prender mais e manter preso: o custo da proposta de Bolsonaro para a segurança. **Gazeta do Povo**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/prender-mais-e-manter-preso-o-custo-da-proposta-de-bolsonaro-para-a-seguranca-e489eq94tc3iujetcxdd8z937/>. Acesso em: 31/03/21.

VALETIM, Vinicius Agueda. Presídio-Empresa e Encarceramento em Massa: uma denúncia ao atual regime de complexos industriais penais e a transformação da miséria em negócio. **Revista Sem Aspas**, Araraquara, v.7, n. 2, p. 194-218, jul./dez., 2018.

PRIVATIZAÇÕES DE PRESÍDIOS: O LUCRO DO ENCARCERAMENTO

Lucas Lopes Faria

INTRODUÇÃO

A relação do encarceramento com entes privados é marcada pela prevalência da lucratividade em detrimento da ressocialização. Essa simbiose ocorre com base em um argumento de custo-benefício e maior eficiência do particular na gestão. A cada época, diferentes sistemas prisionais foram criados, a fim de garantir a punição daqueles que cometiam crimes. A participação de particulares foi fundamental nesse processo, que se iniciou sob uma lógica fabril – entranhada inclusive na arquitetura da prisão, com explícita exploração do trabalho, numa relação análoga à escravidão.

A partir de revisão bibliográfica, este trabalho pretende analisar a relação existente entre entes privados e o poder público no que tange ao encarceramento, voltando-se para aspectos históricos, assim como para os modelos prisionais de alguns países do mundo e, também, do Brasil.

A primeira seção trará a origem histórica da relação público-privada e seu desenvolvimento. Após, será abordada a retomada de entes privados na organização prisional, bem como sua chegada ao Brasil. Por sua vez, a terceira seção discorrerá sobre a exploração do trabalho prisional no Brasil. Posteriormente, será desenvolvida a temática da política de guerra às drogas e seu impacto no sistema prisional. Por fim, serão abordados os modelos de privatização adotados no Brasil, seus aspectos positivos, negativos e sua viabilidade.

1. ORIGENS DA PRIVATIZAÇÃO PRESIDÁRIA

1.1. PIONEIRISMO INGLÊS: AS GOALS

A Inglaterra foi pioneira no desenvolvimento de sistemas de encarceramento com a participação de entes privados. E essa participação privada mais organizada teve início com as *goals*.

O desinteresse em relação às prisões e aos encarcerados não é característica somente da sociedade moderna. No século XIII, como é possível ver através da obra de Ronny Nunes (2019), a Coroa inglesa repassou, pela primeira vez, os custos de manutenção de suas prisões para entes privados. As chamadas *goals* (jail-cadeias) possuíam condições precárias e funcionavam como uma casa de passagem. Faziam parte do rito de punição para os chamados “suplícios” (castigos corporais-pena). O encarceramento não era a pena.

Os *gaolers* tinham total controle sobre os aprisionados, abusos eram comuns e tudo era feito com o conhecimento real e sem nenhuma interposição. A inércia da Coroa corroborava as práticas cada vez mais abusivas, tudo poderia ser usado para extorquir o aprisionado, de visitas da família até os grilhões que usavam. Esse sistema foi utilizado até o final do século XVIII (NUNES, 2019).

1.2. AS CASAS DE CORREÇÕES (WORKHOUSES)

Para Malcolm Feeley, (*apud* NUNES, 2019, p. 32), há uma conjuntura de fatores essenciais para o nascimento das *workhouses* – incapacidade de gerir serviços públicos, a lógica fabril nas prisões e, claro, o sucesso que foi alcançado com os *gaolers* – e seu propósito era de promover justiça social, pois pretendia dar moradia aos moradores de rua e, ao mesmo tempo, trabalho remunerado. Mas a prática foi completamente diferente: disciplinar, através do trabalho, aquelas pessoas que poderiam oferecer algum risco. Nota-se, no entanto, que se trata de uma política totalmente ineficaz para coibição do crime, corroborando o aumento dos encarcerados, uma vez que qualquer morador de rua poderia ser enquadrado.

A Coroa inglesa sofria limitações para gerir os serviços básicos e, com o efeito do fim da era feudal, as populações urbanas aumentavam à me-

dida que os camponeses buscavam melhor qualidade de vida. O aumento da população urbana deixou mais evidentes os problemas da Coroa para administração e os problemas sociais, cada vez mais crescentes, contribuíram para o aumento dos crimes (NUNES, 2019).

Em 1576, o parlamento autorizou a expansão do projeto das *workhouses* para as *gaols*, que foram um sucesso para a Coroa e promoveram êxito na economia para os cofres ingleses, mesmo que isso tenha sido à custa da dignidade humana do encarcerado. Isso favoreceu muito a entrega das casas de correção para entes privados que, por sua vez, visavam o lucro com o uso dos encarcerados em uma lógica fabril, para exploração do trabalho. Para Nunes (2019, p. 33), “as *workhouses* assumiram um papel muito particular no contexto histórico em questão, contribuindo para acelerar o desenvolvimento manufatureiro inglês”.

1.3. PENAL TRANSPORTATION

O *penal transportation*, além da garantia de punição sem custos para Coroa, colaborava também para a expansão das colônias inglesas. A punição consistia em enviar o preso para um local distante por tempo determinado, funcionando como uma espécie de pena alternativa. Aqueles que eram condenados criminalmente poderiam fazer o pedido diretamente para Coroa, oferecendo sua mão de obra em regime de servidão para um colono por um determinado limite de tempo. O custo do traslado para a colônia era inteiramente do condenado, a maioria acabava permanecendo nas colônias após o cumprimento da pena por falta de recursos para o retorno (NUNES, 2019).

A prática do *penal transportation*, além de ter sido fundamental para o crescimento e desenvolvimento das colônias inglesas, serviu, na América, como embrião para a participação de entes privados em seu sistema prisional, como veremos adiante com o surgimento dos modelos americanos prisionais.

1.4. JEREMY BENTHAM E O PANOPTISMO

O Panóptico de Bentham (*apud* NUNES, 2019, p. 35) tratava-se de uma arquitetura em forma de anel com uma torre no centro, permitin-

do que apenas um guarda vigiasse toda a prisão. As celas eram diferentes das masmorras e viabilizavam que os encarcerados recebessem luz solar. Embora fosse muito parecido com um zoológico parisiense, Bentham nunca confirmou que essa tenha sido sua inspiração. Nesse modelo, os encarcerados eram impedidos de falar uns com os outros; as celas tinham paredes nas laterais para impedir o contato. A lógica fabril era inserida nesse projeto com o objetivo de ressocializar o preso, retirá-lo do ócio e modular a mente para que ele não tivesse apressado pela “vagabundagem” (FOUCAULT, 1975/2007).

Bentham fálhou na tarefa de arrecadar investimentos para sua ideia junto ao parlamento inglês. Mas isso não impediu o Panóptico de ser difundido por vários países da Europa e também nos Estados Unidos, em diferentes modelos penitenciários e com a exploração econômica através do preso.

1.5. MODELOS PRISIONAIS AMERICANOS

No sistema prisional americano, a participação de particulares já ocorria mesmo antes de sua independência; a simbiose com o poder público já era algo natural em solo americano por conta de sua origem colonizadora.

A independência dos EUA coincide com um fato histórico na esfera penal: a pena do indivíduo passa a ser o próprio encarceramento, e a exploração do trabalho prisional, cada vez mais organizada, tem sua objetividade de lucro camuflada pelo argumento de que o trabalho seria essencial para recuperação do aprisionado.

A primeira penitenciária americana, a *Walnut Street*, fundada por um grupo de religiosos (*Quakers*) na Filadélfia, estado da Pensilvânia, possuía as características de celas individuais e exploração do trabalho dos encarcerados, que tinham descontados de sua remuneração o seu próprio custo de manutenção. Muitas foram as críticas tecidas sobre tal modelo, em virtude do excessivo isolamento, cujas consequências eram a dificuldade de readaptação ao meio social e os prejuízos à saúde mental dos presos. Essas características próprias deram origem a um modelo penitenciário, o pensilvânico (TANGERINO, NOLASCO, 2013). Para Juarez Cirino dos Santos (2013), fazendo uma releitura de Massimo Pavarini, esse sistema era totalmente financiado pela exploração do trabalho prisional.

O isolamento dos presos não foi a razão para decadência do modelo penitenciário, e sim a lucratividade, que, afetada em razão desse isolamento, não permitia uma exploração adequada do trabalho prisional (SANTOS, 2013).

Surgiu, então, no estado de Nova Iorque, a penitenciária de *Auburn*, dando origem ao nome do novo sistema penitenciário, cujas características permitiam um melhor aproveitamento da lógica fabril. Os presos trabalhavam juntos ao longo do dia, sem poder estabelecer contato uns com os outros, e ficavam em completo isolamento durante a noite (NUNES, 2019).

O lucro era o fator mais importante na lógica prisional administrada por entes privados. Os encarcerados eram submetidos a condições desumanas, que se espalharam pelas penitenciárias do país.

1.6. FRANÇA PÓS-REVOLUCIONÁRIA

Na França, mesmo antes do seu período revolucionário, já havia sido inserida a lógica privatizante em seu sistema prisional com as *renfèmeries*. A experiência francesa consistia em um pagamento pelo número de presos encarcerados, denotando uma diferença em relação à experiência americana, em que o governo recebia uma espécie de aluguel pago pelo ente particular para administrar suas prisões, apesar dessa diferença significativa para a experiência americana, a falta de fiscalização sobre as unidades prisionais persistiam em relação aos contratos com os particulares, serviços como alimentação, saúde e outras condições gerais das prisões eram precárias afim de aumentar o lucro.

No ano de 1971, nasceu a *Entreprise générale*, criada pela Assembleia Nacional Constituinte, dando continuidade à prática da simbiose público-privada – sempre triunfando o lucro sobre as condições às quais os presos eram submetidos. Mesmo sofrendo críticas, essa prática persistiu até 1890, quando o governo francês iniciou a retomada da administração penitenciária para o poder público (NUNES, 2019).

1.7 O DEFINHAMENTO DA PRIMEIRA ONDA DE PRIVATIZAÇÃO PRISIONAL

A repulsa da população – provocada pelas condições dos presos, somada à pressão dos sindicatos da época – por considerarem desleal a con-

corrência com os produtos produzidos nos presídios, começaram a colocar em xeque a privatização do sistema prisional. Com advento da Guerra Civil americana e o fim da escravidão, os agricultores precisaram recuperar a mão de obra perdida. O *lease system*, que entregava ao particular o arrendamento completo dos presídios por um determinado período, sofreu uma mutação para o *convict lease*, que passou a permitir arrendamento somente dos encarcerados. Com o passar do tempo, o lucro foi ficando menor e a corrupção foi sendo inserida como meio para perpetuar os abusos e a garantia de lucro.

No final do século XIX e início do XX, gradualmente, a participação de particulares foi desaparecendo. Em 1923, o *convict lease* foi abolido e o mesmo aconteceu com o *system contract* em 1940. Os Estados Unidos mantiveram suprimida, por algumas décadas, a participação de particulares no sistema prisional, até ressurgir na década de 1970 e 1980 com o então presidente, Ronald Reagan. Essa retomada do setor privado nas administrações de penitenciárias esteve ligada a fatores econômicos. A fim de enxugar os gastos com a máquina estatal, as penitenciárias voltaram ao radar do setor privado.

Na França, esse movimento para retomada, pelo poder público, da administração penitenciária, ocorreu por volta de 1898, quando todas as grandes cadeias foram devolvidas para o ente público. Assim como nos Estados Unidos, a França só voltou a discutir novas privatizações na década de 1980 (TANGERINO, NOLASCO, 2013).

2. O MUNDO GLOBALIZADO E A NOVA ONDA DE PRIVATIZAÇÕES

2.1. RETOMADA NOS EUA

Durante o governo Reagan renasceu a privatização de prisões no país, impulsionada pela crise econômica. Tal crise gerou a necessidade de diminuição dos gastos públicos e o aumento da criminalidade que, por consequência, aumentou consideravelmente a massa carcerária (NUNES, 2019).

Essa retomada ocorreu de forma diferente do período após a independência: se antes os particulares participavam de forma individualizada,

desta vez, grandes corporações administravam as penitenciárias, prometendo economia dos gastos públicos e um maior número de vagas.

Essa participação se tornou um negócio bilionário. A nova onda também foi rodeada de acusações de violações de direitos humanos e corrupção junto a políticos. Nunes (2019) destaca que o forte laço entre o setor e os políticos é um fato preocupante, tendo em vista as fartas doações, realizadas pelas grandes empresas do negócio, para políticos, configurando uma espécie de lobby.

2.2. RETORNO À FRANÇA E SEU PRÓPRIO MODELO

Também na década de 1980, o governo francês, após uma auditoria no sistema penitenciário, constatou um grande déficit de vagas, sendo necessária a criação de novas instalações. O alto custo e urgência de novas vagas foram a porta de entrada para iniciativa privada voltar a atuar no setor.

A forma pela qual se deu essa entrada dos particulares foi fruto de vários debates na casa legislativa. No fim, tal participação ficou limitada a atividades como oficinas de trabalho e assistência médica. O diretor da unidade seria escolhido pelo poder público. Essa divisão na gestão do presídio foi conhecida como gestão mista (*gestion mixte*).

O processo de expansão na França segue firme até hoje com novas modalidades de contratos, mas em nenhum desses há participação completa dos entes privados na administração, como nos Estados Unidos. Essa diferença é tão gritante que os modelos prisionais privatizados são divididos em dois, o modelo americano e o modelo francês (NUNES, 2019).

2.3. PRIVATIZAÇÃO À BRASILEIRA

Assim como em outros países, as discussões em torno das privatizações das unidades prisionais no território brasileiro começaram em torno de um mesmo problema: a superlotação carcerária. As barbáries ocorridas no interior das prisões, bem como as rebeliões, eram frequentes nas décadas de 1980 e 1990, em todos os estados da federação.

Uma das primeiras propostas de privatização do sistema carcerário brasileiro ocorreu em 1992, apresentada pelo presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Edmundo Oliveira. A pro-

posta foi alvo de muitas críticas por violações a garantias constitucionais e, após todos os questionamentos, não foi aprovada, fazendo com que o tema fosse levado para o debate nacional.

Em 1999, foi apresentado o projeto de lei 2146/99, que visava permitir ao sistema prisional uma simbiose entre o público e o privado, em um modelo de co-gestão, mas o projeto acabou não sendo aprovado. Ainda assim, unidades privatizadas começaram a surgir no país. A primeira surgiu no estado do Paraná, seguindo o modelo de co-gestão, em que o diretor do presídio foi nomeado pelo Governo do Estado e atribuições como alimentação, vestuário, saúde e assistência jurídica ficaram sob responsabilidade da empresa Humanitas. (TANGERINO, NOLASCO, 2013)

As unidades se espalharam pelo país, sempre sofrendo questionamentos sobre sua legalidade e, após o advento da Lei nº 11.079/2004, esse caminho ficou mais fácil, com a chamada Parceria Público-Privada (PPP). É a primeira legislação que trata diretamente do tema, através da Lei nº 13.190/2015, que inclui na Lei de Execuções Penais (LEP) os artigos 83-A e 83-B, que estabelecem o que pode ou não ser delegado aos agentes privados.

Nota-se que a lei deixa questões importantes de fora do seu texto, como a vigilância interna das prisões e a assistência jurídica serem ou não passíveis de delegação para o ente privado. A questão, porém, é complexa em razão de possíveis incompatibilidades constitucionais.

3. TRABALHO PRISIONAL: EXPLORAÇÃO EM PROL DO CAPITALISMO

Há séculos a exploração do trabalho prisional é algo comum no sistema penitenciário, sendo possível afirmar que sua prática nasceu a partir dos próprios sistemas prisionais. Como vimos, nos modelos americanos a lógica fabril e a participação de entes privados também são comuns e a busca do lucro através dessa exploração possui uma nuvem de ressocialização do encarcerado.

No Brasil, o trabalho prisional é regularizado pela Lei de Execução Penal (LEP) e não pela CLT. O artigo 28 da LEP aponta que o trabalho possui a “finalidade educativa e produtiva”, além disso, o trabalho prisional proporciona remição da pena, nos termos do artigo 126 da LEP.

Outro importante dispositivo é o artigo 29, que trata da remuneração: essa não poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário-mínimo vigente, tornando lucrativa, para os entes privados, a contratação de presidiários. Somando essas previsões e a superlotação dos presídios, os encarcerados ficam sujeitos a uma exploração predatória.

Segundo o DEPEN, o número de encarcerados no país é de 678.506 – números até junho de 2019. Apesar desse estrondoso número de presos no país, apenas uma parcela baixa tem acesso ao trabalho. Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, apenas 14,69% dos presos masculinos tem acesso ao trabalho, já para as mulheres esse número é um pouco melhor, chegando a 26,05%.

A essência da ressocialização através do trabalho atinge um número baixo de presidiários, fazendo com que o trabalho prisional se torne precioso para aqueles que conseguem e, conseqüentemente, uma explícita violação de direito.

3.1. O LUCRO COM A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO PRISIONAL

O trabalho carcerário tornou-se um meio importante para a iniciativa privada aumentar os lucros. E, de acordo com Rodrigues (2013), com a alta demanda, muitos presidiários trabalham recebendo menos do que o garantido em lei, alguns sequer recebem e, além de não poderem questionar tal abuso, os presos não têm o poder de rescindir esse contrato de trabalho.

A questão salarial foi tema da ADPF 336. A ação trouxe conflitos aparentes com princípios constitucionais, como o da isonomia – que garante igualdade, e o da dignidade humana. Trouxe ainda, o conflito com o art. 7, inciso IV da Constituição Federal, que garante o recebimento de salário mínimo para todos os trabalhadores, sejam eles urbanos ou rurais.

A referida ação, que poderia trazer benefício ao trabalho encarcerado e ser mais um aditivo para estimular a recuperação do preso, contudo, foi julgada improcedente pela maioria dos ministros do STF.

A falha do Estado, por não conseguir ofertar empregos suficientes, e a política predatória, que norteia a relação do trabalho prisional com entes privados, impedem que o trabalho prisional de fato contribua para a resso-

cialização do encarcerado. Não surpreende, portanto, que o Brasil possua uma taxa de reincidência criminal alta.

Relatório do CNJ (2019) aponta que a reincidência criminal no Brasil é de 42,5%. O estudo foi feito com presos maiores de 18 anos, com processos que tiverem origem no ano de 2015 e a reentrada no sistema carcerário ocorreu até dezembro de 2019.

Uma última análise sobre o tema, trazida por Cirino dos Santos (2013), aponta uma agressão constitucional a respeito da delegação, para antes privados, do trabalho carcerário: subtrai-se do preso o direito trabalhista mais elementar, o de rescisão contratual.

4. "GUERRA ÀS DROGAS" E O AUMENTO DA MASSA CARCERÁRIA

O combate ao tráfico de drogas é responsável por um alto número de encarcerados no Brasil. Segundo dados da Agência Brasil, o número atual de presos por crimes relacionados a drogas é 39,42 %, dados referentes a junho de 2019.

Sobre a Lei de Drogas (nº 11.343/2006) importa destacar dois de seus artigos para a discussão: o art. 28 e o art. 33. O primeiro diz respeito à figura do usuário; o segundo determina que “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” (art. 33). Juntos, o parágrafo segundo do art. 28 e o art. 33, evidenciam a criminalização da pobreza, corroborando para o elevado número da tipificação do crime de tráfico de drogas.

O art. 33, que traz a figura do traficante, permite uma margem interpretativa do agente policial normalmente usada em desfavor daquele que porta a droga, uma vez que o artigo não menciona nada a respeito do que seria essa quantidade de droga referida para configuração de crime de tráfico, não há nada estipulado. Países como Portugal e Colômbia trazem em suas legislações a quantidade específica a ser considerada tráfico.

No Brasil, por outro lado, a política adotada contra as drogas não demonstra qualquer eficácia, pelo contrário, eleva cada vez mais o número de presos. É aí que está o interesse da iniciativa privada: uma demanda

maior de encarcerados, acendendo cada vez mais o debate favorável para as privatizações e sua expansão pelo país.

5. A INVIABILIDADE DA PRIVATIZAÇÃO PRISIONAL

Traçar a viabilidade ou não da privatização do setor prisional é uma tarefa inconclusiva. A falta de estudos científicos sobre o tema prejudica sua análise de forma ampla e concreta. Os argumentos mais fixados giram em torno de respaldos jurídicos e filosóficos – para aqueles que são contra; e economia para os cofres públicos e mais eficiência para execução – para aqueles que são favoráveis à privatização.

5.1. MODELOS ADOTADOS NO PAÍS

No Brasil, adotamos os modelos de cogestão e a parceria público-privada para a participação de entes privados na administração penitenciária.

No modelo de cogestão (predominante), a administração de atividades tidas como indelegáveis são mantidas pelo administrador público – diretor da unidade, guardas e escolta externa, alinhando-se, inclusive, ao sistema francês e deixando ao encargo da empresa privada os serviços de saúde, limpeza, manutenção, entre outros.

Na PPP, nota-se um contrato com poderes mais amplos para a empresa privada, que vão desde a possibilidade da construção da unidade até o gerenciamento. Embora seja a modalidade menos praticada hoje, esse tipo de participação é mais atrativo para as empresas privadas, não só pelo maior número de participação, como também pela duração do contrato, que é longa. A Lei nº 11.079/2004 permite um contrato com duração de 35 anos, situação que pode tornar o contrato mais oneroso para os cofres públicos, pois praticamente impossibilita o poder público de uma fazer revisão contratual sobre as políticas prisionais.

No Brasil, existem dois tipos de PPP's: patrocinada e administrativa. Eles diferem na forma de arrecadação que é aferida pelo poder privado; na patrocinada, o particular obtém o recurso através do governo e por cobranças de tarifas dos usuários; já na administrativa, que é a utilizada pelas PPP prisionais, o pagamento vem unicamente do governo, fato esse que pode vir a gerar gastos inesperados para os cofres públicos.

5.2. ASPECTOS POSITIVOS DA PRIVATIZAÇÃO

A superlotação tornou-se um fator que fomenta os argumentos favoráveis à privatização e o Estado mostrou-se incapaz de suprir sozinho o déficit de vagas. Assim sendo, a privatização, através de uma PPP, por exemplo, supostamente poderia resolver essa questão, já que o ente privado teria recursos para construção de novas unidades, inclusive para uma modernização nas prisões, que não poucas, mostram-se obsoletas.

Outro ponto favorável é o maior oferecimento de vagas de trabalho. Hoje, o número de vagas é baixo. Esse trabalho poderia ser utilizado para remissão de pena e remuneração, além do potencial de ressocialização.

O atual governo do país, com uma agenda mais liberal, vem demonstrando cada vez mais apoio às PPP, bem como salientou a secretária especial do Programa de Parcerias de Investimentos do Ministério da Economia, Martha Seillier, ao afirmar, em entrevista ao UOL que “hoje é o pior momento dos mundos, e o modelo de parceria público-privada (PPP) pode ajudar a inverter esse cenário”, referindo-se à situação dos presídios brasileiros e sugerindo a privatização como solução para o problema.

Muito disso se deve ao resultado positivo alcançado pelo Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, que possui um contrato com PPP e apresenta bons resultados no tratamento humano, segurança e sem relatos de rebeliões. É preciso fazer ressalvas, pois houve uma pré-seleção de presos.

5.3. ASPECTOS CONTRÁRIOS À PRIVATIZAÇÃO PRISIONAL

A inclusão da lógica de lucratividade ao contexto do aprisionamento de pessoas faz surgir uma série de questionamentos jurídicos e ideológicos que refutam a ideia de que privatizar seria a grande solução para o cenário caótico do sistema penitenciário.

A exploração do trabalho prisional é algo fortemente criticado. Há doutrinadores que defendem que o trabalho prisional não poderia ser delegado ao ente privado, por violação do princípio da dignidade humana, pelo fato do encarcerado não poder romper esse contrato, como defende Juarez Cirino dos Santos. Outras críticas pairam sobre a remuneração recebida pelo preso e o temor da exploração do trabalho pelo ente privado

que, na busca pelo lucro, pode vir a tornar esse trabalho análogo à escravidão (CIRINO, 2013).

No que tange aos serviços ligados à manutenção e limpeza, de acordo com dados do El País (2017), esses não são remunerados, exceto na PPP com o presídio de Ribeirão das Neves. E vale destacar mais um ponto sobre o tema: mesmo as unidades privatizadas no país ainda não foram capazes de suprir a demanda por vagas de trabalho.

A economia do setor público, considerada como um fator favorável gerado pela privatização, estaria relacionada a uma possível melhor gestão do ente privado. No entanto, esse é um dado difícil de ser alcançado pelo fato de alguns gastos serem ocultos. Também uma comparação do custo operacional entre um estado em que há a privatização e outro em que não há, demonstra, nos casos privatizados, gasto por preso maior do que a média nacional, bem como ocorre no estado do Amazonas (NUNES, 2019).

Em relação aos cuidados sanitários e de segurança, também são verificadas experiências ruins: problemas de falta de água e de segurança interna, ocasionando rebeliões, tais como a que ocorreu no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, que acarretou em 56 mortes.

O argumento contrário mais forte envolve o poder de punir do Estado, por este ser indelegável. Outras correntes defendem que essa delegação pode ocorrer desde que não atinja a atividade jurisdicional e o poder de polícia. As modalidades de contrato de PPP preveem possibilidade de contrato com grande duração (35 anos), impedindo uma revisão de políticas prisionais a pequeno e médio prazo.

5.4. A PRIVATIZAÇÃO PRISIONAL É VIÁVEL?

O sistema prisional, há décadas, encontra-se em estado deplorável. Os entraves jurídicos em torno do tema não impossibilitaram que a privatização se tornasse uma realidade, e a ideia segue em ampla expansão, fomentada também pelo atual Presidente da República. O debate precisa evoluir, tanto no legislativo quanto no meio acadêmico; buscar formas de equilibrar a simbiose público-privada parece ser o caminho razoável.

Ao mesmo tempo, a privatização prisional não pode ser utilizada pelo poder público como uma cortina de fumaça para tapar o caos do sistema prisional. É preciso que o poder público cumpra seu papel fiscali-

zador, que as promessas feitas (contratos) sejam cumpridas, e é necessário olhar para os problemas sociais, que elevam a superlotação. Além disso, as legislações ultrapassadas corroboram muito mais para o aumento da massa carcerária do que qualquer outro fator.

Para equilibrar essa relação público-privada é importante deixar claro o papel de cada um nessa relação. As leis que regem o tema causam confusão e desproporcionalidade, como observado na modalidade de PP. Não é razoável que um contrato para administração privada de penitenciárias – um tema tão sensível e importante – vigore por tanto tempo (35 anos) sem que esse possa ser revisado pelo ente público.

O advento da Lei nº 13.190/2015 deixou incertezas sobre algumas atividades poderem ou não ser delegadas para o ente privado, e este talvez seja o maior ponto de controvérsia. O pagamento feito pelo poder público não pode estar ligado ao número de presos, justamente para evitar conflito de interesses. A própria remuneração pelo trabalho do preso é algo que precisa ser revisto, bem como a criação de mecanismos que possam evitar trabalho análogo à escravidão. No entanto, não há interesse político em tratar deste tema. É preciso pensar em todas as etapas do cumprimento da pena privativa de liberdade, todavia, a maneira como a maior parte da sociedade entende o aprisionamento de pessoas influencia a omissão do legislador para tratar questões relacionadas ao encarceramento.

A volta do encarcerado para o convívio em sociedade é possível e, por isso, é preciso refletir sobre a construção deste caminho de volta, para que seja percorrido por uma via digna e de ressocialização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A simbiose público-privada nasce da incapacidade do setor público de administrar suas tarefas – essenciais para sociedade – acarretando assim, um aumento da pobreza e, por consequência, da criminalidade e da necessidade de punir. A falta de recursos, bem como o desinteresse, corrobora para que o sistema prisional seja entregue às mãos de particulares, que visam lucro com a tarefa desenvolvida e, muitas vezes, desempenham práticas abusivas, para com os encarcerados, no que diz respeito à exploração do trabalho prisional.

A evolução dos sistemas prisionais, bem como da sociedade, coloca em xeque a eficácia dessa fusão entre público e privado para administração penitenciária. As condições desumanas, e até mesmo a falta de economia, levaram ao fim o primeiro ciclo de privatizações. A retomada das privatizações penitenciárias ocorreu em meio a um contexto muito marcado pelo lobby de economia estatal e por uma suposta capacidade de melhor gestão por parte do ente privado.

O mundo globalizado permitiu o compartilhamento e a adoção de uma mesma política por diferentes países. A partir da globalização, o Brasil também ingressou no caminho da participação de entes privados no sistema prisional e verifica-se que erros de outrora seguem sendo repetidos.

A legislação brasileira aborda o trabalho prisional como direito, e, no entanto, isto não é alcançado por todos, e aqueles que conseguem ter acesso veem seus direitos, garantidos pela Carta Magna, serem esvaziados.

O fomento à prática da privatização prisional se apoia no argumento da escassez de vagas nas unidades, prometendo fornecer solução. No entanto, a política de guerra contra as drogas adotada no Brasil contribui com essa escassez, inflando o sistema carcerário. Aproximadamente 40% dos presidiários se enquadram em crimes relacionados a drogas e este número está ligado diretamente à dureza da lei de drogas.

No Brasil, é necessário que a discussão sobre drogas entre no radar dos legisladores para que o debate avance, sendo esta mais importante – e que, portanto, deveria ser anterior – do que a discussão sobre a adoção ou não da privatização dos presídios. Afinal, não parece ser relevante discutir sobre a entrega do sistema prisional para particulares como solução para a escassez de vagas desse sistema se a legislação que rege tal sistema contribui para o aumento da massa carcerária.

Por fim, na última seção foi abordada a inviabilidade ou não de um sistema prisional privatizado, o que se mostrou uma tarefa inconclusiva, pelo fato das privatizações prisionais já serem uma realidade, permitindo-se, portanto, destacar aspectos tanto positivos quanto negativos da simbiose público-privado e tornando plausível elevar essa discussão para outro aspecto, o da sua aplicabilidade.

O tema da privatização prisional necessita de uma lei que possa tratá-lo diretamente, eliminando dubiedades que o circundam e, principalmente, deixando claro qual será o limite dessa participação privada, além

de também estabelecer outras formas de pagamento do ente público ao ente privado, formas estas que não estejam ligadas ao número de presos, justamente para evitar o conflito de interesse.

A situação do sistema penitenciário brasileiro é caótica: ao invés de ressocializar, potencializa a capacidade criminal dos encarcerados. Por essa razão, qualquer discussão que declare querer melhorar esse cenário – como é o caso do debate a respeito da privatização de presídios – precisa levar este fato em conta. A falta de apoio da sociedade com relação a essa temática corrobora a omissão legislativa. Presídios que se encontram em situação de masmorras ou sem condições humanas mínimas deveriam ser objeto de interesse de todos, tendo em vista que as consequências deste cenário são repassadas para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Carla; TEMÓTEO, Antônio. **Governo quer presídios privados, presos trabalhando e pagando seus custos.** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/colunas/carla-araujo/2020/07/27/governo-quer-presidios-privados-ppp-presos-trabalhando-e-remunerados.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Agência. **Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado** – Presos provisórios são o segundo maior contingente. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Fonte: Planalto.gov. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. **Lei das Parcerias Públicas Privadas.** Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Normas Gerais para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas (PPP's) no âmbito da administração pública. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/>

lei/2004/lei-11079-30-dezembro-2004-535279-publicacaooriginal-22998-pl.html. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei de Drogas.** Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei de Execução Penal.** Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 13.190, de 2015.** Lei que acrescenta dois artigos na lei de execução penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13190.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Lei de licitações e Contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Privatizações de presídios.** Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/privatizacoes_presidios.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema prisional em números.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 07 abr. 2021.

EL PAÍS. **O lucrativo negócio de empregar presos de graça ou pagando menos do que a lei determina.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/14/politica/1513259606_735347.html. Acesso em: 09 abr. 2021.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

GOV.BR. **Departamento penitenciário nacional.** Disponível em: www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeirosemestrede2020. Acesso em: 06 abr. 2021.

NUNES, Ronny. **Privatização das prisões e sua (in)viabilidade.**

Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

RODRIGUES, Rodolfo Silveira. **A terceirização dos presídios no**

Brasil. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/35504/a-terceirizacao-dos-presidios-no-brasil>. Acesso em: 25 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 336/DF.** Requerente:

Procurador Geral da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289202>. Acesso em: 02 out. 2020.

TANGERINO, Davi; NOLASCO, Thiago. **Concept Paper – Sobre**

o cárcere e o lucro: considerações acerca da questão da intervenção da iniciativa privada na execução penal. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2013. Disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2014/07/PPP_presidios. Acesso em: 30 ago. 2020.

A RUPTURA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA À LUZ DA TEORIA DA NULIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

*Cristovão de Souza Brito*¹¹⁷

INTRODUÇÃO

O presente artigo estuda a ruptura da cadeia de custódia da prova no processo penal brasileiro, inserida sob análise jurídica inicial de seu conceito e de sua trajetória, desde a obtenção, armazenamento, inclusão no processo e apreciação pelas partes na dialética processual, notadamente quando inserida no sistema acusatório. Por sua vez, procura-se perquirir o sistema de controle epistêmico a ela aplicado, especialmente pelo juiz, quando também tem contato com o elemento probatório, no sentido manter sua fiabilidade.

Tal proposição se busca redigir à luz da teoria da nulidade, isto é, se às implicações jurídicas decorrentes de eventuais falhas neste controle ou alterações na substância da prova (ruptura), podem incidir normas jurídicas nulificadoras ou invalidantes que deverão ser produzidas pelo Judiciário.

Tenta o artigo apresentar como o instituto das nulidades pode manter a integridade processual na relação entre as partes e o elemento probató-

117 Especialista em Direito penal e processual penal pela Universidade Estácio de Sá. Membro da ABRACRIM – Associação brasileira dos advogados criminalistas e membro associado da ACRIMAL – Associação dos advogados criminalistas de Alagoas. Advogado e professor.

rio, tendo, em consequência, um processo como instrumento de garantias e, sobretudo, obediente à Constituição.

1. A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

1.1. CONCEITO DE PROVA PENAL E SUA NATUREZA COMO ELEMENTO EMPÍRICO NOS SISTEMAS PROCESSUAIS

O peculiar conceito de prova no processo penal brasileiro é elemento intrínseco ao entendimento da cadeia de custódia, notadamente quando por força da Lei nº 11.690/08, o Código de Processo Penal, em seu art. 155, apresentou expressamente que a mesma (prova) surge da produção em juízo, mediante contraditório, diferente dos elementos de informação, os quais são colhidos na investigação criminal.

Nessa esteira, Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2015, p. 571-572), conceitua a prova sob três segmentos:

1) Prova como atividade probatória: [...] produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa. **2) prova como resultado:** caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática [...]; **3) prova como meio:** são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador [...].

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (TÁVORA; ALENCAR, 2016), a prova se mantém em seu conceito também sob três aspectos, mas distintamente da classificação dada pelo autor anterior, os autores a classificam sob a forma estática, que configura a prova em si mesma; dinâmica, correspondente à produção; e dialética, sujeição da prova à discussão processual, bem como sua valoração em sentença.

Por outro lado, Eugenio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2017, p. 174), analisando o conceito de prova judiciária, talvez sob um aspecto estritamente funcionalista, a vê claramente como a “reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a

realidade histórica”. Ou nesta mesma perspectiva, uma “reconstrução do fato passado”, como aduz Aury Lopes Júnior (LOPES JUNIOR, 2016, p. 193).

Fato é que destinada ou não à afirmação de um fato ocorrido, a prova contem em si elementos empíricos, dos quais se extrai a possibilidade de observação e manifestação pelas partes, inclusive que possam convencer o julgador, porém sem se desconsiderar sua natureza pluridimensional (MILANEZ, 2016).

Nesse diapasão, é certo que o Estado, detentor do direito de punir, dita as regras processuais atinentes ao modo de produzir a prova, desde sua origem até apreciação pela autoridade judiciária. Assim, a prova se insere em dado sistema processual e complexo de normas destinadas à aplicação do direito material.

Sem se aprofundar aos sistemas processuais penais, torna-se crível destacar, todavia, a função da prova nos mesmos, especificamente no inquisitório e acusatório. O primeiro, nitidamente característico do atual código processual brasileiro, de 1941, embora existam reformas já introduzidas no sentido de recuá-lo, tem a prova como elemento primordial de busca, inclusive pelo juiz e a qualquer momento.

No sistema inquisitório, como anota Aury Lopes Junior (LOPES JUNIOR, 2016), o juiz busca a prova e decide a partir da prova que ele mesmo produziu. Como se percebe, inexistente contraditório e participação dialética das partes. Ademais, a contaminação do julgador é patente, tornando-o parcial.

O brocardo *in dubio pro societate* foi a marca desse sistema processual, o qual, em verdade, favorecia o Estado e não o coletivo (PRADO, 2014). O corpo social, pelo contrário, não era protegido pelo Leviatã (HOBBES, 2006),¹¹⁸ o qual desrespeitava, a toda sorte, direitos e garantias fundamentais, onde praticamente sequer se falava em dignidade humana, eis que o homem era tratado como *res* (coisa). Este termo não se perfaz em exagero linguístico, pois ao homem, qualquer outro tratamento que lhe é dado, exceto humano, é equiparado a objeto.

1180 autor traz em sua conclusão trecho reflexivo: “tirania não significa, pois, nem mais nem menos do que o nome de soberania, esteja ela em um ou em muitos homens...” (p. 503). É possível perceber que o Estado em sua trajetória recente teve no processo penal um instrumento de proteção de sua própria soberania, ao invés da sociedade.

Com o avanço jurídico e político pela garantia dos direitos humanos no século XX, os Estados implementaram reformas processuais quanto ao instituto da prova em suas legislações, notadamente por força das constituições promulgadas. Princípios como a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência tornaram-se cernes como direção a seguir em busca do processo penal democrático, e, sobretudo, que garantisse os direitos fundamentais.

A prova como objeto de busca à verdade real tem contornos subjacentes ao positivismo jurídico, mas o Estado sempre a colheu para finalidade certa e acabada quanto ao delito em investigação. O sujeito tinha sobre ele, a duras penas, que o elemento probatório então colhido era irrefutável quando presente em sua sentença condenatória.

Quando emerge para o processo o segundo sistema, qual seja o acusatório, vindo em consequência o respeito à dignidade humana e às liberdades públicas, o próprio ente estatal deve obedecer às regras processuais constitucionais postas, sob pena de aplicar arbitrariedade e não justiça. Logo, a verdade aqui tratada deve ser explicada nos termos do garantismo penal, conforme Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002, p. 38):

A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada *verdade substancial ou material*, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida "verdade substancial", ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.

Em sentido inverso, a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma *verdade formal ou processual*, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativas somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é

obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa.

A prova, enquanto elemento empírico, não se caracteriza como perfeito, acabado, irrefutável. Pelo contrário, atrai do intérprete a possibilidade de refutação, de incerteza, aspecto este que deve permear o processo penal que guarda a presunção de inocência como corolário, trazendo por consequência outros contornos sobre a definição de verdade processual.

1.1.1. A FORMAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA: AS ETAPAS DO ELEMENTO PROBATÓRIO SOB A PERSPECTIVA DOS ATORES PROTAGONISTAS DO PROCESSO

Entendido o conceito de prova penal e sua natureza peculiar e empírica, torna-se conveniente estabelecer parâmetros de como o elemento probatório faz nascer o que a doutrina chama de cadeia de custódia, ou seja, da obtenção do elemento probatório até sua avaliação pelo juiz. Pautado num processo penal democrático, entretanto, deve-se entender previamente as funções de cada partícipe do processo que irão lidar com esta prova em estudo: Ministério Público, defesa e juiz. Tal entendimento é primoroso, se almejamos estudar a prova livre de ilicitudes.

É que no Estado democrático de direito e necessariamente no sistema acusatório, só se tem um processo paritário quando se deixa o protagonismo de produção probatória às partes em lados antagônicos, isto é, MP e defesa. Estes são os atores principais que devem digladiar no processo. Se o juiz interfere na produção probatória amparado na falsa verdade, torna o Estado-julgador em Estado-repressor, pois sabendo ser a figura que o representa um ser humano por excelência, suas indiferenças sentimentais e emocionais permearão os autos, gerando um processo antiético e, sobretudo, ferindo o devido processo legal.

Uma vez delineadas as funções das partes, restando ao *parquet*, como atribuição constitucional, o único titular da ação penal, cabe a este a juntada dos elementos informativos e probatórios que entende devido, pautando sua imputação frente ao indivíduo, para que, então, a defesa

possa se debruçar sobre este ou aquele documento, e concretizar o contraditório, ressalte-se, efetivo e dialético, sob o fundamento da presunção de inocência.

Não raras vezes, ou melhor, como prática forense diária, o Ministério Público tem a seu favor o magistrado na obtenção da prova, especialmente nas investigações criminais, justificando a necessidade de provimento judicial ora porque as testemunhas não serão hábeis e suficientes a desarticular dada organização criminosa, ora porque estas mesmas testemunhas sequer comparecerão em juízo ou à autoridade policial para falar sobre o que sabem.

Esse comportamento processual preocupa. Assim, Geraldo Prado (PRADO, 2014, p. 43) fala sobre a ética processual e necessidade de controles epistêmicos. Vejamos:

Trata-se de fundamento ético do processo penal que, como será visto adiante, justifica a adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos.

A indispensabilidade de um eficiente controle de sistemas epistêmicos goza de especial importância nos dias atuais, porque vulgarizou-se o apelo, no âmbito da investigação, aos métodos ocultos de pesquisa (interceptação das comunicações e afastamento de sigilos) e de um modo geral a totalidade dos elementos informativos que subsidiam acusações encontra-se alicerçada em elementos obtidos dessa maneira.

Inicialmente, registre-se que a palavra *episteme*, do grego *episteme*, advém do conhecimento verdadeiro, científico. Logo, é presumível crer e ter sobre o processo penal brasileiro, meios científicos de controle probatório, com vistas a garantir o exercício do contraditório e, conseqüentemente, o devido processo legal.

Nesse ínterim, Geraldo Prado (PRADO, 2014, p. 45) elenca etapas do sistema de controles epistêmicos, tendo como “preliminar a admissibilidade da denúncia, como filtro contra acusações infundadas e com lastro em prova ilícita”. Para o autor, torna-se necessário porque a reforma processual de 2008 trouxe uma nova etapa dentre aquelas já existentes (investigação criminal e processo), qual seja a admissibilidade da denún-

cia, podendo haver, inclusive, a absolvição sumária do acusado. De fato, esta fase funciona como filtro, porquanto tendo a defesa conhecimento dos elementos trazidos pela acusação, oriundos da investigação criminal, surge a possibilidade do controle de legalidade desta, com vistas a evitar a manutenção de provas ilícitas em desfavor do acusado.

Como outra etapa de controle epistêmico, há o próprio controle de legalidade exercido pelo magistrado, na medida em que deverá atuar não só no controle formal das decisões, mas também nas execuções destas, garantindo que o material probatório advindo das investigações da acusação possua fiabilidade, isto é, confiabilidade. Decerto, considerando que as provas (não repetíveis, por exemplo) e elementos de informação apresentadas na denúncia são trazidas por uma só parte processual, no caso, a acusação, espera-se, no mínimo, serem confiáveis, adjetivo adquirido a partir da legal obtenção, de seu armazenamento, inclusão e de sua avaliação em juízo.

A obtenção da prova, quando autorizada pelo juiz, reclama decisão fundamentada e coerente com a excepcionalidade da medida, tendo em vista a natureza invasiva quanto aos direitos fundamentais.

A interceptação telefônica, exemplo de medida autorizada pelo juiz, é uma arma utilizada pelo Estado repressor corriqueiramente. O que deveria ser exceção, tornou-se regra. Sua natureza invasiva à esfera particular do cidadão sucumbe ao ideal de segurança almejado em prol da sociedade, fato preocupante para um país cujo processo democrático é de pouco mais de 30 anos.

Atualmente, a polícia investigativa e, especialmente, o Ministério Público, estão preocupados com a formação da *opinio delicti* sob o manto diário das medidas cautelares, a fim de causar surpresa à defesa, e, consequentemente, ter a certeza da vitória estatal frente ao indivíduo na futura sentença. Nessa perspectiva, o processo penal brasileiro deixa aos poucos a incerteza como característica predominante no início da persecução penal.

Há de se observar, contudo, que até mesmo as medidas cautelares, como interceptações telefônicas, destinadas a revelar fontes de prova, estão sujeitas aos controles epistêmicos, notadamente porque daí os elementos derivados são concatenados e manipulados pelo homem, o qual, estando a serviço do Estado-acusação, poderá interferir nesta estrutura probatória, a qual serve de suporte para estes próprios elementos probatórios. Como

exemplo, podemos citar uma conversa entre interlocutores, editada para servir de prova somente no que interessa à denúncia, o que será tratado mais adiante quando da ruptura da cadeia de custódia da prova.

Toda e qualquer medida cautelar de investigação deve se inserir em determinado suporte ou estrutura, o qual, por sua vez, deve ter do Estado sua manutenção idônea, desde a obtenção da prova ou elemento que poderá assim servir, tendo seu armazenamento sem interferências externas, a fim de que chegue com *status* de confiabilidade até o magistrado no momento de sua apreciação e exercício do controle legal. Repute-se, logicamente, ser tarefa irrenunciável da defesa fiscalizar esta idoneidade (do caminho da prova) e exigir do judiciário o controle respectivo, mas para ser eficaz precisa ter acesso a estas estruturas e dando realce, pois, à finalidade de “assegurar a fiabilidade do elemento probatório (PRADO, 2014, p. 79–86)”¹¹⁹.

Assim, perfaz a cadeia de custódia da prova, além de caminho idôneo e confiável do elemento probatório, verdadeiro instituto necessário ao processo acusatório atual. Todavia, se em qualquer etapa, houver lesão, configurar-se-á ruptura desta cadeia.

1.2. A RUPTURA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA E A PROVIDÊNCIA APLICÁVEL: UMA BREVE LIGAÇÃO COM O CAMPO DAS NULIDADES

Como trazido anteriormente, o elemento probatório percorre um caminho até sua valoração pelo magistrado, de maneira que a confiabilidade necessária para uma sentença livre de vícios, reclama a integralidade de todo este caminho. Contudo, não raras vezes, a prova obtida pelo Estado na persecução penal sofre rupturas, as quais podem tornar ilícito todo o material colhido. Logicamente, há de se lembrar a proibição expressa da Constituição brasileira sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas, a teor do art. 5º, LVI. Nessa esteira, interessante analisar o julgamento recente pelo STF em agravo regimental no HC 156157 / PR, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes:

119 Geraldo Prado aduz que os suportes que resultam da operação devem ser preservados e somente assim a defesa terá conhecimento das fontes de prova. Por sua vez, destaca a finalidade da cadeia de custódia, delineando seu conceito (PRADO, 2014, 79-86).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA, VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL, FALSIDADE IDEOLÓGICA E LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS POR DECISÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE “QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA”. PERDA OU SUBTRAÇÃO DE PARTE DAS GRAVAÇÕES. CONTRAGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro EROS GRAU, “arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos”.

2. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que, em matéria de provas ilícitas, o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, excepciona a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada na hipótese em que os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. 3. Não há, portanto, nenhuma ilegalidade na remessa dos autos ao Juízo processante de primeira instância, a quem ordinariamente compete o primeiro exame dos elementos de prova pertinentes à causa, para o fim de selecionar e expurgar as provas contaminadas, mantendo hígida a porção lícita, delas independente. Em outras palavras, não cabe a esta CORTE, nesta via estreita, se antecipar e proferir qualquer decisão acerca da legalidade de provas que nem mesmo foram analisadas pelo Juízo competente.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Esta decisão do STF reflete uma tendência de posicionamento importante sobre a preservação da cadeia de custódia da prova, mas preocupante. A Corte Suprema mantém o entendimento de impossibilidade de utilização de provas derivadas de outras provas ilícitas, mas deixa no acórdão uma possibilidade de se aproveitar elementos delas decorrentes (das ilícitas), quando apoiadas em elementos probatórios antes de sua juntada. Soa certo paradoxo.

Ora, se o Estado ratifica no processo uma prova que teve contato com ilicitude, mesmo que por método de filtragem, torna o instituto (processo) antiético, ou numa análise mais densa, desacredita nesse instrumento como hábil à aplicação do direito material. Como consequência, torna-se arbitrário e induz ao seu questionamento finalístico.

Como dito, este entendimento preocupa, pois se tende a relativizar o afastamento de provas ilícitas no processo penal, dando margem à regra que se torna excepcionalidade, ou seja, ao invés do julgador extirpá-las do mundo jurídico, procura fragmentá-las. Essa via de exceção, apoiada no Código de Processo Penal deve sofrer limites e ressalvas, principalmente quando a própria Constituição determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º. A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo é um direito fundamental, logo merecedor de aplicação imediata, independentemente de seu grau de valoração. Inclusive, Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2018, p. 276), citando posicionamento de Flávia Piovesan, destaca que o artigo acima mencionado “impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais”.

De fato, o processo penal deve ser lastreado por idoneidade probatória, a qual somente decorre do respeito aos direitos fundamentais, aliás, sem ressalvas. Esta tarefa, contudo, torna-se de difícil cumprimento pelo juiz, principalmente quando os aspectos sociomoraes o pressionam por um resultado naturalístico, na maioria das vezes, a condenação do acusado.

Noutra medida, este mesmo juiz deve repelir estas provas ilícitas do processo, não sucumbindo às pressões externas. Surge nessa perspectiva um impasse de ordem técnica: qual a providência aplicável? De exclusão do processo via nulidade ou invalidade? Deve ser relativa ou absoluta? Tais questionamentos se tornam ásperos. Basta lembrar

do acórdão do Supremo Tribunal Federal, anteriormente transcrito. Por exemplo, em se tratando de interceptações telefônicas, é possível resguardar porção lícita?

Ao que se percebe, Geraldo Prado, ao citar precedente português quanto ao uso do instituto das nulidades, segue o posicionamento crítico doutrinário no sentido de tal instituto não corresponder à melhor providência. Para ele, o regime jurídico das provas ilícitas seriam espécies do gênero invalidade, assim como as nulidades. Assim, o autor (PRADO, 2014, p. 90) destaca que “no campo das proibições de prova, marcadas pelo valor superior da dignidade da pessoa humana, a tendência dos ordenamentos jurídicos é de não se contentar com o regime das nulidades”.

Compreende-se na acepção do autor que nulidade, enquanto espécie, não comporta estrutura capaz de neutralizar os efeitos maléficis das provas ilícitas, tendo como principal crítica o fato de que a possibilidade de sanar determinando ato ilícito, comprometeria o próprio processo e a sentença nele proferida.

É salutar reconhecer que o campo das nulidades sempre foi arenoso, com obstáculos de definição, cuja doutrina, até a mais peculiar e dedicada, demonstrou dificuldades em aplicá-la aos casos concretos. Nessa esteira, permite-se aqui entender se este instituto se aplica à cadeia de custódia da prova, quando se tem, como exposto antes, a ruptura de seu regular caminho. Para tanto, o mister só se faz possível à luz da teoria da nulidade, tese de doutoramento desenvolvida por Rosmar Rodrigues Alencar, emergindo como fruto o respectivo livro, marco teórico do presente artigo.

2. TEORIA DA NULIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA APLICAÇÃO NO CASO DE RUPTURA À CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

2.1. CONCEITO DE NULIDADE E BREVE CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

De início, importante trazer a temática do tema quando abordada na introdução do livro *Teoria da nulidade no processo penal*, de Rosmar Rodrigues Alencar (ALENCAR, 2016, p. 4-5):

A pragmática é preponderante nesse campo. Nulidade é ilícito processual que pode ou não ensejar invalidade processual. A nulidade decorre de norma jurídica processual atípica que, por sua vez, implica consequência jurídica também normativa. Daí a necessidade de um exame estático (estrutural, conceitual, semântico) e de um exame dinâmico (sintático e pragmático) das atipicidades processuais penais, com ênfase na produção de normas jurídicas.

Oportuno consignar, desde logo, que o instituto das nulidades decorre, segundo o autor, de norma jurídica. Assim, conceituá-la mostra-se necessário, mesmo sabendo que a “discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias”, anota Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2003, p. 01).

Lucio Augusto Pimentel Lourenço (LOURENÇO, 2017, p. 06), em seu artigo *Teoria Pura do Direito segundo o pensamento de Hans Kelsen*, afirma que:

A norma jurídica é, antes do mais, um modelo, uma fórmula ou uma regra de comportamento humano que se manifesta por sinais exteriores, que se impõe com carácter obrigatório, uma vez que o seu respeito pode ser exigido pela força democrática e organizada do Estado, nos termos da Constituição.

Decerto, sendo a norma jurídica o resultado do direito posto, numa visão ampla, verifica-se, conseqüentemente, que sendo nulidade uma de suas espécies, resta saber se pode ser enveredada no campo abstrato ou concreto. Entende-se que o processo penal, em sua estrutura morfológica, recebe elementos externos, os quais uma vez incluídos e documentados, tornam-se normas jurídicas fundantes daquela relação processual.

Todavia, se o ato processual que se forma com a juntada daquele elemento, não corresponde ao ordenamento jurídico, certo é atribuir-lhe como adjetivo *defeituoso*. Nesse sentido, Rosmar Rodrigues Alencar (ALENCAR, 2016, p. 33) conceitua semanticamente nulidade como “norma que descreve ato processual eivado de uma qualificação negativa [...]” e sintaticamente como “norma processual individual e concreta, emitida pelo juiz competente para a condução do procedimento criminal”.

Dáí compreender-se, nas lições trazidas por Geraldo Prado, não ser tal instituto hábil a solucionar as rupturas à cadeia de custódia, pois o define como sanção, outrora insuficiente para restabelecer o devido processo legal. Tratando-a também neste aspecto, Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2015, p. 1556), aduz sua importância ao ser “compreendida como espécie de sanção aplicada ao ato processual defeituoso, do que deriva a inaptidão para a produção de seus efeitos regulares”.

De fato, a compreensão do conceito de nulidade impacta diretamente em sua aplicação como norma jurídica defeituosa, levando o intérprete a entendê-la ou não como instituto suficiente para resguardar o ordenamento e os direitos fundamentais. Logicamente importa ressaltar brevemente a classificação do ato processual até se chegar à norma nulificadora. Descrente de esgotar a matéria, eis que delineada por vários autores, o ato processual pode ser classificado principalmente como: inexistente, absolutamente nulo, relativamente nulo e irregular, conforme citações de Rosmar Rodrigues Alencar (ALENCAR, 2016) à classificação exposta por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, podendo-se também acrescentar a anulabilidade, nos termos classificatórios de Heráclito Mossin, Paulo Sérgio Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes.

O ato inexistente, como afirma unanimemente a doutrina, é um não ato, pois carece de estrutura legal para assim ser considerado. Absolutamente nulo quando ferir interesse público, ou seja, possuir alta gravidade e insanável. Em regra, pode ser identificado de ofício pelo juiz. Diz-se, em regra, pois a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, nos RHC 110.623/DF e HC 85.155/SP, conforme anota Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2015), já decidiu que se faz necessário à parte a devida alegação e comprovação, mesmo se tratando de nulidade absoluta.

O ato relativamente nulo seria aquele, cuja atipicidade fosse reversível, isto é, sanável, devendo, porém, ser alegada pela parte sob pena de preclusão. Irregular, por outro lado, seria o ato que não possui em sua estrutura vício capaz de interferir no regular desenvolvimento do processo, por ter uma levíssima gravidade. Anulável, por fim, seria o ato no qual, embora eivado de vícios, estes poderiam ser extraídos de sua estrutura, tornando-o eficaz.

Decerto, sem se adentrar às peculiaridades classificatórias do ato processual penal, porém relevantes ao entendimento do tema, necessário se faz entender como as normas nulificadoras se apresentarão no caso de ruptura da cadeia de custódia da prova.

2.1.1. A PRODUÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS NULIFICADORAS: INVALIDAÇÃO, CONVALIDAÇÃO E SANEAMENTO

Partindo-se do pressuposto de que nulidade, em sentido mais abrangente, é norma jurídica defeituosa, como visto anteriormente, compreende-se que na cadeia de custódia da prova, todo e qualquer elemento probatório documentado nos autos se constitui em norma jurídica, a qual se relacionará com a atuação das partes.

No entanto, para se garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o juiz, incluído no sistema acusatório e não inquisidor, deve atuar positivamente nesta fiscalização, ou seja, identificar quando a norma jurídica está em descompasso com a *Lei Maior*, tendo em vista que a mesma (norma jurídica defeituosa) pode incidir em diversas etapas no processo penal, por exemplo, na investigação criminal preliminar ou no processo propriamente dito.

Assim, considerando que o ato humano identificador da nulidade também é norma jurídica, Rosmar Rodrigues Alencar (ALENCAR, 2016, p. 192) apresenta “pelo menos duas envolvidas no fenômeno nulificador”:

A primeira reconhece e classifica a nulidade, aferida em seu sentido largo. A segunda, toma como pressuposto a classificação especificada na norma primária, para impor a consequência, o efeito jurídico. Note-se que se trata de incidências posteriores, desencadeadas em razão da incidência anterior imperfeita de outra norma jurídica. Todas as normas incididas são representadas em atos processuais. São os atos processuais que documentam a incidência das normas individuais e concretas no curso da persecução penal.

Nesse diapasão, seguindo entendimento do autor, o juiz deve primeiramente produzir norma jurídica reconhecendo a nulidade em senti-

do amplo, para depois produzir uma nova norma jurídica delimitando os efeitos desta declaração, inseridas nas tomadas de decisões de invalidação, convalidação e saneamento. Logo, torna-se prudente entender os conceitos de invalidação, convalidação e saneamento. Invalidação é o ato que constitui declaração de invalidade, extinguindo os efeitos jurídicos de ato que se produzira de forma defeituosa. Convalidação, um pronunciamento expresso do Poder Judiciário no sentido de se fazer cessar o estado de dúvida criado pela incidência imperfeita de norma individual e concreta. Por último, saneamento seria o desfazimento dos efeitos jurídicos do ato jurídico defeituoso, através de medidas específicas.

Sob esta perspectiva, a providência adotada pelo intérprete trará consequências jurídicas à parte processual, notadamente o investigado ou acusado. Note-se que a depender da nulidade descrita e reconhecida, a prova que ora se rompeu será ou não admitida. Se não, será desentranhada e, conseqüentemente, inutilizada, não podendo eventual sentença condenatória fazer sobre ela qualquer menção. Logicamente, toda e qualquer decisão que gere efeitos processuais deverá ser motivada.

A grande celeuma, a nosso ver, manifesta-se na linha tênue que se desenvolve entre estes três institutos por ocasião das provas obtidas em desfavor do investigado/acusado. Tomemos como exemplo a ruptura de prova obtida pelo Estado-acusação na investigação criminal preliminar, precisamente escutas telefônicas editadas pelo servidor a fim de provar autoria do ilícito, mas que no contexto geral indiquem o contrário.

Mesmo levando em conta a autorização das escutas pelo magistrado, é de se aceitar que a prova obtida, ao percorrer o caminho até inclusão processual, sofreu ruptura humana, consubstanciada em alteração. Inicialmente, sua obtenção está amparada em comando judicial, porém da sua inclusão não se pode dizer o mesmo. Logo, temos norma jurídica defeituosa.

Ao se deparar com o caso concreto, o juiz reconhece a nulidade na investigação criminal preliminar, declarando ser inadmissível no processo provas ilícitas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF. Produz, enfim, a primeira norma jurídica sob a teoria da nulidade. Ao produzir a segunda norma jurídica, determina o saneamento, notadamente sobre o elemento probatório, por entender que as regras de calibração ou a técnica do controle de constitucionalidade não permitem a invalidação desta prova. Em

consequência, tenta restabelecer a íntegra das escutas com o fito de elucidar a autoria delitiva.

Neste exemplo abstratamente citado, é de se indagar: qual a confiabilidade que esta prova trará na posterior avaliação pelo juiz? Nenhuma, pois a tendência de mitigação dos direitos fundamentais individuais leva à descredibilidade do pronunciamento condenatório. Mas, voltando ao problema deste artigo, pode o instituto das nulidades solucionar este impasse? Sim, pois o magistrado tem na segunda norma jurídica, consequente, a possibilidade de invalidar a prova obtida ilicitamente. Relembre-se que fonte de prova é diferente de meio de prova.

A interceptação telefônica devidamente autorizada, como meio de prova, revela elemento probatório, o que no suposto caso exemplificado, fora violado pelo próprio Estado. Sua inclusão processual como norma jurídica defeituosa reclama, após reconhecimento e descrição da nulidade, valoração do juiz, ponto de atuação humana diferenciadora quanto à providência adotada à luz das nulidades.

Nesse sentido, vê-se possível invalidar a prova ilícita, excluindo-a e inutilizando-a com fundamento na teoria da nulidade, desde que esta, enquanto termo adjetivo, seja concebida pelo intérprete como ato jurídico defeituoso e não sanção, bem como na valoração do elemento probatório se calque em maximizar os direitos fundamentais individuais para adotar o consequente jurídico garantista e em compasso com a Constituição.

3. CONCLUSÃO

Durante a exposição do presente artigo, foi possível extrair o conceito de prova penal como elemento empírico, cuja observação pelas partes integrantes da relação processual, notadamente o Ministério Público e a defesa, inseridas no sistema acusatório, possam digladiar através de um devido processo legal, onde o elemento probatório se revista de fiabilidade.

Nesse ínterim, o papel do juiz torna-se importantíssimo, tendo em vista exercer também controles epistêmicos na atividade probatória, impondo limites ao Estado-acusação quando da obtenção, armazenamento e inclusão desta mesma prova no processo penal, evitando arbítrios que cominem com a condenação desarrazoada.

Através desta atividade epistêmica, tentou-se dar contornos à problematização deste artigo, quanto à aplicação da teoria da nulidade no caso de ruptura da cadeia de custódia, no sentido de ser possível preservar o devido processo legal. Tal aplicabilidade se torna possível, entretanto, desde que se atente para a nulidade enquanto ato defeituoso ou norma jurídica defeituosa, ao invés de sanção, tendo internamente neste instituto medidas aptas a manter a integridade processual, tais como saneamento, convalidação ou até invalidação, tornando-se a prova inutilizável. Tem-se, então, a norma jurídica antecedente, a qual declara a nulidade, e a norma jurídica consequente, a qual define a medida a ser tomada.

Contudo, anote-se, por fim, para tornar o processo penal um instrumento de garantias e reflexo da Constituição, o integrante principal desse sistema é um ser pensante, o homem. O juiz precisa entender, como traz Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2016, p. 77), que o “Estado existe para o indivíduo e não o contrário”.

Assim, a dignidade humana deixa de ser utopia e passa a ser valor obrigatório em favor da parte processual.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MILANEZ, Bruno. Prova processual penal como fenômeno de linguagem. **canalcienciascriminais.com.br**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/prova-processual-penal-como-fenomeno-de-linguagem/>. Acesso em 02/03/2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 21ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PIMENTEL LOURENÇO, Lucio Augusto. Teoria Pura do Direito segundo o pensamento de Hans Kelsen. **JURISMAT, Portimão, 2017, n.º 10, p.49-7**. Disponível em: <https://recil.grupolusofona.pt/bitstream/10437/8139/1/Teoria%20Pura%20do%20Direito.pdf>. Acesso em 08 abr. 2019.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 1, p. 607-630, 2003**. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em 08/04/2019.

TÁVORA Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

O INDUZIMENTO À AUTOMUTILAÇÃO É UM CRIME CONTRA A VIDA OU INTEGRIDADE FÍSICA? NOTAS SOBRE AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA LEI Nº 13.968/2019

*Flávia Haydeé Almeida Lopes*¹²⁰

*Francisco Geraldo Matos Santos*¹²¹

*Kássia Karine Dias Figueira*¹²²

INTRODUÇÃO

Apesar do suicídio e da automutilação não serem considerados crimes, visto que é o próprio sujeito que lesa o bem jurídico penalmente protegido, tal questão sempre levantou a atenção dos legisladores e julgadores. Sendo o suicídio visto como uma anormalidade para a vida em sociedade, uma ação lícita, porém antinormativa (QUEIROZ, 2020). As legisla-

120 Mestre em Direito (PPGD/UFGA). Especialista em Controle, Prevenção e Intervenção em Violência pelo Instituto de Ciências da Saúde (ICS/UFGA). Professora Universitária da Escola Superior da Amazônia.

121 Doutorando em Direito (PPGD/UFGA). Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFGA). Especialista em Direito Processual Penal e em Direito Público pela Faculdade Damásio (SP). Professor Universitário.

122 Graduanda do Curso de Direito da Escola Superior da Amazônia.

ções do mundo todo abordam a hipótese da instigação, do induzimento e do auxílio ao suicídio. No ordenamento jurídico brasileiro incrimina-se quem de uma forma ou de outra induz outrem a tirar a própria vida.

Recentemente, a Lei nº 13.968/2019 alterou o Art. 122 do Código Penal, que versa sobre o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, incluindo assim a automutilação. A nova norma jurídica é oriunda do Projeto de Lei (PL) 6.389/2019, aprovado pelo Plenário do Senado no dia 11 de dezembro, e teve como autor do projeto o senador Ciro Nogueira (PP-PI). Originalmente, o projeto previa que o crime de auxílio à automutilação abrangesse apenas crianças e adolescentes, mediante a inclusão do art. 244-C na Lei nº 8.069/1990 (ECA) e apresentava como justificativa a elevada prática da automutilação, caracterizada pela agressão deliberada ao próprio corpo, sem a intenção de cometer suicídio, por adolescentes, em particular, devido ao aumento do número de grupos em redes sociais que incentivavam esta prática entre crianças e adolescentes como nos casos dos chamados “desafios”. Entretanto, acabou sendo inserida no Código Penal após as alterações na Câmara dos Deputados.

Portanto, a Lei nº 13.968, de 26 de dezembro de 2019, trouxe grandes modificações no art. 122 do Código Penal que, até então, só punia a participação em suicídio. Mas devido à ocorrência de inúmeros casos de automutilação no Brasil e em inúmeras partes do mundo, incentivados em redes sociais por outras pessoas, nossos parlamentares foram levados à conclusão de que era necessária a modificação do art. 122 do CP. (GONÇALVES, 2020). Em vista disso, a pesquisa propõe a analisar quais as implicações jurídicas da alteração no tipo do crime de instigação, induzimento e participação ao suicídio e à automutilação pela Lei nº 13.968/2019, com objetivo de debater sobre as implicações penais e processuais dessa atualização, especialmente, no que tange aos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal e a competência dos tribunais para julgá-los.

Como hipótese básica de pesquisa, pontua-se que o referido crime, embora esteja incluído no Código Penal, topograficamente, como sendo incluído entre os crimes contra a vida, em verdade, a automutilação tutela a integridade física, motivo pelo qual, a título de repercussão jurídica, tem-se que o seu julgamento deva ser afeto ao juízo singular, e não ao Tribunal do Júri.

A pesquisa é qualitativa, realizada por meio do método dedutivo, o qual parte de uma fundamentação genérica para se chegar à dedução particular e de procedimentos técnicos metodológicos baseados na doutrina de Marco-ni e Lakatos (2003), além da legislação, jurisprudência e artigos científicos.

Além deste introdutório, este artigo é composto por mais duas seções e as considerações finais. Na próxima seção, será proposto um breve histórico sobre o suicídio e sua tipificação na seara penal. Em sequência, será apresentada as implicações jurídicas dessa inovação legislativa. Posteriormente, será tecido as considerações finais.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE O SUICÍDIO E SUA TIPIFICAÇÃO NA SEARA PENAL

O suicídio, em relação à tipificação enquanto crime, teve seu marco inicial, conforme menciona Altavilla (1921), na legislação penal do Século XVIII da Luisiana, nos Estados Unidos. Já no Brasil, desde o Código Criminal do Império de 1830 incrimina-se este fato, conforme exposto no TÍTULO II, dos crimes contra a segurança individual, CAPÍTULO I dos crimes contra a segurança da pessoa, e vida, SEÇÃO I Homicídio, no art. 196 do Código Criminal de 1830: “Ajudar alguém a suicidar-se ou fornecer-lhe meios para este fim com conhecimento da causa. Penas – de prisão por dois a seis anos.”

O Decreto-Lei n° 1.004, de 21 outubro de 1969, mesmo não entrando em vigor, proferia em seu art.122 que:

Instigar ou induzir alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, vindo o suicídio a consumir-se: (Provocação direta ou auxílio a suicídio) **(Renumerando do art. 123 para o art. 122. pela Lei n° 6.016, de 1973)**

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º Se o crime é praticado por motivo egoístico, ou a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer motivo, a resistência moral, a pena é agravada. (Agravação de pena)

§ 2º Com detenção de um a três anos, será punido quem, desumana e reiteradamente, inflige maus tratos a alguém, sob sua autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso, à prática do suicídio. (Provocação indireta ao suicídio)

§ 3º Se o suicídio é apenas tentado, e da tentativa resulta lesão grave, a pena é reduzida de um a dois terços. (Redução de pena).

Nesse interim, o Direito Penal brasileiro regulou a participação no suicídio, conforme mostra a exposição de motivos do Código Penal, parte especial, de 1940, no tópico 41: “Ao configurar o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, o projeto contém inovações: é punível o fato ainda quando se frustrar o suicídio, desde que resulte lesão corporal grave ao que tentou matar-se; e a pena cominada será aplicada em dobro se o crime obedece a móvel egoístico ou é praticado contra menor ou é pessoa que, por qualquer outra causa, tenha diminuída a capacidade de resistência.”

Assim, o art. 122 do Código Penal definia o delito de acordo com a antiga redação, antes da reforma de 2019:

Art. 122 – Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único – A pena é duplicada:

Aumento de pena

I – se o crime é praticado por motivo egoístico;

II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Destarte, Araújo e Bicalho (2012) corroboram, ao inferirem que:

Em 1830, o Código Criminal do Império do Brasil punia o auxílio ao suicídio, com pena de prisão por dois a seis anos. Dizia o artigo 196: "Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa". Já nas primeiras décadas do século XIX, a legislação brasileira não incriminava o suicídio ou a tentativa deste. No Código Penal de 1890, o artigo 299 determinava a execução da pena de prisão por dois a seis anos para a pessoa

que auxiliasse moral ou materialmente alguém a matar-se. Contudo, se o ato suicida não culminasse em morte, não se determinava a penalização para o seu cúmplice. Na legislação penal brasileira vigente, de 1940 (Artigo 122), o suicídio ou a tentativa de suicídio seguem não sendo considerados crimes, contudo, o induzimento ao suicídio pode conduzir à pena de reclusão de dois a seis anos se o suicídio se consuma ou reclusão de um a três anos se a tentativa de suicídio resultar em lesão corporal grave.” (ARAÚJO; BICALHO, 2012, p. 726).

Além disso, ainda na visão dos autores Araújo e Bicalho (2012) percebe-se que a legislação brasileira sempre se preocupou com o suicídio e não com a conduta da pessoa que o comete. No ordenamento jurídico brasileiro incrimina-se quem de uma forma ou de outra induz outrem a tirar a própria vida.

Em que pesem as alterações, a nova norma jurídica é oriunda do Projeto de Lei (PL) 6.389/2019, aprovado pelo Plenário do Senado no dia 11 de dezembro depois de ser alterado pela Câmara dos Deputados que teve como autor do projeto o senador Ciro Nogueira (PP-PI), que previa originalmente que o crime de auxílio à automutilação abrangesse apenas crianças e adolescentes, todavia o alcance foi ampliado a todas as pessoas na Câmara dos Deputados.

Conforme a notícia no site do IBCCRIM o projeto tramitou sob número 8.833/2017 na Câmara dos Deputados, sendo que a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) votou pela sua aprovação com singelas modificações. Porém, em Sessão Extraordinária na Câmara, foi apresentada pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) a Emenda de Plenário 1/2019, que propôs não mais a inclusão da norma incriminadora no ECA, pois tinha como propósito tipificar o crime de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação de criança ou adolescente, mediante a inclusão do art. 244-C na Lei nº 8.069/1990 (ECA) e apresentava como justificativa a elevada prática da automutilação, caracterizada pela agressão deliberada ao próprio corpo, sem a intenção de cometer suicídio, por adolescentes, em particular, devido ao aumento do número de grupos em redes sociais que incentivavam esta prática entre crianças e adolescentes como nos casos dos chamados

“desafios”. Entretanto acabou sendo inserida no Código Penal, por meio da alteração do art. 122, mediante a inclusão no tipo da figura da “automutilação” e da criação dos demais tipos derivados.

Em entrevista à rádio Senado, Ciro Nogueira disse que “a justiça tem agora um novo instrumento para punir criminosos que usam a internet para induzir a automutilação e até o suicídio. É uma iniciativa muito importante para proteger os brasileiros, especialmente as nossas crianças e os nossos adolescentes.” Além disso, informou que o Desafio da Baleia Azul foi algo também que o incentivou a criar o projeto, pois cerca de 30% das crianças já sofreram algum tipo de influência, incentivo para se automutilarem e a lei vem como um mecanismo para coibir uma prática tão odiosa como essa

Portanto, a Lei nº 13.968, de 26 de dezembro de 2019, trouxe grandes modificações no art. 122 do Código Penal que, até então, só punia a participação em suicídio. Mas devido à ocorrência de inúmeros casos de automutilação no Brasil e em inúmeras partes do mundo, incentivados em redes sociais por outras pessoas, o caso do “jogo” baleia azul foi decisivo para levar nossos parlamentares à conclusão de que era necessária a modificação do art. 122 (GONÇALVES,2020).

2. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Nesse diapasão, ao comparar a modalidade antiga com a atual, percebe-se que houve algumas implicações jurídicas, dentre elas que antes do surgimento da Lei nº 13.968/19 não havia dúvida de que se tratava de um crime exclusivamente contra a vida, todavia, ao incluir o induzimento, instigação ou auxílio à automutilação, há a abrangência de outro bem jurídico que é a integridade física, logo o tipo penal passa a ter como bens jurídicos tutelados a vida e a integridade física presente no Título I – “Dos Crimes contra a pessoa” e Capítulo I – “Dos Crimes contra a Vida”, mas a automutilação deveria ter sido incluída como uma modalidade de lesão corporal e não nos crimes contra a vida, pois conforme pontua Gonçalves (2020) a inserção desta conduta no capítulo Dos Crimes contra a Vida merece crítica por não se tratar efetivamente de crime contra tal bem jurídico.

Outra mudança que pode ser citada é que na redação anterior tratava-se de um crime material, necessitava da produção do resultado naturalístico,

ou seja, o agente que praticava induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio somente respondia pelo crime se a vítima efetivamente morresse ou se sofresse lesão corporal grave ou gravíssima; se o agente induzisse, mas a vítima não tentasse o suicídio, não haveria crime. Nessa lógica a tentativa não era possível, tendo em vista que ou ocorria um dos resultados ou o fato era atípico, mas agora a tentativa é possível, a depender do meio utilizado pelo agente, pois em caso de crime formal unissubsistente, a tentativa não é possível, o que ocorre, por exemplo, quando há instigação ou induzimento verbal ao suicídio ou à automutilação; contudo, se plurissubsistente, quando a consumação pode ocorrer de forma fracionada, admite-se a tentativa, a exemplo da prestação de auxílio material pelo agente.

Para Jesus (2020), admite-se a forma tentada, pois a simples conduta de induzir, instigar ou prestar auxílio para que alguém se suicide ou se automutile, ainda que não venha a ocorrer o resultado morte ou lesão corporal de natureza grave, constitui delito. Em vista disso, com a alteração vê-se que não é mais exigível os resultados lesões graves ou morte para que o crime se consume, pois ele se configura na sua modalidade simples com ou sem resultados. Portanto de crime sobremaneira material, passa a se configurar como crime formal, isto é, tem sua consumação independentemente da existência de um resultado, ainda que este venha a acontecer, será mero exaurimento. Todavia, em relação aos parágrafos 1º e 2º trata-se de crimes materiais, pois só haverá essas hipóteses qualificadoras se houver um efetivo resultado produzido.

Na visão de Jesus, ao tratar sobre essa objetividade jurídica, infere que:

O legislador, na descrição típica do art. 122 do CP, protege o direito à vida e à integridade corporal. Na redação original do Código, quando somente se punia a participação em suicídio, para que houvesse crime era necessário que o fato resultasse morte ou lesão corporal de natureza grave; do contrário, não haveria crime. Atualmente, contudo, a participação em suicídio ou automutilação é crime de mera conduta ou simples atividade, aperfeiçoando-se mesmo que não se produza qualquer resultado material. (JESUS, 2020, p.151).

A respeito da possibilidade de o crime em questão poder ser prestado por omissão trata-se de grande polêmica, pois o legislador foi omissivo

quanto a essa questão, porém o entendimento da grande parte dos doutrinadores é no sentido positivo. Greco (2020) entende que é possível o raciocínio correspondente à omissão imprópria se o agente, na condição de garantidor, nos termos do art.13 § 2º do código penal, se podendo, dolosamente, nada fazer para impedir que a vítima se suicide ou automutile.

Por sua vez, Gonçalves (2020) infere que nas hipóteses em que o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado (suicídio ou automutilação) e, intencionalmente, não o faz, configura-se hipótese do crime. Essa orientação baseia-se no art. 13, § 2º, do Código Penal, que adota a teoria da equivalência dos antecedentes causais e estabelece que responde pelo resultado quem tem o dever jurídico de evitá-lo e, podendo fazê-lo, se omite. Exemplifica o autor dizendo que se um bombeiro é chamado para tentar salvar um homem que está no alto de um prédio bradando que irá pular e simplesmente vai embora sem sequer procurar contato com o suicida, responderá pelo crime do art. 122 do Código Penal. Assim, o crime tem como elemento subjetivo o dolo, seja direto ou eventual, não existindo modalidade culposa por opção do legislador, devendo o agente responder por participação em suicídio se atuou com dolo direto ou eventual ou ser reconhecida a atipicidade da conduta se tiver agido com culpa em relação ao resultado.

Também é necessário, ainda, que haja dolo em relação ao suicídio ou automutilação de pessoa ou pessoas determinadas. Nesse sentido, de acordo com Mirabete (2001, apud GONÇALVES,2020 p.250) “a conduta deve ter como destinatário uma ou várias pessoas certas, não ocorrendo o delito quando se trata de induções ou instigações de caráter geral e indeterminado. Outrossim, é mister que com o advento da Lei nº 13.968/2019, o crime de participação em suicídio ou automutilação passou a ter causas especiais de aumento de pena em seus parágrafos 3º a 5º.

Jesus (2020) aduz que os §§ 3º a 5º preveem causas de aumento de pena e os §§ 6º e 7º, hipóteses de desclassificação do fato para crime de homicídio (CP, art. 121) e de lesão corporal gravíssima (CP, art. 129, § 2º).

O legislador não deixou claro se, em consequência do induzimento, instigação ou auxílio à automutilação ou ao suicídio, a vítima for menor ou, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato ou que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência e vier sofrer lesão corporal grave por qual crime o

agente responderá? Entende-se que o agente responderá pelo art.122 § 1º, porém foi uma grave falha do legislador ser omissivo quanto a isso.

Mas se no mesmo contexto a vítima é menor de 14 anos ou, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou se, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, e sofre lesão gravíssima, o agente responde pelo crime do art. 129, § 2º, do CP que se refere ao crime de lesão corporal gravíssima, cuja pena é de 2 a 8 anos de reclusão, conforme expresso no art. 122, § 6º, do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 13.968/2019.

Alguns doutrinadores criticam esse erro do legislador, como Gonçalves menciona:

Temos aqui um erro do legislador, pois se o agente queria o suicídio da vítima e ela sofreu lesão gravíssima, seu dolo deveria levar à responsabilização por tentativa de homicídio, já que a vítima, em razão da idade ou do problema mental, não tinha condições de entender seu ato. Ao estabelecer que o agente responde pelo crime de lesão corporal gravíssima do art. 129, § 2º, do CP, o legislador, além de estabelecer pena menor em relação à tentativa de homicídio, teria excluído o crime da competência do Tribunal do Júri. A hipótese desse § 6º do art. 122 deveria ser aplicável somente em casos em que o agente estimulou a automutilação, ou seja, quando o dolo não era direcionado à morte da vítima. (GONÇALVES, 2020, p. 253).

Greco, por sua vez critica o teor do parágrafo 7º ao inferir que:

A falta de técnica do legislador fica evidente nesse parágrafo. Por que razão mencionaria no § 6º o portador de enfermidade ou deficiência mental, e não exigiria essa condição no § 7º do mesmo artigo? Na verdade, o que muda nos dois parágrafos é tão somente a gravidade do resultado. No § 6º exige-se que tenha ocorrido uma lesão corporal gravíssima, isto é, qualquer uma daquelas existentes no rol do § 2º do art.129 do Código Penal. No § 7º exige-se que tenha ocorrido o resultado morte.(GRECO, 2020, p.110).

Por fim, ao tratar-se sobre ação penal é uníssono na doutrina e na jurisprudência que é ação penal pública incondicionada. Quanto à com-

petência entende-se que no que diz respeito ao crime de participação em suicídio, será competência do Tribunal do Júri, somente quando há dolo em relação ao evento morte, tratando-se, pois, de efetivo crime doloso contra a vida, segundo dispõe o art.5º, XXXVIII, d, da Constituição Federal.

O questionamento existe quanto ao crime de participação em automutilação, pois para Gonçalves:

[...]embora inserido neste Capítulo, não é realmente um crime contra a vida, devendo ser julgado pelo juízo singular. Com efeito, quando uma pessoa agride outra e comete crime de lesão corporal (art. 129), a competência é do juízo singular por não se tratar de crime doloso contra a vida. Logo, quando alguém estimula outrem a se autolesionar, a competência igualmente deve ser do juízo singular, pois o bem jurídico afetado é a integridade física e não a vida. (GONÇALVES, 2020, p. 255).

Jesus corrobora, ao compreender que:

[...] no caso de induzimento, instigação ou auxílio material à automutilação que resulta morte, a figura é preterdolosa e, portanto, não é de competência do Tribunal do Júri. Lembre-se que o Tribunal Popular é competente para julgar crimes dolosos contra a vida, o que não se dá em delitos preterdolosos, nos quais há dolo na conduta (no caso, a de ver a vítima automutilada) e culpa no resultado (morte) agravador.

Ressalte-se que o fato somente será de competência do Tribunal do Júri, nos termos do art. 5º, XXXVIII, da CF, quando a conduta visar ao suicídio; do contrário, inexistirá crime doloso contra a vida. (JESUS, 2020, p.160;164).

Portanto, a competência quando a conduta visar ao suicídio será do Tribunal do Júri, mas deve ser do Juízo Singular, quando se tratar da automutilação, logo torna-se necessário para se estabelecer a competência para o processo e julgamento do artigo 122, Código Penal, em qualquer de suas modalidades, aferir o dolo do agente, identificar se há intento de

provocar o suicídio ou de provocar autolesão. Isso porque, o que o texto constitucional pontua, refere-se à necessidade de julgamento pelo Tribunal do Júri, os crimes dolosos contra a vida, no entanto, em nenhum momento o constituinte especificou algum capítulo específico do Código Penal como vinculante ao ser ou não um crime contra a vida, motivo pelo qual, é perfeitamente hipótese de ser julgado pelo juízo singular quando não se tratar de um crime que atente contra a vida.

Conforme entende Greco (2020), o crime de induzimento, instigação e auxílio material à automutilação, por não se tratar de um crime doloso contra a vida, mas sim de um delito doloso contra a integridade física, tendo em vista a pena máxima cominada no caput do art.122, terá a competência para esse delito o Juizado Especial Criminal.

É possível verificar que existem falhas interpretativas que a lei possibilita vislumbrar através da análise de decisões judiciais a exemplo da APELAÇÃO CRIME Nº 1.032.299-5 DA COMARCA DE GOIOERÊ – VARA CRIMINAL E ANEXOS no ano de 2014 em que o Ministério Público do Estado do Paraná, por seu agente, ofereceu denúncia contra o acusado pela prática, dos crimes previstos nos artigos 121, parágrafo 4º, segunda parte e 132, ambos do Código Penal, mas houve a desclassificação pelo tribunal do júri para instigação ao suicídio (artigo 122 do código penal), o que parece ter sido um grande erro, pois, segundo um trecho do acórdão fls. 4:

[...]Vendo o acusado que apesar de correr atrás do filho, não o alcançava, entrou na residência e apanhou uma espingarda da marca CBC, calibre 32, nº de série 338151, e com ela passou a correr atrás do menor, dizendo que caso este não se matasse, ele o mataria. A vítima, então, menor com 12 anos de idade, portanto ainda incapaz de entender o ato que praticava, atendendo às determinações de seu genitor, fazendo uso do revólver que trazia consigo, disparou um tiro contra a própria cabeça, ocasionando os ferimentos descritos no laudo de exame de necropsia de fl. 41 e v., que foram a causa eficiente de sua morte.

Nessa conjuntura, vê-se que o agente deveria ter respondido pela prática de homicídio, pois o crime se consumou e tratava-se de vítima menor

de 14 anos, a qual não tinha o discernimento do que estava fazendo, mas foi coagida a fazer. Dessa forma, o crime foi inserido no Código Penal, todavia o legislador não teve criatividade prática.

Em vista disso, pergunta-se: a criação do delito chega à finalidade que se propõe? Na prática há punições nessa modalidade? E a resposta é não, devido à escassez de casos existentes na jurisprudência dos tribunais e a dificuldade de se enquadrar a modalidade à conduta delituosa. Corroborando Zucki (2014) que há uma inefetividade do artigo 122, o qual se tornou letra morta e na sua pesquisa foi encontrado número ínfimo de julgados no TJ/RS e o entendimento dos tribunais superiores, STJ e STF, sendo igualmente escassos os casos.

Ainda nas palavras da autora:

[...] o artigo 122 do Código Penal, tornou letra morta da lei, já que se acredita que não tem tido aplicação na prática; ou seja, o suicídio ocorre, entretanto o tipo penal incriminador não é evidenciado, tampouco chega ao Judiciário, seja pela falta de denúncia das pessoas envolvidas, seja pela dificuldade em provar a ocorrência do crime, já que se faz necessário para o indiciamento do agente a presença de elementos suficientes para uma suposta conduta e autoria do ato ilícito.

Também, importante salientar, a complexidade do crime, uma vez que facilmente pode-se admitir a aplicação de outro tipo penal incriminador, ante as particularidades que permeiam o delito, por vezes confundindo com o homicídio.

No entanto, quanto aos casos de automutilação, tem-se que recentemente fora demasiadamente divulgado situações em que se envolvia a existência de brincadeiras nesse sentido, como fora o caso do desafio da baleia azul. Talvez aqui, possa ser que se tenha um resultado prático, ainda que duvidável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atualização do Art. 122/CP, mesmo dirigida pela demanda social que aflige crianças e adolescentes, colocando suas vidas e integridade física

em risco, acaba por não atingir os objetivos do direito penal. Visto que, que se inscreve no Código Penal com uma linguagem questionável e em uma seção que não lhe abarca. O crime de induzimento, instigação e participação em suicídio tem como objetivo proteger o bem jurídico vida humana, o que não pode ser dito do crime de induzir à automutilação – que se refere às lesões provocadas em si mesmo, sem o objetivo de cessar a vida.

Resta claro que a automutilação lesa a integridade física e saúde da vítima, sendo, portanto, um contrassenso ser tratada da mesma forma e com o mesmo rigor de um crime contra a vida. Nos surpreende que mesmo passando por diversos deputados, tal questão não tenha sido aventada, logo que essa denominação gera insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebeu-se que poucos casos são punidos e mesmo com a nova redação e maior rigor acredita-se que essas punições não vão aumentar, tendo em vista que é um delito inefetivo na prática e quando o legislador propôs as alterações, queria proteger principalmente as crianças, as quais se vierem praticar o suicídio ou sofrerem lesão corporal de natureza gravíssima, o autor responderá por homicídio e lesão corporal respectivamente, ou seja, a modalidade deixa brechas que a tornam de difícil aplicação.

Quanto à competência, mesmo que ainda não tenha nenhum pensamento sumulado, é algo que está em construção, embora majoritariamente os doutrinadores posicionam-se no sentido de que a automutilação não caberia para o Tribunal do Júri, por não se tratar de um crime doloso contra a vida, mas sim um crime contra a integridade física do sujeito.

Compara-se, com o latrocínio, o qual não é de competência do Tribunal do Júri, tendo em vista que não há que se confundir o crime patrimonial de latrocínio com delito doloso contra a vida, pois mesmo que tenha por fundo o bem jurídico vida, trata-se de um delito de competência do juiz singular. Assim, da mesma forma deve-se considerar o crime de automutilação, porque é um delito doloso contra a integridade física, não se confundindo como um crime doloso contra a vida.

Questiona-se a escolha de política criminal do legislador, pois tal modalidade de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação poderia – e deveria ter sido – ser incluída no Capítulo II das Lesões Corporais dos Crimes contra a Pessoa, como uma modalidade de lesão corporal e a manutenção do artigo 122 torna-se dispensável no Código Penal.

Como se sabe, nenhuma escolha penal se dá sem objetivo (FOUCAULT; 2012). A escolha do legislador esquivava-se da técnica esperada e não atinge os objetivos aos quais a legislação penal se propôs. Fazendo com que este seja um delito inefetivo na prática, tanto na definição de competência, quanto na investigação criminal, pois é um crime de difícil comprovação, sendo necessário perícia e depoimentos testemunhais.

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. **Trattato de Diritto Penale, V. X.** Milano, Vallardi, 1921.

ARAÚJO, Emanuelle Silva; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho de. Suicídio: crime, pecado, estatística, puição. **Revista de Psicologia da IMED**, v. 4, n. 2, p. 723-734, 2012. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistapsico/article/view/151/261>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.833, de 19 de outubro de 2017.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar o crime de incitação ao suicídio e incluir as condutas de induzir ou instigar a automutilação, bem como a de prestar auxílio a quem a pratique. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2155635>>. Acesso em 22 mar.2021.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Planalto. **Decreto Lei nº 1004.** Disponível em < Del1004 (planalto.gov.br)> Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 6.389, de 2019** (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 664, de 2015). Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar o crime de incitação ao suicídio e incluir as condutas de induzir ou instigar a automutilação, bem

como a de prestar auxílio a quem a pratique. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140121>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Senado Federal. **Sancionada lei que criminaliza incentivo a automutilação**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/27/sancionada-lei-que-criminaliza-incentivo-a-automutilacao>> Acesso em: 22 mar. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 40. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**. Parte especial. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Especial**. 4^o Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ZUCKI, Luciani da Cruz. **A (in)aplicabilidade do crime do artigo 122 do Código Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES), 2014. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-inefetividade-crime-artigo-122-coddigo-penal.html>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ATRIBUIÇÃO E COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA APRESENTAÇÃO DE BOA-FÉ DE DOCUMENTO ESTADUAL FALSIFICADO A ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO FEDERAL

*Pedro Roberto Meireles Lopes*¹²³

INTRODUÇÃO

Com o advento da Súmula 546 do Superior Tribunal de Justiça, passou-se a fixar a competência para julgamento de crime de uso de documento falso com base no órgão fiscalizador ao qual o documento falso foi apresentado. Assim, firmou-se o entendimento de que “a competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor”. O entendimento foi consolidado em razão de conflito negativo de competência entre a Justiça Estadual e Justiça Federal decorrente da apresentação de Carteira Nacional de Habilitação falsa a um Agente da Polícia Rodoviária Federal.

123 Delegado de Polícia Federal. Especialista em Combating Corruption pela George Washington University – DC – Estados Unidos. Especialista em Criminologia (Curso de Progressão - Classe Especial) pela Academia Nacional de Polícia – Brasília – DF. Especializações (em curso) em Direito Notarial e Registral e em Direito Imobiliário pela Universidade UNIAMÉRICA.

Foi decidido que o uso de Carteira Nacional de Habilitação falsa perante autoridade da Polícia Rodoviária Federal lesa serviço da União, sendo irrelevante para determinar a competência do Juízo no crime de uso de documento falso a qualificação do órgão expedidor do documento público pois o critério a ser utilizado se define em razão da entidade ou do órgão ao qual ele foi apresentado, porquanto são estes que efetivamente sofrem os prejuízos em seus bens e serviços.

Divergiu desse entendimento o Ministro Marco Aurélio Belizze, para quem “tem competência a Justiça Estadual para julgar crime de uso de documento falso quando o autor do delito apresenta Carteira Nacional de Habilitação falsa a policial rodoviário federal. Isso porque a CNH é emitida pelo DETRAN dos estados, sendo esta a instituição lesada, e não a Polícia Rodoviária Federal. O bem jurídico tutelado é a fé pública, que emana do órgão expedidor do documento e não da pessoa a quem o documento é apresentado. Constatando-se que a CNH foi utilizada com o fim de burlar as leis de trânsito, ou seja, teve sua utilidade exaurida no próprio uso, independentemente do órgão fiscalizador que fez a abordagem e a constatação da falsidade, não há interesse da União a justificar a competência da Justiça Federal”.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo esclarecer, de forma concisa, a respeito da atribuição para a apuração e competência para julgamento em razão da apresentação de documento falso à órgão fiscalizador federal, quando o apresentante estiver de boa-fé.

Iremos apresentar breve noção sobre o delito de uso de documento falso. Em seguida, abordaremos a consequência da inexistência do elemento subjetivo quando da apresentação do documento falso pelo agente. Realizaremos, também, uma análise sobre a aplicação da Súmula 546/STJ em se tratando de uso de documento falso. Por fim, indicaremos, em tese, qual a justiça competente para julgar o crime de uso de documento falso por pessoa de boa-fé perante órgão fiscalizador federal.

Com isso, buscamos esclarecer a questão sobre a atribuição para investigar e a competência para julgar nos casos em estudo, apresentando tese que, ao nosso ver, traduz a melhor técnica jurídica, e, indo além, possibilita uma melhor apuração.

1. NOÇÕES SOBRE O CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO

O crime de uso de documento falso está previsto no artigo 304 do Código Penal, estabelecendo que o agente que fizer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os artigos 297 a 302 do Código Penal terá contra si as mesmas penas estabelecidas à própria falsificação.

O crime em estudo enquadra-se como **crime remetido**, pois a descrição do seu tipo penal remete a outros dispositivos legais. O uso de documento falso é também um **crime acessório**, pois a sua existência depende da ocorrência de um crime anterior (falsificação de documento).

Segundo Nucci (2017, p. 816):

Fazer uso significa empregar, utilizar ou aplicar. Os objetos são os papéis falsificados ou alterados constantes nos arts. 297 a 302. Exige-se que a utilização seja feita como se o documento fosse autêntico, além do que a situação envolvida há de ser juridicamente relevante. Trata-se de tipo remetido, aquele que indica outros tipos para ser integralmente compreendido. Neste caso, a amplitude do conceito de “papel falsificado ou alterado” depende da verificação do conteúdo dos arts. 297 a 302.

O objeto jurídico do crime de uso de documento falso é a **Fé Pública** no que tange à utilização de documentos. A conduta é comissiva e o documento deve ser utilizado em sua destinação própria, com relevância jurídica. Exige-se o uso efetivo, não bastando a mera alusão ao documento (DELMANTO et al., 2016, p. 1.157).

De acordo com Gonçalves (2016, p. 930):

Fazer uso significa que o agente, visando fazer prova sobre fato relevante, apresenta efetivamente o documento a alguém, tornando-o acessível à pessoa que pretende iludir. Caracteriza-se o crime pela apresentação do documento a qualquer pessoa, e não apenas a funcionário público. É necessário, entretanto, que tenha sido apresentado com a finalidade de fazer prova sobre fato relevante. Não

há crime, por exemplo, quando alguém mostra um documento falso a amigos em um bar.

Não haverá o crime de uso se faltar ao documento requisito necessário à configuração do próprio falso (DELMANTO et al., 2016, p. 1.157). A simples cópia, não autenticada, de um documento, não pode ser objeto material do crime de falso ou de uso de documento falso¹²⁴. A falsificação grosseira não é capaz de afetar o bem jurídico tutelado (fé pública) sendo necessário que o documento possua potencial lesivo, de forma que passe por verdadeiro perante o homem médio. Assim, caso seja grosseira a falsificação, o fato será atípico¹²⁵.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se aplica o princípio da insignificância nos crimes contra a fé pública¹²⁶. Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹²⁷.

124 A cópia sem autenticação é destituída de potencialidade lesiva, não podendo ser objeto material de uso de documento falso. (TJRJ. Ap. 0004087- 08.2010.8.19.0078-RJ, 5.a C. Crim., rel. Luciano Silva Barreto, j. 30.07.2015). A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a cópia de documento sem autenticação não possui potencialidade para causar dano à fé pública, não podendo ser objeto material do crime de uso de documento falso. Precedentes. (STJ - HC: 58298 SP 2006/0091354-5, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 24/04/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/06/2007 p. 384).

125 Para fins do delito do art. 304 do Código Penal, necessário que o documento falso seja potencialmente enganoso a ponto de produzir o resultado de induzir alguém em erro, o que restou demonstrado no caso concreto. O uso de documento falso apto a iludir as pessoas perante as quais foi apresentado não configura conduta atípica, não havendo falar em crime impossível. Demonstrados a autoria, a materialidade e o elemento subjetivo exigido pelo tipo, e sendo inexistentes causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, impõe-se a manutenção da condenação do réu como incurso nas sanções do art. 304 c/c o art. 297, ambos do Código Penal (TRF4. Ap. 5059754-82.2014.404.7100, 7.a T., rel. Sebastião Ogê Muniz, j. 17.11.2015).

126 Habeas corpus. 2. Crime de falsificação de documento público (art. 311 do CPM). Atestado médico apresentado para justificar ausência ao serviço. 3. Atipicidade da conduta. Falsificação grosseira. Documento que iludiu a pessoa responsável pelo setor de recebimento de dispensas médicas. 4. Princípio da insignificância. Não aplicação aos crimes contra a fé pública. Precedentes do STF. 5. Ordem denegada. (STF - HC: 117638 RJ, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 11/03/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJE-062 DIVULG 27-03-2014 PUBLIC 28-03-2014).

127 Ambas as turmas da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça já se posiciona-

Ocorre a consumação quando o agente, efetivamente, se utiliza, ou seja, faz uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302 do Código Penal. Dependendo da forma como o delito venha a ser praticado, será possível o reconhecimento da tentativa, embora seja difícil sua ocorrência (GRECO, 2017, p. 1547).

Para Delmanto et al. (2016, p. 1.158), a tentativa não é possível, pois:

Considerando-se o uso uma conduta que não pode ser fracionada, entendemos não ser possível o *iter criminis*. Assim, os atos anteriores ao uso não caracterizam início de execução, configurando atos meramente preparatórios; podem, todavia, tipificar outros tipos penais (p. ex., falsidade documental, no caso de o agente ter sido o autor da falsidade; posse ou detenção de papéis públicos falsificados, nos termos do art. 293, § 1a, I, do CP).

O crime se consuma independentemente da obtenção do proveito pelo agente¹²⁸. Cunha (2017, p. 734) explica:

Há situações em que, diante da autoridade pública, o agente apresenta documento falso para que sua verdadeira identidade permaneça incógnita e, dessa forma, passem ocultos seus antecedentes criminais. Sustentam alguns a inexistência de crime porque a conduta caracterizaria legítimo exercício do direito de defesa. Decidiu o STF, no entanto, que o uso de documento falso não se legitima pela autodefesa (HC 111.706/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, Dje 17/12/2012).

Caso o documento seja apreendido em poder do agente em razão de busca domiciliar ou mesmo de revista pessoal sem que ele tenha sido

ram pela não aplicação do princípio da insignificância aos Crimes contra a Fé Pública. (STJ. AgRg. No REsp: 1644250 RS 2016/0331179-0, Rel. Min. Sebastião Rei Júnior. 6ª Turma. j. 23.05.2017).

128 O uso de documento falso se consuma com a simples utilização, independentemente da obtenção de proveito (TJSP – RT 727/464).

apresentado à autoridade fiscalizadora, não há crime. Desta feita, atípica é a conduta de portar ou ter a posse de documento falso caso não tenha sido efetivamente apresentado pelo agente. De outro lado, a apresentação em decorrência da solicitação ou da exigência da autoridade fiscalizadora é considerado fato típico¹²⁹. Porém, não haverá crime caso a autoridade não tenha competência para exigir a apresentação do documento, pois se configura a ilegalidade do ato de exigir a identificação por quem não tem o poder legal para fazê-lo.

O Elemento Subjetivo do Tipo é o **dolo**, consistente na vontade consciente de fazer uso do documento falso. Não existe previsão para a modalidade culposa.

1.1. CONSEQUÊNCIA DA INEXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO

Para que exista o crime de uso de documento falso é necessário que o agente possua conhecimento da falsificação usando o documento de forma intencional e voluntária.

De acordo com o ensinamento de Machado et al. (2017, p. 479): “o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, usar o documento falso, sabendo-o falso. O desconhecimento da falsidade afasta o dolo”.

Requer-se que o agente conheça a falsidade do documento que usa. No entanto, se o agente usou o documento sem saber da falsidade e, após dela tomar conhecimento, continua a utilizá-lo, responderá pela prática do delito.

Esclarece Greco (2017, p. 1547) que:

Se o agente, por exemplo, após realizar exames e ser aprovado em todos aqueles necessários para que obtenha habilitação para dirigir veículos automotores, vier a utilizar sua carteira de habilitação, supondo-a verdadeira quando, na realidade, é falsa, uma vez que fora vítima de um golpe praticado por uma associação criminosa especializada em venda de carteiras de habilitação falsificadas, não

129 "O crime descrito no art. 304 do CP consuma-se com a apresentação do documento falso, sendo irrelevante se a exibição ocorreu mediante exigência do policial ou por iniciativa do próprio agente" (STJ, 6 T., HC 169068, Dje 05/02/2016).

poderá ser responsabilizado pelo delito tipificado pelo art. 304 do Código Penal, tendo em vista ter incorrido no chamado erro de tipo, afastando-se o dolo e, conseqüentemente, a própria infração penal.

Desta feita, tendo o conhecimento de que o documento era falso e o usou dolosamente, responderá, o agente, pela pena correspondente ao crime de falsificação, mesmo que não tenha falsificado o documento. **Po-rém, o uso do documento falso só pode ser considerado crime, caso a pessoa que utilize o documento esteja ciente da sua falsidade.** Com isso, é possível perceber que **o desconhecimento do agente quanto à falsidade elide o crime, pois afasta o dolo.**

2. QUESTÕES RELATIVAS À COMPETÊNCIA NO USO E NA FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO

Para o STJ, no caso do crime de uso de documento falso, a qualificação do órgão expedidor do documento público é irrelevante para determinar a competência. No uso de documento falso, o critério a ser utilizado para definir a competência é analisar a natureza do órgão ou da entidade a quem o documento foi apresentado, considerando que são estes quem efetivamente sofrem os prejuízos em seus bens ou serviços. Assim, se o documento falso é apresentado perante um órgão ou entidade federal, a vítima é este órgão ou entidade que teve seu serviço ludibriado (CAVALCANTE, 2019).

A título de exemplo podemos apresentar o seguinte excerto:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. USO DE DOCUMENTO FALSO. CERTIFICADO DE REGISTRO E LICENCIAMENTO DE VEÍCULO – CRLV. UTILIZAÇÃO PERANTE A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. PREJUÍZO A SERVIÇO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A competência para processamento e julgamento do delito de uso de documento falso deve ser fixada com base na qualificação do órgão ou entidade perante o qual foi apresentado o documento

falsificado, sendo certo que os serviços ou bens da entidade são efetivamente lesados, pouco importando, em princípio, a natureza do órgão responsável pela expedição do documento.

2. No caso dos autos, tendo o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) falso sido apresentado à Polícia Rodoviária Federal, órgão da União, em detrimento de seu serviço de patrulhamento ostensivo das rodovias federais, previsto no art. 20, II, do Código de Trânsito Brasileiro, afigura-se inarredável a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da causa, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, ora suscitado.”

(STJ – CC 124.498/ES, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 01/02/2013).

Com base em entendimento similar, foi firmada a Súmula 546 do Superior Tribunal de Justiça indicando o seguinte:

A competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor.

Ocorre que, segundo a doutrina (LIMA, 2017, p. 438/444) e a jurisprudência, quatro situações podem decorrer da aplicação da súmula 546/STJ em relação ao cometimento dos crimes de falsificação de documento e uso de documento falso: a) falsificação de documento, em qualquer modalidade; b) uso de documento falso por terceiro não responsável pela falsificação; c) uso de documento falso pelo próprio falsificador; e, d) crime de falsificação ou de uso de documento falso como meio para um crime-fim.

2.1. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO, EM QUALQUER MODALIDADE

O objeto jurídico atingido é a fé pública do órgão que expediu o documento, que passa a ter interesse na preservação e veracidade daquele documento, razão pela qual a competência será definida pelo ente responsável por emitir o documento.

Assim, por exemplo, a falsificação do Cadastro de Pessoa Física (CPF) expedido pela Secretaria da Receita Federal, pertencente à estrutura da União, compete à justiça federal processar e julgar. De outro lado, a falsificação do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) é expedido pelo Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN), vinculado à estrutura do Estado, razão pela qual a falsificação deve ser processada e julgada pela justiça Estadual.

2.2. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO POR TERCEIRO NÃO RESPONSÁVEL PELA FALSIFICAÇÃO

Nesse caso, é irrelevante é a natureza do documento (estadual ou federal) pois a competência deve ser determinada de acordo com o órgão ou a entidade para qual foi apresentado o documento falso.

Trata-se do teor da súmula 546-STJ. O objeto jurídico atingido é o bem ou serviço do órgão ou entidade para quem foi apresentado o documento, sendo este quem efetivamente sofre o prejuízo da utilização do instrumento falsificado.

Complementa Lima (2017, p. 441) ao explicar que

Nesse caso, o uso deve ser perpetrado por terceiro que não tenha sido o responsável pela falsificação do documento, na medida em que, segundo entendimento majoritário, aquele que falsifica e posteriormente usa o documento responde apenas pelo crime de falsificação, figurando o uso como mero exaurimento da conduta anterior. Logo, se determinado agente falsificou e usou o documento, a regra a ser aplicada é a primeira, no sentido de se definir a competência a partir do órgão responsável pela emissão do documento. No entanto, se acaso o agente tiver cometido apenas o

delito de uso de documento falso (v.g., alguém que adquire um documento falso) a competência criminal deverá ser determinada em virtude da pessoa física ou jurídica prejudicada pelo uso.

Como exemplo, o delito de uso de identidade falsa de expedição do Ministério do Exército (órgão da União) perante a polícia civil é de competência para processamento e julgamento da justiça estadual, vez que não houve lesão aos serviços da União, seus bens ou interesses¹³⁰. Já o delito de apresentação de CRLV falso à polícia Rodoviária da União, órgão da União, compete à Justiça Federal, já que praticado contra serviço de patrulhamento ostensivo das rodovias federais¹³¹.

2.3. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO PELO PRÓPRIO FALSIFICADOR

O uso de documento falso pelo próprio falsificador configura um só delito (o de falsificação) em razão do princípio da consunção, devendo a competência ser determinada pela natureza do documento, independentemente do órgão ou ente lesado.

O uso de papéis falsificados, quando praticado pelo próprio autor da falsificação, configura *post factum* não punível, mero exaurimento do "*crimen falsi*", respondendo o falsário, em tal hipótese, pelos delitos de falsidade material (CP, arts. 297 e 298) ou falsidade ideológica (CP, art. 299). Exemplificando, no caso de falsificação de certificado de conclusão de curso de primeiro grau de estabelecimento particular de ensino, é irrelevante o fato de o documento falsificado haver sido posteriormente utilizado, pelo próprio autor da falsificação, perante repartição pública federal, pois, tratando-se de post factum impunível, não há como afirmar-se ca-

130 CONFLITO DE COMPETENCIA. FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO PUBLICO. INEXISTENCIA DE LESÃO A UNIÃO FEDERAL. - O DELITO DE FALSA IDENTIDADE COM UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO DE EXPEDIÇÃO EXCLUSIVA DO MINISTERIO DO EXÉRCITO, NÃO TEM O CONDÃO DE DESLOCAR A COMPETENCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL SE O USO DE TAL DOCUMENTO SE DEU PERANTE AUTORIDADES ESTADUAIS, NÃO HAVENDO, IN CASU, LESÃO AOS SERVIÇOS DA UNIÃO, SEUS BENS OU INTERESSES. - COMPETENCIA DO E. TJPR, ORA SUSCITADO. (STJ – CC4632/RS. 3.ª Seção - Diário da Justiça. Seção 1. 28/06/1993. p. 1284).

131 STJ – CC99105/RS, rel. Min. Jorge Mussi. 3.ª Seção. J. 16/02/2009.

racterizada a competência penal da Justiça Federal, eis que inexistente, em tal hipótese, fato delituoso a reprimir (LIMA, 2017, p. 442).

2.4. CRIME DE FALSIFICAÇÃO OU DE USO DE DOCUMENTO FALSO COMO MEIO PARA UM CRIME-FIM

Nesse caso o documento é falsificado visando atingir o objetivo do seu crime subsequente (crime-fim). Portanto, em razão do princípio da consunção, o crime-meio (falsificação e/ou uso do documento falso) é absorvido pelo crime-fim, sendo a natureza do documento irrelevante para a determinação de competência, caso em que a competência será determinada pelo sujeito passivo do crime-fim.

Assim, a falsificação do documento de identidade com o objetivo de fraudar benefício previdenciário perante o INSS atrai a competência da justiça Federal, enquanto a falsificação de Cadastro de Pessoa Física (CPF) para abertura de contas em banco privado atrai a competência da justiça estadual, vez que em ambos os casos o estelionato absorverá o falso, sendo a competência definida de acordo com a entidade lesada pelo crime-fim.

3. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO DE ORIGEM ESTADUAL POR PESSOA DE BOA-FÉ PERANTE ÓRGÃO FISCALIZADOR FEDERAL: ATRIBUIÇÃO E COMPETÊNCIA

Conforme verificamos alhures, a atribuição para apuração de crime de uso de documento falso perante órgão fiscalizador federal é da polícia federal, sendo a competência para julgamento da justiça federal, conforme entendimento pacífico estabelecido pela Súmula 546-STJ. Ocorre que, como já bem demonstrado acima, caso o apresentante esteja de boa-fé, não tendo o conhecimento da falsificação, estará afastado o dolo e consequentemente inexistirá o próprio ilícito de uso de documento falso. Nesse caso, restará apenas a apuração da falsificação. Assim, a atribuição para apuração do crime de falsificação de documento expedido por órgão estadual será da polícia civil do local do fato, com competência para julgamento da justiça estadual.

A título de exemplo, podemos citar a apresentação de Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV falso perante agente da Polícia Rodoviária Federal.

Caso fique evidenciado na entrevista com o apresentante que este possuía conhecimento da falsificação estará caracterizado o uso de documento falso, devendo ser dada voz de prisão e o agente ser conduzido para a polícia federal para lavratura do competente Auto de Prisão em Flagrante.

No entanto, caso evidencie-se, na entrevista e de acordo com a reação do apresentante, que não tinha conhecimento da falsificação e que a apresentação do documento se deu de boa-fé, o documento deverá ser apreendido e colhidos os dados da vítima, devendo ser encaminhado o caso à polícia civil para investigação da falsificação por meio de inquérito instaurado por portaria.

Caso os fatos sejam encaminhados equivocadamente para a polícia federal, diante da não caracterização do uso do documento falso em virtude de estar o apresentante de boa-fé, poderá o delegado de polícia federal que atender o caso: a) instaurar inquérito por portaria e, após ouvir a vítima, deverá relatar o inquérito solicitando o declínio de competência; ou, b) colher as declarações da vítima e, em seguida, encaminhar os fatos ao Superintendente Regional ou ao chefe da delegacia descentralizada para que sejam os documentos enviados por ofício à Secretaria de Segurança Pública.

Destaca-se que o delegado de polícia federal deverá buscar adotar a medida que seja mais eficiente, buscando facilitar a investigação a ser desenvolvida no órgão estadual de persecução penal, de forma a, obedecendo os preceitos de legalidade, propiciar uma rápida atuação estatal na busca pelo autor do delito, possibilitando célere colheita de provas.

CONCLUSÕES

Com o presente estudo foi possível apresentar algumas noções relevantes sobre o crime de uso de documento falso, notadamente quanto a ausência de dolo na apresentação do documento. Com isso, foi possível verificar que a inexistência de conhecimento do falso pelo apresentante de boa-fé tem como consequência a inexistência do crime de uso de documento falso, restando apenas a falsificação. Analisamos, ainda, as questões relativas à competência nos crimes de falsificação de documento e uso de documento falso, chegando às quatro possibilidades levantadas pela doutrina e pela jurisprudência. Por

fim, analisamos a questão da atribuição e da competência no viés do apresentante de boa-fé quando o órgão fiscalizador pertence à esfera federal.

Tudo isso exposto, concluímos que a) caso o órgão fiscalizador seja federal e se verifique a má-fé do apresentante, a atribuição para apurar será federal, sendo competente para julgar a justiça federal, tendo em vista o crime de uso de documento falso lesando o serviço da União; e, b) caso o órgão fiscalizador seja federal e verifique em entrevista e pela reação do apresentante que este não possuía conhecimento da falsificação e apresentou o documento de boa-fé, inexistente o crime de uso de documento falso, restando apurar apenas a falsificação do documento, sendo atribuição da polícia civil e competência da justiça estadual.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BRITO, Leonardo Toscano de. **Uso de documento falso em fiscalização federal. Condução do autor do crime à autoridade policial mais próxima, estadual ou federal, e o objetivo de preservar a integridade do flagranteado**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 26 dez 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46025/uso-de-documento-falso-em-fiscalizacao-federal-conducao-do-autor-do-crime-a-autoridade-policial-mais-proxima-estadual-ou-federal-e-o-objetivo-de-preservar-a-integridade-do-flagranteado>. Acesso em: 26 dez. 2019.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Dizer o direito**, Manaus. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/10/sc3bamula-546-stj.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.
- _____. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. – 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

- DELMANTO, Celso. [et al.]. **Código penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva.
- GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- _____. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- LOPES, Pedro Roberto Meireles. **Breve estudo sobre a atribuição para apuração e competência para julgamento de crimes contra o patrimônio do banco postal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5631, 1 dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68943>. Acesso em: 26/12/2019.
- MACHADO, Costa. [et al.]. **Código penal interpretado**. 7. ed. Barueri, SP: Manole, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- _____. **Curso de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212 do Código Penal**. Rio De Janeiro: Forense, 2017.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **Competência criminal da Justiça Federal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 324, 27 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5232>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

CRIMES COMETIDOS POR MEIO DA INTERNET. DARK WEB: O SUPLÍCIO VIRTUAL

*Marcelo Augusto Lourenço de Gouveia Reis*¹³²

*Alderico Kleber de Borba*¹³³

INTRODUÇÃO

A evolução da humanidade é constante. Há pouco mais de meio século, nem se cogitava tamanha tecnologia a nossa disposição. A internet é hoje considerada um direito fundamental que resguarda o acesso à informação e a liberdade de expressão, como pontuam os doutrinadores Paulo José Freire Teotônio, Gabriel Vinícius de Souza e Giovana Silveira e Costa:

[...] o reconhecimento da Internet como direito fundamental decorre da própria evolução histórica do direito, tendo sua mutabilidade um cunho internacional e inerente ao homem, alterando-se a realidade das necessidades sociais. É por meio da própria Internet

132 Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior de São Gotardo.

133 Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Processual PUC/MG. Graduado em direito pelo Uniaraxá. Advogado. Atualmente é Procurador da Câmara Municipal de São Gotardo/MG e professor do curso de Direito do Centro de Ensino Superior de São Gotardo-CESG.

que a sociedade encontra um fim em si mesmo, logrando propensão de desenvolvimento intelectual, integração de culturas e expansão de esforços que concatenem uma inclusão social cidadã e educacional dos povos de forma sólida e concreta (TEOTÔNIO, 2020, s. p.).

Em tempos de globalização, a internet se mostra como uma ferramenta indispensável. Sua comodidade, celeridade e praticidade ajudam diariamente uma infinidade de pessoas ao longo de todo o globo. Seja do ponto de vista empresarial ou de entretenimento.

Certamente, com o melhoramento e avanço em, por exemplo, um sistema de segurança, por consequência, haverá também uma evolução criminosa para burlar tal mecanismo. E esse jogo é constante. Sendo assim, por mais que a humanidade evolua para o bem, o mal também evoluirá categoricamente.

Hoje, segundo Alesandro Gonçalves Barreto e Hericson dos Santos, a doutrina identifica a internet em três divisões *Surfêce Web*, *Deep Web* e *Dark Web*.

Surfêce Web, ou internet comum, àquela com livre acesso, onde qualquer pessoa consegue facilmente utilizar.

Deep Web, é caracterizada doutrinariamente por quatro características básicas, sendo elas: descentralização, anonimato, segurança e o código aberto.

Dark Web, é uma subdivisão da *Deep Web*. Possivelmente a mais aterrorizante de todas, e claro, a que possui a maior dificuldade em seu acesso devido a sua criptografia, um convite para àqueles que possuem a mentalidade voltada para o cometimento de ilícitos (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 22-24).

Nesta esteira, assim como a internet, seus veículos de utilização evoluem gradativamente para acompanhar as necessidades da sociedade. A máquina computacional, funciona similar ao corpo humano, onde cada um de seus elementos possuem uma função vital para o funcionamento harmônico.

A internet acompanhada de seus veículos de utilização, quando direcionados para prática de ilícitos se tornam ferramentas de poder sem igual. Apesar de a grande maioria das pessoas saberem o que é certo ou errado, o que é crime e o que não é, boa parte delas são céticas quanto a esse tipo de assunto, não sabem ao certo do que se trata nem se preocupam em saber. Neste sentido, a grande preocupação quanto a este assunto é a pouca estrutura para apuração desses ilícitos no Brasil, a precariedade vai desde a apuração do delito até a legislação aplicável ao caso. Por isso, esses delitos devem ser perseguidos por entidades especializadas no assunto, ao passo que apesar de submersos nas profundezas da internet, não passam despercebidos no crivo da justiça.

O estudo foi realizado utilizando-se de análise documental e bibliográfica em artigos, livros, documentários e na legislação de regência da matéria.

1. SURFACE WEB, DEEP WEB E DARK WEB

A doutrina atual, conforme cita os especialistas Alesandro Gonçalves Barreto e Hericson dos Santos, divide a internet em duas, sendo elas: *Surface Web* e *Deep Web*, por sua vez, esta última acrescenta-se uma subclassificação, a *Dark Web*, cada uma com suas particularidades e níveis de acesso caracterizados por uma complexidade gradual.

De forma conceitual, inúmeros pesquisadores utilizam-se da clássica imagem de um *iceberg* para diferenciar a proporção dessas redes, vez que, essa analogia é feita no sentido de que a parte da superfície do bloco de gelo é equivalente a *Surface Web*, enquanto a que o restante, ou seja, a parte submersa, oculta, equivale a *Deep Web* e, ainda, a de se falar em um ponto mais baixo e obscuro, que é representado pela *Mariana's Web*, fazendo referência direta à chamada Fossa das Marianas.

¹³⁴ Observa-se:

134 A Fossa das Marianas é o local mais profundo de todos os oceanos. Com uma profundidade de 11.034 metros, é um dos locais menos conhecidos do mundo.

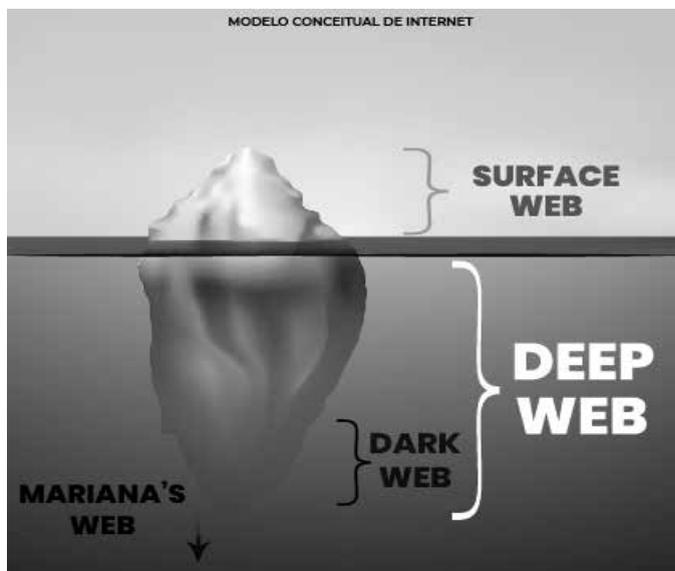


Figura 1 – Modelo Conceitual de Internet. ¹³⁵

1.1. SURFACE WEB

Embora alguns doutrinadores se arrisquem em estimar a proporção presente entre as redes, inexistem dados recentes que possam atribuir um valor exato a atual dimensão das *Web's*, por isso, ao citar *Michael K. Bergman*, o autor David Silva Ramalho, menciona que no ano de 2001, estabeleceu-se uma relação entre *Surface Web* e *Deep Web*, onde, esta seria cerca de quatrocentas a quinhentas e cinquenta vezes maior do que aquela. (SILVA RAMALHO, 2013 apud PAULA; STOLZ *et al.* 2013, p. 386)

Nesta senda, Paula Stolz compartilha o entendimento de David Silva Ramalho, sobre o conceito de *Surface Web* da seguinte forma:

[...] A *Surface Web* pode ser definida como a parte da Internet que é geralmente acessível através dos motores de busca, como sejam o *Google*, o *Bing* ou o *Yahoo!*, isto é, será o conjunto de páginas detectadas e escolhidas pelos motores de busca para integrarem os resul-

135 Adaptação feita pelo autor a partir de Designed by macrovector / Freepik.

tados de uma pesquisa (SILVA RAMALHO, 2013 *apud* PAULA; STOLZ *et al.* 2013, p. 386).

Em termos gerais, para efetivar o acesso na *Surface Web*, a simples busca de um termo digitado na barra de endereços de um navegador convencional remeterá o usuário a diversos resultados, ou seja, o direcionará ao conteúdo indexado ao termo empregado na pesquisa.

1.2. DEEP WEB

A conceituação do termo *Deep Web* ainda é bem recente, contudo, nos anos 90, estudiosos já citavam em suas pesquisas o termo *hidden web*, ou rede escondida. Assim, como lecionam Alesandro Barreto, Hericson dos Santos, “no ano de 1994 o *Dr. Jill Ellsworth*, mencionou pela primeira vez a expressão ‘rede invisível’ para se referir ao conteúdo de informação ‘invisível’ para os mecanismos de busca convencionais”.¹³⁶ Deste modo, como representado na figura 1, considerando que a *Deep Web* possui cerca de quatrocentas e cinquenta a quinhentas vezes o tamanho da *Surface Web* e por isso a maior parte do conteúdo virtual está presente nas inúmeras redes que compõem o ciberespaço da *Deep Web*.

Nesta esteira, os professores Alesandro Barreto e Hericson dos Santos, mencionam, ainda, que o termo *Deep Web* foi utilizado pela primeira vez por *Michael K. Bergman*, ao relatar que os motores de busca convencionais “se limitam a apresentar aos usuários os resultados de busca apenas daquilo que está na superfície”. (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 22-24). Seguindo este pensamento, os autores citam *Michael K. Bergman* e explicam que:

[...] o autor representou graficamente sua ideia como sendo um barco onde a pesquisa do usuário é uma rede de pesca e os resultados são os peixes que ele consegue capturar. Segundo seu estudo, para ter acesso ao conteúdo “invisível” ou aos “peixes” maiores e mais raros, são necessárias outras técnicas; utilizar redes de pescas

136 JAHANKHANI, Hamid; WATSON, David Lilburn; ME, Gianluigi; LEONHARDT, Frank (eds.) 2010 *apud* *ibidem*; p. 22-24.

e equipamentos adequados para alcançar águas mais profundas, ou seja, a *deep web* (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 23).

A projeção da ideia de *Michael K. Bergman* (*Search Engines: Dragging a Net Across the Web's Surface*)¹³⁷, retrata a forma em que se dá as pesquisas realizadas por usuários comuns na *Surface Web* e também a necessidade de mecanismos específicos para o acesso à *Deep Web*. Desta forma, nota-se:



Figura 2 – Adaptação à “Search Engines: Dragging a Net Across the Web's Surface”.¹³⁸

137 THE JOURNAL OF ELECTRONIC PUBLISHING; K. BERGMAN, Michael. White Paper: The Deep Web: Surfacing Hidden Value. JEP, [s. l.], p. 3-4, ago. 2001. E-book.

138 Adaptação feita pelo autor a partir de https://br.freepik.com/vetores-gratis/barco-de-pesca-silhueta_744839.htm#page=1&query=barcos%20de%20pesca&position=0.

Destarte, como já mencionado, o acesso ao conteúdo presente na *Deep Web* deve ser feito por meio de mecanismos específicos, assim explica Paula Stolz, citando o Professor David Silva Ramalho, ao mencionar que:

[...] a *Deep Web* será aquela área da Internet que não é acessível através dos motores de busca e que é composta, entre outras, por páginas que poderão ter sido propositadamente excluídas dos resultados de pesquisas efetuadas em motores de busca; por páginas cifradas ou cujo acesso depende da introdução de uma palavra-passe, como *webmails* ou páginas de *Instant Messaging*, por páginas para as quais nenhum link exterior remete (e que, portanto, não são detectadas pelos *crawlers* dos motores de busca), bem como por páginas geradas de forma dinâmica ou simplesmente invisíveis para um motor de busca [...] (SILVA RAMALHO, 2013 *apud* PAULA; STOLZ *et al.* 2013, p. 386).

Há, na atualidade, uma diversidade de redes, que são de certa forma mecanismos capazes de levar o usuário em um mergulho nas profundezas da *Deep Web*, e um dos mais famosos e mais usado é a *The Onion Router*, popularmente conhecido pela sigla *TOR*. Neste sentido, dessume-se outrossim, que a rede *TOR* foi a propulsora da criminalidade presente na *Deep Web*, como menciona o Professor David Silva Ramalho, “pouco tempo após a sua disponibilização, assim, *TOR* viu surgir diversos *websites* secretos, dedicados a todo o tipo de criminalidade” (SILVA RAMALHO, 2013 *apud* PAULA; STOLZ *et al.* 2013, p. 390).

Nesta senda, inúmeras páginas com conteúdo ilícito começaram a circular pela *Deep Web*, os mais diversos tipos de mercados, como os de drogas ilícitas, armas e explosivos, pornografia infantil, etc, fazendo surgir a então denominada *Dark Web*.

1.3. DARK WEB

Em um primeiro momento, é necessário observar a distinção entre os termos *Dark Web* e *Darknet*:

[...] antes uma rede virtual estabelecida entre vários utilizadores, inacessível a terceiros e que funciona através de uma rede de tele-

comunicações pública, neste caso a Internet, que visa a partilha de informações e ficheiros em formato digital sem, contudo, permitir que, quer os endereços de IP dos seus membros, quer o teor das comunicações entre si estabelecidas, possam ser descobertos (SILVA RAMALHO, 2013 *apud* PAULA; STOLZ *et al.* 2013, p. 394).

Para ilustrar, o autor da distinção descreve um exemplo para ilustrar a diferença entre tais nomenclaturas, ao dizer que:

Pense-se, por exemplo, na existência de um grupo de indivíduos de várias nacionalidades que se conhecem, confiam uns nos outros, e decidem partilhar imagens de pornografia infantil em formato de *peer-to-peer* uns com os outros, sem que qualquer outra pessoa possa aceder a esses dados, estabelecendo para tal uma rede de partilha privada – neste caso estaremos perante uma *Darknet* na *Dark Web* (SILVA RAMALHO, 2013 *apud* PAULA; STOLZ *et al.* 2013p. 394).

A *Dark Web* está localizada nas profundezas da *Deep Web*. Um local onde a criminalidade ocorre de forma desenfreada, onde é possível localizar centenas de milhares de páginas de comércio ilegal, como o de drogas, àqueles destinados a venda de pornografia infantil, comercialização de espécies de animais em extinção, e até mesmo dispositivos para uso militar.

Ademais, para que o usuário possa encontrar esse tipo de material, deverá ter o conhecimento de que o acesso à essa rede é progressivamente mais difícil, na medida em que se aproxima do nível mais fundo, a chamada *Mariana's Web* (SILVA RAMALHO, 2013 *apud* PAULA; STOLZ *et al.* 2013p. 393), ou seja, a gravidade em que se mede o conteúdo ilícito encontrado é medida de acordo com a sua dificuldade de acesso, assim como mencionado pelo Professor David Silva Ramalho.

Para a efetivação das compras de materiais ilícitos e para que se pudesse manter o anonimato dos usuários nas transações pela *dark Web* o uso da *cifromoeda* conhecida mundialmente por *Bitcoin* se tornou uma das principais ferramentas nesse tipo de prática, devido ao fato de não estar ligada uma instituição financeira, logo, não poderá haver a identificação de seu portador.

O fato é que, diante do anonimato do usuário nesta rede e pela dificuldade de acesso à mesma, a apuração desses delitos fica de certa forma prejudicada, pelo fato de ainda haver muita desinformação sobre a cibercriminalidade, e claro, poucas entidades realmente capacitadas para promover de forma célere e precisa uma investigação nessas redes, ao passo que há a dificuldade de até mesmo identificar o tipo em que os ilícitos se enquadrariam.

2. CRIMES CIBERNÉTICOS

Os crimes praticados no meio virtual possuem diversas denominações, pelo fato de não haver um consenso sobre qual a melhor nomenclatura a ser utilizada para a classificação destes. Devida a complexidade das situações encontradas no ambiente virtual, a forma como se classificam tais delitos deve ser tratada com muita atenção. Por isso, a utilização de um termo “raso” pode prejudicar seu entendimento na hora da apuração desse tipo de crime.

Por isso, o ideal é a adoção da nomenclatura crimes cibernéticos, fazendo com que se torne um gênero, onde este se ramifica em duas espécies, os crimes informáticos e os crimes cometidos por meio da internet, adotando assim, a devida diferenciação de ambos com a utilização de critérios mais objetivos nessa distinção.

No ordenamento jurídico pátrio, é possível visualizar alguns dispositivos legais que protegem e regulam o acesso seguro à Internet, sendo eles: O Marco Civil da Internet (MCI) – Lei nº 12.965/2014, a Lei nº 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann) e conseqüentemente, o Código Penal Brasileiro, devido a inserção dos artigos 154-A e 154-B advindos da Lei nº 12.737/2012.

O aumento dos crimes, relacionados ao mundo virtual no país, sempre foi gradual, a cada inovação tecnológica uma nova ferramenta para esse fim é criada, contudo, apenas quando esses delitos começaram a atingir figuras públicas e celebridades nacionais que surgiram as legislações direcionadas a este tema, como foi o caso da Lei nº 12.737/2012 e posteriormente a Lei nº 12.965/2014.

Desta feita, diante da incompletude legislativa e da complexidade na apuração do caso concreto que se mostra a dificuldade em chegar a uma

conclusão de forma célere. Por isso, como mencionado anteriormente, um dos principais fatores para que haja o mínimo de entendimento de cada matéria, deve ser o de diferenciação entre os termos utilizados nos então denominados Crimes Cibernéticos.

2.1. CRIMES INFORMÁTICOS

Como dito outrora, a Lei nº 12.737/2012 – Lei Carolina Dieckmann veio para acrescentar ao Código Penal a modalidade de crimes informáticos, a qual estabeleceu a proibição expressa de invasão de *dispositivos informáticos*, conforme é possível observar no *caput* do artigo 154-A do Código Penal.

O texto trazido pelo artigo mencionado, mostra que o bem jurídico tutelado é o da liberdade individual, pois, conforme destaca Cezar Roberto Bitencourt, “a proteção de dados e dispositivos informáticos e, especialmente, dos conteúdos que armazenam é uma exigência fundamental da atual vida social informatizada, que deve ser respeitada como princípio de ordem pública” (BITENCOURT, 2019, p. 662).

Ademais, cabe ressaltar que a proteção penal aqui não se trata da rede mundial de computadores e da privacidade individual, seja pessoal ou profissional da vítima, conforme descreve o Professor Cezar Roberto Bitencourt. Este, por sua vez, classifica o objeto material deste delito como sendo os dispositivos informáticos alheios, estando ou não conectados a uma rede (BITENCOURT, 2019, p. 662). Logo, como é possível notar, o texto legal é claro ao mencionar que para a efetivação do delito é necessária a “invasão de dispositivo informático alheio,” ou seja, o simples fato de utilizar-se de um computador para a prática de um delito, por si só pode não ser considerado crime informático.

Diante da necessidade de diferenciar esses delitos, vislumbra-se que “nos crimes em que há a infringência à inviolabilidade da informação automatizada serão chamados de *crimes informáticos próprios*.” Por outro lado, quando um computador serve como instrumento para a execução de crime, mas, que não ofenda o bem jurídico citado anteriormente, terá sua denominação como sendo *crimes informáticos impróprios*, ou seja, crimes cometidos por meio da internet (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 29).

Os crimes informáticos próprios, possuem legislação específica para sua tipificação, o que de certa forma, facilita um pouco a apuração desses delitos, o que de fato, não ocorre nos crimes cometidos por meio da internet, ou crimes informáticos impróprios.

Ademais, o fato de não ter uma legislação específica para a apuração desses delitos, não impede a autuação dos mesmos, vez que, esses crimes já estão tipificados em legislações esparsas, como por exemplo, no Código Penal, na Lei nº 11.343/06, Estatuto da Criança e Adolescente, dentre tantas outras.

Seguindo esse pensamento, os autores Alesandro Barreto e Hericson dos Santos, explicam que:

A legislação pátria brasileira possui diversos normativos que, muito embora anteriores até mesmo ao advento da internet, podem ser utilizados para dar suporte às investigações que se processam em razão de delitos cometidos no ambiente virtual. Podemos citar como exemplo o tráfico de drogas ou o abuso e a exploração sexual infantojuvenil na *deep web*, crimes já tipificados em leis próprias há tempos. O ambiente cibernético, nesse caso, é apenas um meio para a prática delitiva, não havendo necessidade, portanto, de outra lei para tipificar tais comportamentos (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 98-100).

Os autores Túlio Viana e Felipe Machado demonstram que a gama de crimes cometidos no âmbito virtual é extremamente vultuosa e conseqüentemente a problemática na resolução desses delitos, na maioria das vezes, torna-se prejudicada, devido a diversos fatores, como a garantia de privacidade dos usuários, *softwares* que mascaram o uso e, claro, a rede em que esses crimes são cometidos (VIANA, MACHADO, p. 34). E Alesandro Barreto e Hericson dos Santos entendem que há uma grande limitação presente na apuração desses delitos, onde mencionam que “atribuir autoria delitiva é um desafio para os integrantes da polícia judiciária, em razão da oferta de inúmeros serviços garantidores de privacidade, notadamente na *Deep Web*” (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 98-100).

Nesta senda, destacam-se as mais variadas formas utilizadas para o cometimento de ilícitos no meio virtual, afinal, é nessa modalidade de cri-

me cibernético que pode ser observada a maior parte desses delitos. Claro que diante da imensidão de possibilidades delituosas, torna-se inviável a menção detalhada de todos esses delitos, devido a limitação temática traçada no presente trabalho.

Faz-se mister evidenciar, bem como apontar as limitações na apuração delituosa dos crimes mais recorrentes nessa modalidade, qual seja, dos crimes cometidos por meio da internet, especialmente aqueles que se consumam por meio da utilização das ferramentas presentes na *Deep Web*, ou seja, a *Dark Web*. Como principais exemplos desses delitos, podemos citar os crimes de tráfico de drogas, tráfico de armas de fogo e medicamentos, disseminação de pornografia infantil, o *ransoware* ou sequestro digital e até mesmo instigação e auxílio ao suicídio.

3. DA APURAÇÃO DELITUOSA

Não é surpresa para ninguém que com a atual situação mundial, devido a pandemia causada pelo vírus COVID-19, a modalidade de *cibercrime* tenha aumentado de forma gradual. Afinal, com o isolamento social diversas empresas e órgãos públicos aderiram ao trabalho remoto, o que acaba por se tornar um excelente alvo para o ataque de criminosos. Ademais, os meios necessários para apuração dos crimes cometidos no mundo virtual, em grande parte, não alcançam um desfecho condizente com a conduta cometida. Isso acontece por inúmeros fatores que influenciam no momento da aplicação da legislação vigente.

Assim como em crimes cometidos fora do âmbito virtual, a aplicação do Código de Processo Penal é inevitável, devendo ser respeitados todos os tramites processuais condizentes com o delito a ser apurado. Contudo, devida a magnitude do mundo cibernético, bem como, a complexibilidade no seu entendimento, há uma limitação lógica em sua apuração.

Em um primeiro momento, como em qualquer outro delito cometido fora do âmbito virtual, o Código de Processo Penal dita algumas normas a serem seguidas, a fim de que haja a melhor aplicação dos direitos e garantias do indivíduo, bem como, o cumprimento do dever legal, seja do ente estatal ou do agente infrator. Contudo, os delitos praticados na *Deep Web* e *Dark Web* dependem muito mais de mecanismos especializados para a incursão investigativa, uma vez que, na *Surface Web*, meios

como *print screen*, certidão do escrivão de polícia, ata notarial, cooperação policial internacional, plataformas disponibilizadas pelas aplicações de internet e ofício da autoridade policial, são meios aceitáveis de preservação de evidências (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 115-118).

O fato é que, para a apuração dos crimes cometidos âmbito da *Deep Web/ Dark Web* exige-se do ente investigativo um vasto conhecimento informático, onde o menor deslize compromete anos de investigação. Meios comuns para atribuição de autoria delitiva, tais como: requisição de dados cadastrais, quebra de sigilo ou interceptação telemática, não funcionam muito além da *Surface Web*.

Apesar da limitação lógica, na atualidade há alguns mecanismos que a depender do delito, com a sua utilização de forma correta, podem fazer com que a persecução penal chegue a um final. Para isso, destaca-se o instituto da infiltração de agentes policiais no âmbito cibernético, bem como a *Network Investigative Technique – NIT*, ou técnica de investigação de redes.

A contento, a infiltração de agente policiais no geral é uma técnica especial advinda da investigação e tem como principal característica a atuação de forma dissimulada e sigilosa, ou seja, o agente policial trabalhará de forma a ocultar sua real identidade, seja por meio da investigação presencial ou virtual. O principal objetivo da infiltração é a localização de fontes de provas que consequentemente levarão a elucidação do delito e a identificação do criminoso ou de um grupo de criminosos, conforme explica o Delegado de Polícia Henrique Hoffmann (HOFFMANN, 2020, s. p.).

A categoria de infiltração policial no meio cibernético é permitida em basicamente três modalidades de delitos, conforme o artigo 190-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam: o abuso e exploração sexual infantil, os crimes contra a dignidade sexual e os crimes de invasão de dispositivo informático, devendo ser respeitadas os meios para a realização de tal procedimento, com vistas, não será permitida a infiltração do agente no caso em que as provas possam ser admitidas por outros meios. Por conseguinte, a *Network Investigative Technique – NIT*, ou técnica de investigação de redes, pode ser utilizada por meio de um *malware* que depois de inserido na rede do usuário alvo, valer-se-á de vulnerabilidades do seu sistema podendo até romper o anonimato do suspeito.

A técnica de investigação de redes é uma das principais ferramentas utilizadas na atualidade para a apuração de delitos cometidos no âmbito da

Deep Web e da *Dark Web*. Devida à forma como é introduzida nessas redes, a coleta de dados e a quebra do anonimato dos usuários podem elevar a investigação a outro patamar. Contudo, no Brasil a utilização desta técnica depende de autorização judicial, vez que:

A NIT – Técnica de Investigação de Redes – é empregada, mediante autorização judicial, para instalação de *software* em dispositivo informático de terceiro, com o intuito de obtenção de registros de conexão, endereço MAC, sistema operacional, nome de usuário e do *host*, arquivos armazenados, histórico de navegação e outras informações necessárias à atribuição de autoria e materialidade delitiva (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 125-126).

Ademais, se igualando a infiltração de agentes policiais no meio virtual, para a realização de técnica de investigação de redes, deverá estar evidenciado que “a prova não pode ser demonstrada por outros meios; há indícios razoáveis de autoria e participação em infração penal e; o fato investigado constitui infração penal punida com reclusão” (BARRETO; SANTOS, 2019, p. 128).

Vale salientar, ainda, que esses mecanismos devem ser empregados de forma condizente com a situação, pois, a utilização dessas técnicas questiona a ética e a moral, pelo fato de utilizarem de ferramentas ardis com a justificativa de promover a segurança pública, vez que, “a legitimidade das operações nas quais agentes policiais praticam crimes com o objetivo precípuo de combater a criminalidade, encontra, ao que parece, um contrassenso” (SILVA, 2017, p. 75).

Nesta senda, denota-se que não há muitos meios para que a condução de uma investigação de delitos cometidos na *Deep web/Dark web* seja no mínimo razoável, ora, a utilização dessas ferramentas deve ser em último caso, o que, em tese, prejudica a velocidade da persecução penal. Pois, apesar de serem considerados os melhores meios investigativos para essa modalidade de crime, falta aparato legal para regulamentar sua utilização de forma que se possa extrair o máximo dessas técnicas.

Diante disso, mesmo com essas técnicas relativamente eficazes na apuração dessa modalidade de delito, vale salientar que a forma em que o mundo tecnológico avança é catastroficamente maior do que o avanço

do processo legislativo. Conforme menciona a especialista Beatriz Meneghel Chagas Camargo, “vivemos em tempos de inflação legislativa” (CAMARGO, 2012, s. p.).

O Processo Legislativo tem por natureza a sua morosidade, onde em determinados casos um projeto de lei pode tramitar por vários anos, e por outro lado temos a tecnologia, que mostra grandes avanços a cada dia. O fato é que há uma disparidade enorme entre um elemento e outro, fica impossível legislar de acordo com a evolução tecnológica. Corroborando com esse entendimento Alesandro Barreto menciona:

Um projeto de lei, por mais rápido que trâmite nas casas legislativas, demora anos até sua entrada em vigor. Em contrapartida, a criação de novas tecnologias ocorre a todo instante, dificultando, por vezes, o acompanhamento até mesmo pelos usuários (BARRETO, 2020, s. p.).

Sendo assim, essa limitação legislativa que há em nosso ordenamento jurídico, face aos delitos cometidos no meio cibernético é o retrato de uma sociedade leiga que na maioria das vezes fecha os olhos para esse mundo. Um mundo que, para alguns, é mera ficção. Um mundo que, por transparecer termos e meios complexos para o entendimento comum, passa a impressão de que é simplesmente ignorado por quem deveria ser o guardião dos direitos e precursor das normas regulatórias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, o ordenamento jurídico pátrio detém um imenso arcabouço de normas penais incriminadoras, as quais descrevem condutas e impõe sanções. Em contraponto, a criminalidade no meio cibernético apresenta de forma demasiada um avanço fora do controle, vez que, o papel do Estado como repressor dessas condutas tem-se mostrado insuficiente na contingência desse tipo de atuação criminosa.

Compreender o avanço tecnológico não é tarefa fácil, e por isso a maioria esmagadora das pessoas simplesmente aderem a novas tecnologias sem sequer conhecê-las. Esse desconhecimento é, sem dúvidas, o princí-

pal fator de vulnerabilidade, uma vez que, o desconhecimento não assola apenas os cidadãos comuns, mas também os operadores do direito.

Nesse diapasão, entender como se dá o funcionamento da *Deep Web*, *Dark Web* e até mesmo da *Surface Web*, é crucial para todos aqueles que navegam na internet, mesmo que de forma casual. De fato, a *Deep Web* e a *Dark Web* estão intimamente ligadas as práticas de delitos, tais como tráfico de drogas ilícitas, tráfico de armas de fogo, disseminação de pornografia infantil, dentre tantos outros. Isso se dá pelo fato de que essas redes garantem que o seu usuário navegue de forma anônima, fazendo com que a prática desses delitos no meio virtual, seja mais fácil do que de forma presencial. A *Deep Web*, é taxada, na maioria das vezes, como sendo um território obscuro e inexplorado, sendo propício apenas para a prática de ilícitos.

Contudo, a *Deep Web* vai além disso, pois, como mencionado outrora, esta rede por garantir o anonimato de seus usuários, garante também que pessoas que vivem em países repressivos façam valer sua liberdade de expressão. Assim, a criminalidade não está presente na rede propriamente dita, vez que, se um usuário tem tendências a prática de delitos, o mesmo o fará em qualquer lugar, ou seja, a maldade não está na rede e sim no seu usuário.

Evidentemente, os usuários que tendem a cometer ilícitos no âmbito virtual estão em sua grande maioria concentrados na *Deep Web* e na *Dark Web*, pelos motivos já mencionados neste trabalho. Denota-se que, diante da atual realidade, há, de certa forma, uma omissão estatal no sentido de regular práticas investigativas, na capacitação de agentes, bem como na elaboração de textos legais direcionados para essa modalidade de delito.

De fato, o caminho a ser percorrido não é nada fácil, mas, ignorar o problema só o tornará maior e, em algum momento a situação perderá totalmente o controle. No mais, deve-se atentar a realidade dos fatos, sendo que apesar dos crimes serem virtuais, as vítimas são de carne e osso.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alesandro Gonçalves. Projetos de Lei criminalizando o jogo baleia azul: utilidade para a investigação policial? **Direito e TI**, [S. l.], p. s/n, 27 jun. 2017. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/>

artigos/projetos-de-lei-criminalizando-o-jogo-baleia-azul-utilidade-para-a-investigacao-policial/. Acesso em: 25 ago. 2020.

BARRETO, Alesandro; SANTOS, Hericson dos. **Deep Web, Investigação do Submundo da Internet**. São Paulo: Brasport, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 10^a. ed. [S. l.]: Saraiva Jus, 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [S. l.], 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 jul. 2020.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. Processo legislativo: mecanismos de aceleração e de qualificação. **Âmbito Jurídico**, [S. l.], p. s/n, 1 dez. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/processo-legislativo-mecanismos-de-aceleracao-e-de-qualificacao/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. The Playpen Cases: **Frequently Asked Questions**. EFF, [S. l.], p. s/n, 24 ago. 2020. Disponível em: <https://www.eff.org/pt-br/pages/playpen-cases-frequently-asked-questions>. Acesso em: 24 ago. 2020.

HOFFMANN, Henrique. Academia de Polícia: Lei nº 13.441/17. Instituiu a infiltração policial virtual. **Consultório Jurídico**, [S. l.], p. s/n, 16 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/academia-policia-lei-1344117-instituiu-infiltracao-policial-virtual#:~:text=A%20infiltração%20policial%20consiste%20em,localizar%20fontes%20de%20prova%2C%20identificar.> Acesso em: 24 ago. 2020.

PAULA STOLZ, Fernanda *et al.* **Revista de concorrência e regulação: a investigação criminal na Dark Web**. Portugal, ano IV, n. 14/15, 2013. p. 383-423.

SILVA, Ingryd Martins. **A infiltração policial como técnica especial de investigação no ambiente cibernético**. 2017. Monografia

(Bacharel em Direito) – Universidade Federal Fluminense Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé Departamento de Direito, Macaé, 2017.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire; SOUZA, Gabriel Vinicius de; COSTA, Giovana Silveira e. Internet como um direito fundamental. **Lex Magister**, [s. l.], [s. d.]. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27907521_A_INTERNET_COMO_UM_DIREITO_FUNDAMENTAL.aspx. Acesso em: 12 mar. 2020.

VIANA, Túlio; MACHADO, Felipe. Dos pressupostos conceituais. In: _____. **CRIMES Informáticos: de acordo com a Lei nº 12.737/12**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. cap. I.

DO CÓDIGO MELO MATOS À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UM ESTUDO SOBRE O MODELO SOCIOEDUCATIVO NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NO BRASIL

*Larissa Oliveira Machado*¹³⁹

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende fazer uma análise teórica do desenvolvimento da Justiça da Infância e da Juventude no Brasil, com enfoque no Título III – Da Prática de Ato Infracional, do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista o grande número de atos infracionais praticados e noticiados diariamente, no intuito de trazer à baila e elucidar esta matéria tão relevante para o Ordenamento Jurídico brasileiro, mas ao mesmo tempo também marginalizada. Parte-se da necessidade de proporcionar maior visibilidade ao Direito da Infância e da Juventude, bem como de seu histórico e de fatos relevantes que mudaram a legislação nacional, garantindo maior proteção aos meninos e meninas brasileiros.

Assim, o que se propõe é traçar uma linha do tempo expondo o caminho percorrido pela Justiça da Infância e da Juventude, desde o Código

139 Advogada, pós-graduada em Direito Penal.

Melo Matos, primeira legislação publicada no Brasil sobre esta temática, passando pelo Código de Menores, até chegar à Doutrina da Proteção Integral, que fundamenta o Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre o qual se fará um apanhado geral, tratando especialmente do título concernente à prática de ato infracional.

Em suma, o que se demonstrará é a importância do estudo da matéria proposta, a fim de que a sociedade como um todo possa cada vez mais ter ciência de sua responsabilidade de garantir a proteção de crianças e adolescentes, cobrando do Estado a adoção de medidas efetivas, afastando-os de meios e situações hostis.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO INFANTO-JUVENIL NO BRASIL

Para entender como chegamos ao atual modelo de legislação infanto-juvenil no Ordenamento Jurídico pátrio, necessária se mostra uma análise histórica da chamada “Justiça Juvenil” em nosso país. Até o final do século XIX, o Judiciário Brasileiro não fazia qualquer diferenciação entre adultos, adolescentes e crianças, quando, ao fim da década de 1880, os filhos de escravos alforriados e imigrantes recém-chegados passam a habitar os centros urbanos, criando um “problema social”. Surge aí a necessidade da inserção de políticas públicas nesse aspecto, inclusive penalmente.

Então, em 12 de outubro 1927, é publicado o Decreto nº 17.943-A, o “Código de Menores”, também conhecido como “Código Mello Mattos”, em alusão a José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, primeiro Juiz de Menores do Brasil e da América Latina, empossado em 2 de fevereiro de 1924. Tal certame tinha com fundamento a Doutrina do Direito Penal do Menor e consolidou as leis de assistência e proteção a menores.

Há que salientar que havia uma distinção entre os chamados “menores” ou “delinquentes” e as crianças e adolescentes, estes últimos, nascidos em famílias de poder aquisitivo elevado, caso transgredissem qualquer norma, eram submetidos a tratamentos psicológicos. Já os primeiros, muitas vezes órfãos ou nascidos em famílias com poder aquisitivo baixo, eram imputáveis, ou seja, em caso de transgressão, cumpriam pena, como se adultos fossem, eram vistos como sujeitos perigosos ou em risco iminente de o ser.

À primeira vista, o Código de Menores auferia um viés protetivo, porém, com o passar do tempo, sua aplicabilidade se revela de caráter controlador e extremamente higienista, como é possível observar no próprio artigo 1º do referido código, conforme demonstram Siro Darlan de Oliveira e Luis Fernando de França Romão (OLIVEIRA, ROMÃO, 2015, p. 15): “O menor, de um ou outro sexo, abandonado, ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste código.”.

Nestes termos ainda, as palavras da Professora Éllen Rodrigues (RODRIGUES, 2010, p. 56):

Nota-se, portanto, que o processo de urbanização e produção de mão-de-obra voltada ao sistema capitalista emergente no Brasil relaciona-se sobremaneira com as questões que afetavam as políticas voltadas à infância e adolescência à época. Se de um lado havia uma preocupação com o crescimento da nação e construção de mercados consumidores, por outro era preciso garantir os padrões de saúde necessários à manutenção dos núcleos urbanos. Logo, seja por preocupações higiênico-sanitárias, demográficas ou econômicas (mão-de-obra), as estratégias de controle infanto-juvenil se justificavam e interessavam aos agentes de poder, os quais trataram de organizar um discurso, calcado na defesa da sociedade e combate à delinquência, para convencer à sociedade de que a institucionalização das crianças e jovens era essencial e adequada.

Um caso emblemático que serviu como base para a diferenciação do tratamento legal entre crianças, adolescentes e adultos no Brasil, foi o ocorrido com o engraxate Bernardino, um adolescente de 12 anos que se irritou com um cliente, jogando-lhe uma lata de graxa. Como consequência, o menino foi preso em uma cela com mais de vinte adultos, onde foi brutalmente violentado. Tal caso, serve como exemplo até os dias atuais:

Em 1927, o Brasil ganhou o primeiro Código de Menores Maioridade penal

Casos que repercutiram na opinião pública, como o do menino Bernardino, levaram o presidente Washington Luís a fixar em 18 anos a idade mínima para prisão de infratores

Um engraxate de 12 anos se irritou, em 1926, com um cliente que se recusou a pagar por um serviço feito nas ruas do Rio de Janeiro. O menino Bernardino teria atirado tinta nessa pessoa, o que acabou rendendo a ele quatro semanas de prisão. Na cela, o garoto foi brutalmente violentado por 20 adultos, segundo notícia do Jornal do Brasil.

Os repórteres do jornal encontraram o menino na Santa Casa “em lastimável estado” e “no meio da mais viva indignação dos seus médicos”. A veiculação do caso causou uma polêmica forte na época e iniciou uma discussão pública que chegou às altas rodas do Congresso e também do Palácio do Catete, a então sede do governo federal. O presidente Washington Luís escolheu o dia da Criança (12 de outubro) para assinar o Código de Menores. Foi a primeira legislação específica para infância e adolescência no País. Uma das principais decisões foi a de que apenas os maiores de 18 anos de idade poderiam ser criminalmente responsabilizados e encarcerados.

Outro artigo fundamental do código proibiu a “chamada roda dos expostos”. Havia, na época, uma roleta embutida na parede externa de instituições de caridade que permitiam à mulher abandonar anonimamente o filho recém-nascido. Com o código, a mãe teria que registrar a criança e assim entregá-la a um orfanato. [Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/07/em-1927-o-brasil-ganhou-o-primeiro-codigo-de-menores>. Acesso em: 20mar2021]

Na década de 1970 (observa-se, durante a Ditadura Militar), o Código de Menores é reformado, passando a ter características paternalistas, esperava-se que o juiz agisse de forma repreensora, como um verdadeiro “pai”, embora as crianças e adolescentes ainda não tivessem direitos a princípios processuais basilares, como “Devido Processo Legal” e “Ampla Defesa”, sequer se falava em advogado para garantir a sua integridade.

Nesta época, havia uma forte cobrança do Estado com relação às famílias, a fim de que as crianças e adolescentes não chegassem às ruas. Acreditava-se na situação irregular da família, corroborada pela Doutrina Intermediária da Situação Irregular. Desta forma, segue o posicionamento

de Luiz Cavalieri Bazílio e Sônia Kramer (BAZÍLIO, KRAMER, 2006, p.151):

O Código de Menores de 1979, assim, se propôs apenas a atuar no problema, não descrevendo práticas preventivas que pudessem mudar o panorama em que se encontravam os que desejava tutelar, os quais, sabemos, eram filhos de trabalhadores ou miseráveis a quem a concentração desigual de renda condenou à pobreza. Se este grupo se encontrava em situação irregular, como determinava a lei, assim se encontrava não porque quisesse, mas devido a injustiças sociais existentes em nossa sociedade, que faz com que a maioria da população não disponha de recursos necessários para a manutenção de seus direitos fundamentais.

Souza (1983) esclarece, em seus estudos, que a tutela e a assistência veiculadas pelo Código de 1979 foram apenas jurídicas, não havendo nenhuma preocupação com a proteção social, omissão que gerou inclusive críticas de especialistas em direitos de menores.

Outro ponto relevante no tocante a esta lei e que também foi criticado, quanto à adoção da doutrina jurídica para sua concepção, foi a dotação de plenos poderes ao Juiz, sendo o ‘menor’ objeto da lei e da ação dos Juízes de Menores. Segundo tal determinação, qualquer pessoa, ao encontrar uma criança em situação irregular, poderia encaminhá-la diretamente ao Juizado, podendo o Juiz determinar o que lhe aprouvesse sobre seu destino.

Com a redemocratização e a vigência da Constituição Federal de 1988 (CF/88), além da forte influência da ONU/UNICEF, tratados internacionais de defesa dos direitos humanos e de proteção à criança e ao adolescente passaram a ter força de lei e grande importância no nosso ordenamento jurídico, como a “Convenção sobre os Direitos das Crianças”, também chamada de Convenção de Beijing, que entrou em vigor no Brasil em 23 de outubro de 1990, com Decreto nº 99.710/90 (RODRIGUES, 2017, p. 177).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, ratificado pelo artigo 4º do ECA, determina que a responsabilidade pelas crianças e adolescentes é do Estado, da família e da sociedade como um todo, frisando o seu caráter protecionista, de forma a garantir-lhes, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissio-

nalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Ademais, o artigo 228 da Constituição Federal dispõe ainda que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”.

Assim, chega-se à Doutrina da Proteção Integral, sedimentada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, que, de acordo com a Professora Éllen Rodrigues (2017, p. 184), visa o superior interesse da criança e do adolescente, que são sujeitos de direito e que necessitam de prioridade, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, cabendo ao Estado e à sociedade, o “mundo adulto”, garantirem “possibilidades isonômicas para o exercício de sua cidadania” (RODRIGUES, Éllen, 2017, p. 184). Nestes termos, ainda dispõe a Professora Éllen (RODRIGUES, 2006, p. 20):

É importante ressaltar, contudo, que a construção normativa trazida pelo sistema de proteção integral à criança e adolescente previsto no ECA, prima para que sejam observados os fins sociais e exigências do bem comum. Desta forma, podemos depreender que a essência teleológica do estatuto é protetiva, cujas medidas não visam a punir o adolescente, mas dar-lhe melhores condições e preparo para a vida. Tal objetivo é construído sob o mecanismo de medidas socioeducativas com natureza diversa das penas, sendo que tais medidas têm caráter pedagógico e visam à ressocialização e reeducação de adolescentes infratores, de forma que seu caráter expiatório tem alcance terapêutico voltado à formação do adolescente, no intuito de mostrar-lhe a reprovação social de sua conduta infratora, a qual é chamada de ato infracional, prevista no artigo 103 do ECA.

Publicada em 18 de janeiro de 2012, a Lei do Sistema Nacional de Atendimento ao Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa (Lei do Sinase), Lei nº 12.594/12, implicou nas mais recentes alterações sofridas pelo ECA, adequando o sistema socioeducativo à realidade brasileira, implementando medidas socioeducativas mais brandas, além de regulamentar detalhadamente o cumprimento da medida de internação,

que vem sendo aplicada com maior frequência, dado o aumento das práticas de atos infracionais que admitem tal medida.

2. DO ESTUDO DO ECA

O ECA tem como norte os seguintes princípios: Excepcionalidade, que determina que, dada a existência de cinco medidas socioeducativas mais brandas que a internação, esta deve ser a última ratio, quando a segregação do adolescente se torna uma necessidade imperiosa, visto que a sua liberdade se mostra uma ameaça à ordem pública. O princípio da Brevidade dispõe que a medida socioeducativa deve durar o tempo necessário para a ressocialização do adolescente e, de preferência, ser o mais breve possível, tendo em vista também o princípio da Atenção à Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento, que prima também pelos ensinamentos sócio-político-pedagógicos. E, por último, chegamos ao princípio da Proteção Integral, que visa o superior interesse da criança e do adolescente, que são sujeitos de direito que necessitam prioridade absoluta, cabendo ao Estado e à sociedade como um todo zelarem para que isto de fato aconteça, de acordo com Valter Kenji Ishida (ISHIDA, 2013, p. 289).

Assim, o ECA é dividido em três títulos na Parte Geral: Título I – Das Disposições Preliminares; Título II – Dos Direitos Fundamentais; Título III – Da Prevenção. E outros sete títulos na Parte Especial: Título I – Da Política de Atendimento; Título II – Das Medidas de Proteção; Título III – Da Prática de Ato Infracional; Título IV – Das Medidas Pertinentes aos Pais ou Responsável; Título V – Do Conselho Tutelar; Título VI – Do Acesso à Justiça; Título VII – Dos Crimes e Das Infrações Administrativas. Além das Disposições Finais.

Na Parte Geral, o ECA define os conceitos de criança e adolescente, ou seja, é criança todo indivíduo que conta com 12 anos incompletos e adolescente aquele que conta com 12 anos completos até dezoito anos incompletos.

Além disso, na Parte Geral, o ECA ainda dispõe os direitos fundamentais da criança e do adolescente, compilados nos artigos 3º e 4º, com amplo debate nos artigos seguintes, observe-se:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção

integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Cabe salientar ainda, para melhor compreensão da Parte Geral do ECA, a importância da diferenciação entre “família natural”, como sendo aquela formada pelos pais, ou um deles, e seus descendentes, podendo-se ampliar para a família extensa, e a “família substituta”, aquela através da qual o vínculo se constitui através guarda, tutela ou adoção.

São de extrema importância e também fortemente defendidos pelo ECA o direito das crianças e dos adolescentes de acesso à educação, es-

porte, lazer, profissionalização e à informação, o que também corrobora a existência do artigo 343 deste texto legal.

Neste aspecto, o ECA determina que deve haver uma articulação de ações governamentais e não-governamentais dos entes federativos a fim de promover uma política de atendimento aos direitos das crianças e dos adolescentes, com a criação de entidades de atendimento voltadas para orientação e apoio sociofamiliar, bem como instituições de acolhimento e de aplicação e regularização de medidas socioeducativas. Assim, o ECA prevê a existência de medidas de proteção às crianças e aos adolescentes que tiverem seus direitos violados quer seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão de sua conduta.

Às crianças que praticam atos infracionais análogos a crimes são aplicadas as medidas de proteção, com acolhimento em instituições apropriadas, após realização de estudo psicossocial.

3. DO ATO INFRACIONAL E DO MODELO SOCIOEDUCATIVO

O Estatuto da Criança e do Adolescente aborda a prática do ato infracional em seu Título III, que dispõe que nenhum adolescente será privado de sua liberdade, senão em flagrante ato infracional, sem o devido processo legal, sendo-lhes garantidos os princípios da ampla defesa e do contraditório.

A aplicabilidade das medidas socioeducativas é prevista no Capítulo IV. São suscetíveis à aplicação das medidas socioeducativas os adolescentes, 12 (doze) completos a 18 (dezoito) anos incompletos, e os jovens adultos com até 21 (vinte e um) anos de idade. Isto porque, caso o adolescente cometa o ato infracional às vésperas de completar dezoito anos, ainda terá o prazo de três anos para cumprir a medida socioeducativa.

O artigo 112 do ECA elenca as Medidas Socioeducativas aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei em seus incisos, conforme se observa nos próximos parágrafos. A medida socioeducativa de advertência consiste em uma admoestação verbal realizada pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude e reduzida a termo, que tem a finalidade de conscientizar o adolescente a respeito da infração cometida, com o intuito de evitar a

reincidência. Tal medida é aplicada em casos de ato infracional de pequeno potencial ofensivo.

A obrigação de reparar o dano é uma medida socioeducativa também aplicada em casos de ato infracional de pequeno potencial ofensivo com reflexos patrimoniais. Por exemplo, um caso de ato infracional análogo ao furto, em que o adolescente, por determinação do Juiz da Vara da Infância e da Juventude, devolve a res furtiva ou paga o preço necessário para consertar a coisa danificada.

A prestação de serviços à comunidade é uma medida socioeducativa em meio aberto, na qual, durante um período, determinado em sentença pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude e não superior a seis meses, o adolescente frequentará cursos profissionalizantes e realizará serviços assistenciais, de acordo com suas aptidões e em horário que não prejudique sua vida escolar. Compete ao Município a execução desta medida.

A liberdade assistida também consiste em medida em meio aberto, pelo prazo mínimo de seis meses, competindo ao Município a sua execução, nos moldes da Prestação de Serviço à Comunidade, porém se difere dessa última, pois, neste caso, haverá a figura de um orientador, responsável por acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente, promovendo-o socialmente, inserindo-o, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio ou assistência social supervisionando sua vida escolar e profissional e apresentando relatório periódico do caso à autoridade competente.

A semiliberdade é uma medida aplicável a casos mais graves, executada em meio fechado, onde o adolescente pode sair da entidade de atendimento para estudar e trabalhar, retornando ao referido estabelecimento. Pode ser determinada pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude desde a sentença ou como forma de transição para o meio aberto. Durante o cumprimento desta medida o adolescente tem o direito de receber visitas periodicamente e também de realizar saídas temporárias de final de semana, com o intuito de ressocialização e reintegração ao ambiente familiar. Compete ao Estado a execução desta medida.

A internação é a medida mais gravosa elencada pelo ECA, uma vez que priva totalmente o adolescente de sua liberdade. É a última *ratio* da Justiça Juvenil e está sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim,

tem duração máxima de três anos. De acordo com o artigo 122 do ECA, a internação só poderá ser aplicada em casos de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, por reiteração de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente determinada, a também chamada “Internação Sanção”. O adolescente em conflito com a lei cumprirá tal medida em Centro Socioeducativo, mantido pelo Estado.

Realizado um apanhado geral das medidas socioeducativas elencadas pelo ECA, parte-se para um estudo mais aprofundado da medida socioeducativa de internação, por ser a mais complexa, regulamentada pela Seção VII, do Capítulo IV, Título III do ECA.

Primeiramente, existem diferentes formas de internação: provisória, sanção e a determinada em sentença pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, sendo esta a mais conhecida pelo senso comum.

A internação provisória consiste na privação da liberdade do adolescente pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, período razoável de durabilidade da ação de Apuração de Ato Infracional. O adolescente ficará acautelado no Centro Socioeducativo, em ala separada daqueles que já foram sentenciados, durante a tramitação do processo de conhecimento. Isto porque há indícios muito fortes de sua autoria e materialidade do fato e o ato infracional foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. É comum a determinação da internação provisória em casos de flagrante ato infracional (ISHIDA, 2013, p. 296).

A internação-sanção é aplicada em casos de descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente determinada pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude. Tem o prazo máximo de 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente, nos autos de Execução, após ouvido o Representante do Ministério Público e a defesa do adolescente (ISHIDA, 2013, p. 296).

Enfim, transcorrido o devido processo legal, o Juiz prolatará sua sentença, na qual, poderá aplicar a medida socioeducativa de internação ao adolescente, como última hipótese, pois, havendo outra medida mais apropriada, esta deverá ser aplicada.

A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, ou seja, os Centros Socioeducativos, onde poderão dar continuidade às suas vidas escolares e, preferencialmente, farão cursos profissiona-

lizantes, sendo dever do Estado zelar pela integridade física e psicológica dos internos, cabendo-lhe adotar medidas adequadas de segurança e contenção, de forma que estão elencados no artigo 124 do ECA os direitos dos adolescentes que cumprem medida de internação.

Como demonstrado, a medida socioeducativa de internação é a última *ratio* da Justiça Juvenil e só deve ser aplicada em caso de ato infracional análogo a crime extremamente gravoso, como homicídio, estupro, roubo, latrocínio, entre outros (ISHIDA, 2013, p. 295). Nesta toada, quanto ao ato infracional análogo ao tráfico de drogas, cabe salientar que há uma grande divergência entre os entendimentos do STF e da doutrina em relação ao entendimento do STJ, isto porque, foi publicada em 2012 a súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe que “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.”.

De acordo com o entendimento do STJ, a medida de internação só é cabível em casos de tráfico de entorpecentes se o adolescente se enquadra no rol taxativo do artigo 122 do ECA, portanto, caberia apenas a hipótese de reiteração no cometimento de infração grave. Desta maneira, a corte convencionou que seria necessário que o adolescente praticasse ao menos três tráficos consumados para que pudesse ser submetido à medida em questão, um exemplo deste posicionamento é o voto do Ministro OG Fernandes no Habeas Corpus nº 236694 – PE, 2012/056350-7.

É possível observar, através da ementa abaixo, que o Supremo Tribunal Federal considera, em suma, a vida pregressa do adolescente para a determinação da medida socioeducativa, independentemente do seu número de passagens pela Vara da Infância e Juventude, ou seja, o STF não aplica o requisito da prática de pelo menos três atos infracionais gravosos com trânsito em julgado para a aplicação da internação por tráfico, conforme entendimento da Ministra Carmen Lúcia no Habeas Corpus nº: 121974/RJ 2014.

Os Ministros votaram, em unanimidade, com a relatora, denegando a ordem de Habeas Corpus e mantendo a sentença a quo, uma vez que o magistrado de primeiro grau demonstrou que medidas socioeducativas mais brandas, naquele caso concreto, seriam ineficazes para a ressocialização do adolescente em tela.

Há que se observar que o Direito da Infância e da Juventude deve ser tratado com bastante cautela, por versar sobre seres humanos em formação, principalmente no que diz respeito à prática de atos infracionais.

É necessário que as autoridades façam uso de medidas profiláticas, ainda que gravosas, a fim de evitar a reincidência e o maior envolvimento do adolescente com o meio criminoso e, muitas vezes, a lei não se mostra suficientemente eficiente para tanto, haja vista o aumento dos casos de atos infracionais. Isto posto, resta evidente a necessidade do Estado e também da sociedade como um todo prezarem pelo bem-estar das crianças e adolescentes, afastando-os de meios propícios à prática de condutas delitivas e prejudiciais para o seu desenvolvimento, tais como o tráfico e o uso de drogas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo estudo realizado, conclui-se que, ao longo da história, o Direito da Infância e da Juventude deve ser cada vez mais valorizado no cenário nacional, embora se observe o avanço da legislação pertinente aos direitos das crianças e adolescentes.

Atenta-se também para o fato de que tal legislação supramencionada deve ser colocada em prática de forma mais efetiva, através de ações da sociedade e do próprio Estado, como tem se discutido sobre a medida socioeducativa mais adequada quando da prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

É necessário, assim, que o futuro das crianças e dos adolescentes seja preservado e o afastamento de práticas criminosas é extremamente importante, através da garantia dos direitos previstos pelo próprio ECA, como o acesso à educação, esporte, cultura, lazer, profissionalização, entre outros.

REFERÊNCIAS

BAZÍLIO, Luiz Cavaliere. **Infância, Educação e Direitos Humanos**.

4ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2006.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Lei que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 15 mar 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 492**. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal, Jurisprudências. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 15 mar 2021.

CHAUÍ, Marilena. **Ética e Violência no Brasil**. In Revista Bioethikos, vol. 5, nº 4, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://saocamilosp.br/pdf/bioethikos/89/A3.pdf>. Acesso em: 11mar2021.

CRUZ, Edson. **Banalização do Mal**. In Revista PUC Minas. nº 12, Belo Horizonte: Fumarc, 2015.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **ECA Anotado e Interpretado**. 6ª ed. Paraná: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educa o, MPPR, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 7ª ed. vol.2. Niterói: Impetus, 2010.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 5ª ed. vol. 1. Niterói: Impetus, 2005.

História do combate às drogas no Brasil. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em 15mar2021.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 14^a ed., São Paulo: Atlas, 2013. ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 16^a ed., São Paulo: Atlas, 2015

JÚNIOR, Oswaldo Féfin Vanin. **Nova Lei de Drogas.** Disponível em: <https://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/169726864/a-nova-lei-de-drogas-lei-11343-06>. Acesso em 17 mar. 2021.

MARTINS, Mário Albino; BRAGA, Marcos Facchini Vieira; DUTRA, Vera Carmen d'Ávila. **Manual de Orientação de Aplicação de Medidas de Proteção e Socioeducativas.** Juiz de Fora: RR Donnelly Moore, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** Vol. 1, São Paulo, RT: 2012.

OLIVEIRA, Siro Darlan; ROMÃO, Luis Fernando de França. **A História da Criança por seu Conselho de Direitos.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

PINOTI, Antonio Jurandir. **Medidas sócio-educativas e garantias constitucionais.** Revista Igualdade XXIII. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_19_2_1_5.php. Acesso em 16mar2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Nota Geral.** Vol. 1, São Paulo, RT: 2010.

ROCHA, Marcelo C. A. **Súmula 492 do STJ: esperança para o ECA.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22502/sumula-492-do-stj-esperanca-para-o-eca>. Acesso em: 15mar2021.

RODRIGUES, Éllen Cristina. **A quem o ECA protege? O descompasso entre o discurso e a prática da Justiça Juvenil no Brasil.** Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2010.

_____. **Do Ato Infracional: um estudo de caso sobre medidas socioeducativas à luz da Teoria Funcionalista.** Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2006.

_____. **A justiça juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades.** 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** 2^a ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SENADO FEDERAL. **Quando nossas crianças também iam para cadeia.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/reportagem-especial/reportagem-especial/69507dab-07b0-471e-b-282-0e394c86b310>. Acesso em: 13 jan. 2021

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TANGERINO, Davi de Paiva. **Culpabilidade.** São Paulo: Saraiva, 2014.

TRÁFICO DE CRIANÇAS: ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith¹⁴⁰

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, têm sido observados grandes deslocamentos de grupos de pessoas que se veem forçadas a abandonar os seus locais de origem e, assim, encontram-se em grande vulnerabilidade ao tráfico de pessoas. (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, 2019). As principais motivações para tais deslocamentos são a guerras, perseguições étnicas e políticas ou fenômenos ambientais de grande proporção. Os informes das agências especializadas dão conta de que em 2019 foi registrado o maior número de pessoas em deslocamentos forçados já visto no mundo: 79,5 milhões de pessoas foram forçadas a abandonar seus lares. Isto significa 1% da população mundial (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2019).

Uma face cruel desses deslocamentos diz respeito às crianças, assim consideradas as pessoas com menos de 18 anos conforme artigo 1º da Convenção dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (1989). De acordo com a Agência da ONU para Refugiados, o número

140 Advogada. Pós-doutora junto ao Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora da Graduação em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado acadêmico) e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento na Amazônia (mestrado profissional) da Universidade Federal do Pará.

de crianças deslocadas em 2019 ficou entre 30 e 34 milhões, isto é, 40% do total de pessoas em deslocamento forçado no mundo. Os diagnósticos demonstram que as crianças em deslocamentos internacionais são muitas vezes detectadas realizando o deslocamento acompanhadas de seus pais ou responsáveis, mas também são encontradas se deslocando sozinhas, desacompanhadas ou separadas de seus pais e responsáveis. (UNICEF, 2016).

Segundo dados do UNICEF (2017) entre 2015 e 2016 foram registradas nas fronteiras de 80 países 300.000 crianças desacompanhadas e separadas dos responsáveis, sendo presas mais fáceis aos abusos e explorações cometidos por traficantes de pessoas. Estudos e diagnósticos produzidos especificamente sobre tráfico de pessoas informam que as principais vítimas são mulheres, crianças e adolescentes, especialmente em face das situações de vulnerabilização a que são submetidas. (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2018).

No Brasil e em Portugal também tem sido identificadas crianças em deslocamentos forçados internacionais, por vezes em situação de tráfico de pessoas. Considerando-se os laços históricos entre os dois países, torna-se importante a análise da questão de modo comparado, inclusive em face dos deslocamentos de crianças brasileiras para Portugal portando autorizações de viagem, o que as coloca em situação de vulnerabilidade, sem perder de vista que o estudo comparado constitui valorosa ferramenta de estranhamento jurídico e social que pode gerar melhor compreensão e ajuste do direito interno. (AGÊNCIA BRASIL, 2019; GUIA, 2019; MELLO, 2020; GODOY e RIBEIRO, 2020)

Diante do quadro, emerge a seguinte questão: em que medida os países pesquisados estão atuando para enfrentar o tráfico de pessoas e quais os instrumentos jurídicos possuem para realizar o atendimento adequado a crianças vítimas? Em face da complexidade do tema, realizou-se abordagem qualitativa, a partir da execução de pesquisa bibliográfica e documental para a produção das análises abaixo apresentadas.

1. DEFINIÇÕES DE TRÁFICO DE PESSOAS

1.1. DEFINIÇÕES NORMATIVAS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Em 15 de novembro de 2000, por meio da Resolução nº 55/25, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU adotou a

Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, pela primeira vez estabelecendo parâmetros globais para enfrentamento de uma preocupação mundial, a qual entrou em vigor internacional, em 29 de setembro de 2003.

Juntamente com a referida Convenção, foram adotados três protocolos adicionais: o Protocolo Contra o Contrabando de Pessoas por Terra, Mar e Ar; o Protocolo Contra a Produção Ilícita e o Tráfico de Armas de Fogo, suas Partes, Componentes e Munição e o Protocolo para Prevenir e Punir o Tráfico de Pessoas.

O Brasil depositou o instrumento de ratificação junto à Secretaria Geral da ONU em 29 de janeiro de 2004 e, após aprovação pelo Congresso nacional, publicou os Decretos nº 5.015, em 12 de março de 2004, incorporando o referido tratado ao ordenamento jurídico nacional. Portugal fez o depósito do instrumento ratificação junto à Secretaria Geral da ONU em 10 de maio de 2004 e o tratado iniciou sua vigência em território nacional em 09 de junho de 2004.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, também denominado como Protocolo de Palermo, entrou em vigor em 29 de setembro de 2003, estabelecendo a definição jurídica global e vinculante acerca do tema (LIMA et al, 2012) e objetivando prevenir e combater o tráfico de pessoas, proteger e ajudar as vítimas e promover a cooperação entre os Estados partes (artigo 2). A referida norma internacional estabelece a definição do tráfico de pessoas no artigo 13, a, como sendo:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, mediante a utilização de ameaça, força ou outras formas de coação, fraude ou engano, a fim de obter o consentimento para submetê-la à exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

O tráfico de pessoas, então, constitui situação complexa, pois é necessário que na situação estejam presentes vários elementos para se configurar

o crime. Desde a ação (recrutar, transportar, transferir, alojar, acolher), passando pelos meios empregados (ameaça, força ou outras formas de coação) até a finalidade, que é a submissão da pessoa à exploração (sexual, trabalho ou serviços forçados, escravatura ou prática similar, servidão ou remoção de órgãos, casamentos forçados, adoção ilegal, entre outras).

Brasil e Portugal são partes do referido protocolo, pois o Brasil depositou o instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU em 29 de janeiro de 2004 e por meio do Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2003, promulgou o protocolo incorporando-o ao ordenamento jurídico interno. Portugal fez o depósito do instrumento de ratificação junto em 10 de maio de 2004 e o referido protocolou passou a ter vigência em território português em 09 de junho de 2004.

Importa salientar algumas variáveis que devem ser consideradas: a) no tráfico de pessoas há um agente externo que atua como intermediário do deslocamento; b) a intermediação é um “negócio” sobre o qual há cada vez mais interesse econômico no qual o tráfico e o contrabando se mostram como as suas facetas ilegais; c) inexistência, no plano real, de maior clareza para discernir entre tráfico de pessoas e tráfico/contrabando de migrantes, em face de “um grande continuum de situações entre o tráfico de pessoas, em sentido estrito, e o “contrabando” de migrantes ou auxílio à imigração ilegal”. (PEIXOTO, 2008)

1.2. PREVISÃO JURÍDICA ACERCA DO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL

A tipificação da conduta criminosa em análise seguiu a tendência internacional, pelo que a primeira preocupação focava o tráfico de mulheres para exploração sexual e, em seguida, houve a substituição do termo “mulher” por “pessoa”. No entanto, a finalidade do tráfico de pessoas esteve centrada, durante muitas décadas, na prostituição ou outra forma de exploração sexual. (SMITH, 2017)

Apenas em 2016, com a promulgação da Lei nº 13.344, de 06 de outubro, a qual se debruça sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas, ocorreu a inserção de outras finalidades do crime, compatibilizando o tratamento nacional do problema com os compromissos assumidos

a partir da ratificação do Protocolo de Palermo. Assim, o tráfico de pessoas foi inserido no Título I, denominado “Dos crimes contra a pessoa”, em seu Capítulo VI que trata dos crimes contra a liberdade individual, especificamente na seção I, intitulada “Dos crimes contra a liberdade pessoal”, cuja previsão passou a estar disposta no artigo 149-A e passou a abranger outras formas de exploração da pessoa, conforme dispositivo abaixo:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Da leitura do texto acima, evidencia-se que a conduta criminosa consubstancia-se em ações que estão configuradas nos verbos do tipo (agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa) mediante a utilização de meios que incidam sobre o consentimento da pessoa (grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso) com a finalidade de exploração humana em diversos segmentos (remoção de órgãos e tecidos, trabalho em condições análogas a de escravo, servidão, adoção ilegal ou exploração sexual).

1.3. DISPOSIÇÃO LEGAL ACERCA DO TRÁFICO DE PESSOAS EM PORTUGAL

Em Portugal, com a publicação do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, houve a inclusão do crime de tráfico de pessoas nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, mantendo-se a sua vinculação à exploração sexual, o que só foi alterado com a publicação da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. (GUIA e SMITH, 2019)

A atual previsão jurídica do crime está insculpida no Código Penal Português que, com a aprovação da Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto, que transpôs para a ordem jurídica interna da Diretiva n.º 2011/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, passou a prever outras formas de exploração para além da sexual. Assim, o art. 160 do Código Penal Português define o crime de tráfico de pessoas nos seguintes termos:

1. Quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoas para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas:

a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave;

b) Através de ardil ou manobra fraudulenta;

c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica, de trabalho ou familiar;

d) Aproveitando-se da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima ou

e) Mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima; é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 – A mesma pena é aplicada a quem, por qualquer meio, recrutar, aliciar, transportar, proceder ao alojamento, acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer, aceitar, para fins de exploração,

incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicância, a escravidão, a extração de órgãos, a adoção ou a exploração de outras atividades criminosas.

1– No caso previsto no número anterior, se o agente utilizar qualquer dos meios previstos nas alíneas do n.º 1 ou atuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de três a 12 anos.

2– As penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, no seus limites mínimo e máximo, se a conduta eles referida:

a) Tiver colocado em perigo a vida da vítima;

b) Tiver cometido com especial violência ou tenha causado à vítima danos particularmente graves;

c) Tiver sido cometida por um funcionário no exercício das suas funções;

d) Tiver sido cometida no quadro de uma associação criminosa; ou

e) Tiver como resultado o suicídio da vítima.

3– Quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, oferecer, entregar, solicitar ou aceitar menor ou obtiver ou prestar conhecimento na sua adoção, é punida com pena de prisão de um a cinco anos;

4 – Quem, tendo conhecimento da prática de crime previsto nos n.ºs 1 e 2, utilizar os serviços ou órgãos da vítima é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

5– Quem tiver, ocultar, danificar ou destruir documentos de identificação ou de viagem de pessoa vítima de crime previstos no n.ºs 1 e 2 é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

6– O consentimento da vítima dos crimes previstos nos números anteriores não exclui em caso algum a ilicitude do facto.

É possível inferir que a conduta criminosa caracteriza-se por ações que estão configuradas nos verbos do tipo (oferecer, entregar, recrutar,

aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoas) com diversificadas finalidades de exploração humana (sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas) mediante a utilização de meios que incidam sobre o consentimento da pessoa (emprego de violência, rapto ou ameaça grave; ardid ou manobra fraudulenta; abuso de autoridade e da incapacidade psíquica ou vulnerabilidade; ou ainda com o consentimento da quem tem o controle sobre a vítima).

1.4. ANÁLISE COMPARATIVA DAS DEFINIÇÕES LEGAIS DE TRÁFICO DE PESSOAS

Após exposição geral acerca das previsões jurídicas brasileira e portuguesa que definem o crime de tráfico de pessoas, faz-se importante uma análise comparativa. De início, cumpre observar que ambos os países possuem legislação tipificando o crime de tráfico de pessoas conforme os compromissos internacionais assumidos com a ratificação do Protocolo de Palermo. No entanto, são observadas distinções.

No Brasil, adota-se um tipo penal cujos elementos não trazem distinção quando à idade, cor da pele, gênero, raça e sexo da vítima, uma vez que prevê apenas a ação sobre a “pessoa” (caput do art. 149-A), o que aparece nas circunstâncias de aumento da pena, relativamente à condição do agente, mas também da vítima (art. 149-A, §1º). Em Portugal, para além da construção do tipo penal com elementos gerais no caput do art. 160 do Código Penal, vislumbra-se também a construção de tipificação específica para o tráfico de crianças, conforme disposição no art. 160, 2 e 4, do Código Penal, o qual determina em suas elementares a ação sobre a pessoa “menor”. Quanto às circunstâncias de aumento de pena, o art. 160, 3, elenca as hipóteses que incidem sobre os limites mínimo e máximo, que dizem respeito à condição do agente, mas também à colocação da vida da vítima em risco.

Na legislação portuguesa consta a tipificação da conduta daquele que utiliza serviços ou órgãos da vítima do tráfico de pessoas, sabendo de sua condição (art. 160, 5) e, nas hipóteses de exploração, estão incluídas a exploração na mendicidade e a exploração em outras atividades criminosas, o que não se vislumbra na legislação brasileira. Na legislação brasileira está

prevista uma circunstância de redução de pena se o agente for primário e não integrar organização criminosa (art. 149-A, §2º) para o qual não há correspondente na legislação portuguesa.

Um ponto diz respeito ao consentimento. Na legislação portuguesa está expresso, no art.160, 7, do Código Penal, que o consentimento da vítima não exclui em nenhuma hipótese a ilicitude do fato. A legislação brasileira não traz disposição expressa acerca do tema. Mas, na compreensão da doutrina, o consentimento válido da vítima capaz afasta a ilicitude do fato caso os meios de execução previstos no caput do art. 149-A não estejam presentes. (GONÇALVES, 2018; ESTEFAM, 2020)

2. PREVISÕES JURÍDICAS SOBRE IDENTIFICAÇÃO E ATENÇÃO ÀS CRIANÇAS VÍTIMAS DO TRÁFICO

2.1. O SISTEMA BRASILEIRO

A Lei brasileira nº 13.344/2016 estabelece medidas de atenção às vítimas. Na forma do art. 6º, a proteção e o atendimento à vítima de tráfico de pessoas consistem em prestar-lhe assistência jurídica e social, acolhimento provisório, atenção às necessidades específicas atendendo as questões de gênero, orientação sexual origem étnica, nacionalidade, linguagem, proteger a intimidade e a identidade, atendimento humanizado, entre outros.

Com a interrupção da exploração/violência (§ 1º), objetiva-se que a vítima tenha suas necessidades imediatas atendidas, bem como retome seus projetos de vida mediante inclusão em políticas sociais necessárias para sua inclusão social (§ 2º), mediante atenção aos aspectos físicos e psicológicos. (§ 3º) Acerca do atendimento à vítima criança, a legislação em comento apenas traz no bojo do inciso III acima citado a expressão “atenção às necessidades específicas, especialmente em relação a [...] faixa etária”.

Antes da publicação da legislação acima analisada, o Brasil já possuía uma política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas, publicada em 2006 com a edição do Decreto 5.948, de 26 de outubro, a qual tem por finalidade “estabelecer princípios, diretrizes e ações de prevenção e repressão ao tráfico de pessoas e de atendimento às vítimas”. (art. 1º). A política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas apresenta diretrizes voltadas para o amplo atendimento das vítimas (art. 7º), como assistência jurídica e

social, saúde e acolhimento/abrigo provisório, reinserção social e familiar, e adoção de medidas de atenção específica relacionais, entre outras, à questões afetas ao gênero e à faixa etária. (SÁ e SMITH, 2020)

O Decreto 5.948/2006 instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial para a construção do plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Em 2008 foi aprovado o I Plano Nacional de Enfrentamento ao tráfico de pessoas (Decreto 6.347, de 08 de janeiro). Em 2013 foi aprovado o II Plano Nacional e o III Plano Nacional foi aprovado em 2018, por meio da promulgação do Decreto 9.440, de 03 de julho, o qual será executado até 2022. Destaca-se que o atual plano em vigor se volta à melhoria da atenção às vítimas.

Especificamente sobre a atenção que deve ser dada às crianças vítimas do tráfico de pessoas, é possível identificar no texto apenas três referências. A primeira encontra-se na meta 1.2 do Eixo 1, voltado para a gestão da política, sendo prevista a necessidade de serem revisados os programas e serviços federais “com explicitação dos enfoques de gênero e de orientação sexual e da garantia de direitos de crianças e adolescentes”.

A segunda referência está disposta na meta 5.3 do eixo 5, sobre assistência às vítimas, determinado que haja o fortalecimento das “redes locais de acolhimento a vítimas de tráfico de pessoas nos Municípios, para adoção de práticas de respeito às perspectivas de gênero e orientação sexual, às crianças e aos adolescentes [...]”. A terceira referência trata da identificação e acolhimento de pessoas com menos de 18 anos vítimas de tráfico e está na meta 6.1 do eixo 6 do III Plano Nacional, o qual realciona-se à prevenção e conscientização pública destacando a necessidade de “realizar estudos sobre a condição de atletas adolescentes e sua relação com o tráfico de pessoas”.

Além das hipóteses acima, não foram identificadas quaisquer outras previsões acerca de como os órgãos públicos e privados devem agir no Brasil quanto à prevenção do tráfico de crianças, nem mesmo como devem atuar para identificar os casos e acolher as eventuais vítimas.

2.2 O SISTEMA PORTUGUÊS

O regime legal existente em Portugal estabelece a prevenção e luta contra o tráfico de pessoas e à proteção das vítimas, especialmente quando se

tratar de crianças. A Diretiva n.º 2011/36/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril, no artigo 11, determina que os Estados-Membros devem prestar assistência e apoio às vítimas antes, durante e após o processo penal, a fim de que possam exercer os direitos que lhes são assegurados.

Deve-lhes ser garantido o aconselhamento jurídico, o patrocínio judiciário de que necessite, de modo gratuito se não possuir recursos financeiros suficientes. (artigo 12) No caso da vítima ser criança, esta deve receber assistência, apoio e proteção em face do superior interesse da criança (artigo 13). A elas cabe, enquanto necessitarem, medidas para recuperação física e psicossocial, acesso à educação, nomeação de um tutor caso não tenha responsável legal e assistência aos familiares que estejam em território nacional. (artigo 14)

Durante a investigação criminal e processo penal, crianças devem contar com um representante quando seus responsáveis legais estejam impedidos, bem como devem contar com aconselhamento jurídico e patrocínio judiciário gratuito se não dispuserem de recursos suficientes. Caso seja necessária a sua inquirição, a criança deve ser ouvida sem demora justificável após a denúncia, o que deve ser feito em espaço concebido e adaptado ao feito e por profissionais qualificados, sendo sempre estas pessoas a inquirirem a criança quando necessário, mas sempre em caso de estrita necessidade. Há previsão de que tais inquirições sejam gravadas em vídeo (e que assim sejam utilizadas como prova no processo penal), sem a presença do público e, se tiver que ser ouvida pelo tribunal, que seja pelos recursos tecnológicos de comunicação adequados para que não presente. (art. 15)

No caso de crianças vítimas de tráfico de pessoas que estejam desacompanhadas de responsáveis legais, elas devem contar com a nomeação de um tutor quando for necessário, devendo igualmente ser-lhe atribuído um representante durante a investigação criminal e o processo penal. (artigo 16) Portugal criou em 2014 o sistema nacional de referência de vítimas de tráfico de pessoas para cumprir o III Plano Nacional de Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos, especialmente acerca das metas 38 e 42, as quais dispunham sobre a criação de um manual de boas práticas para as organizações governamentais e não-governamentais de apoio às vítimas de tráfico, bem como sobre a criação de protocolos de atendimento standardizados às vítimas de tráfico de pessoas em toda a rede de saúde.

O documento, que tem por fim estabelecer procedimentos padronizados desde a sinalização até a identificação formal das vítimas (especialmente crianças), destina-se a todos os órgãos de polícia criminal bem como demais autoridades judiciárias, ao sistema de proteção de crianças, às organizações não-governamentais, dentre outras instituições que atuem na área, com especial enfoque para que a presumível vítima seja sinalizada tão logo seja possível, a fim de cessar a exploração a que está submetida, sendo garantida atenção aos seus direitos. (SMITH e GUIA, no prelo)

Caso a presumível vítima seja criança, mesmo que haja dúvida razoável sobre a sua idade, estas devem ser atendidas como tal, sendo destinatárias de medidas especiais de proteção. Por reconhecer que o tráfico de pessoas viola diversos direitos das crianças, as diversas etapas desde a sinalização até a identificação formal da vítima deve seguir o seguinte caminho: a) determinação da idade; b) avaliação da condição de presumível vítima de tráfico de pessoas; c) avaliar as necessidades imediatas; d) deliberar pela melhor solução no caso concreto; e) implementar a solução, o que faz com que o/a profissional deve entrar em contato com os órgãos responsáveis pela proteção das crianças, como é o caso da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens – CPCJ. No caso de ser detectada situação de perigo, deve ser informado também o Ministério Público. (SMITH e GUIA, no prelo)

Assim, é possível afirmar que em Portugal as disposições acerca da proteção de crianças vítimas do tráfico de pessoas são observadas, especialmente quando se analisa o IV Plano de Ação para a Prevenção e o Combate ao Tráfico de Seres Humanos 2018-2021, estabelecido pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 80/2018, que prevê em seu objetivo estratégico 2 “Assegurar às vítimas de tráfico um melhor acesso aos seus direitos, bem como consolidar, reforçar e qualificar a intervenção, objetivos específicos” e, no tocante às crianças, determina no objetivo específico 2.3.2. a “Elaboração de orientações e protocolos de atuação relativos à intervenção junto de crianças”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das múltiplas vulnerabilidades que atingem crianças em situação de deslocamentos internacionais, torna-se relevante, em termos acadêmicos, que se identifique e se estude a questão do tráfico de crianças,

especialmente para se reafirmar que estas crianças continuam sendo sujeitos de proteção integral.

A afirmação é relevante especialmente diante de estudos que apontam o surgimento, nos Estados Unidos e na Europa, da chamada *crimigração*, que consiste na adoção de medidas legislativas e políticas pelos países que conectam a lei de imigração com a lei penal, provocando a exclusão dos migrantes do acesso a serviços públicos. (GUIA e PEDROSO, 2015) Tal forma de tratamento a migrantes tem sido observada em relação às crianças em movimento, visto que muitas estão em centros de detenção de migrantes espalhados pelo mundo. De acordo com UNICEF, mais de 100 países são conhecidos para deter as crianças por motivos relacionados à migração.

Portanto, cabe a todos os Estados proteger qualquer criança que esteja sob sua jurisdição. No caso de crianças em movimento, cabe também promoverem todos os esforços para acolhê-la, registrá-la e promover seus direitos básicos. Ressalte-se o importante papel dos agentes estatais de fronteira, polícias, serviços sociais e saúde para identificar crianças vítimas de tráfico de pessoas e de contrabando de migrantes. Defende-se que, em nenhuma hipótese crianças em deslocamento devem ser punidas por terem ingressado no território nacional em conflito com a lei migratória, assim como também não podem ser ameaçadas com sanções (UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND, 2017).

Havendo a possibilidade de que tenha sido vítima de tráfico de pessoas, é preciso que o/a profissional envolvido no caso tenha a atenção redobrada para a correta identificação da situação, procedendo à imediata comunicação aos órgãos de justiça e segurança pública, sem esquecer da necessidade de promover as medidas de proteção à criança em risco, pelo que os países precisam ter procedimentos e regras estabelecendo quais os órgãos públicos e privados envolvidos no tema, e quais as competências de cada um.

No caso do Brasil, infere-se maior ausência de previsões que atendam às diferentes especificidades e etapas dos casos envolvendo crianças, bem como há uma lacuna no estabelecimento de um mecanismo articulado entre os diferentes órgãos atuantes no tema para a identificação e atendimento à criança vítima do tráfico de pessoas. Em Portugal, esse detalhamento normativo é encontrado ao menos no plano formal, esta-

belecendo as ações acerca da atenção que deve ser concedida às vítimas crianças desde a sua sinalização, durante o procedimento de investigação/julgamento, passando pelo seu acolhimento institucional, até a finalização dos procedimentos.

Nesse sentido, é importante reconhecer o aumento das ações que buscam enfrentar ocorrências de tráfico de crianças com a detecção precoce de vítimas e imediata intervenção das autoridades responsáveis, mas ainda não se pode aferir que tal ação seja prioritária em muitos países, inclusive nos pesquisados para este trabalho. Assim, a não intervenção preventiva do Estado e da sociedade constituem também razões para o tráfico de crianças, que sofrem profundamente as consequências da atividade criminosa, ocasionando nelas a violação da sua própria condição de pessoa em desenvolvimento, da sua dignidade infantil, até a afronta às suas liberdades, ao seu direito de crescer em família, de conviver com a sua comunidade. Sem falar que crianças vítimas do tráfico de pessoas sofrem abusos de diversas ordens, desde sexuais até os trabalhos forçados, o que lhes impede o desenvolvimento físico e mental saudável, a frequência à escola, a convivência comunitária e familiar.

Por fim, registra-se a necessidade do aprendizado com o estudo comparado do tema, passando pela cooperação internacional para o desenvolvimento de mecanismos e estruturas que garantam às crianças sua proteção integral, prevenindo as ocorrências em que possam ser vítima do tráfico de pessoas e, caso o seja, acolhendo-as de modo adequado, afinal, onde quer que estejam, continuam a ser crianças.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Infância refugiada:** 10 mil crianças venezuelanas já entraram no Brasil. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-10/infancia-refugiada-10-mil-criancas-venezuelanas-ja-entraram-no>. Acesso em: 21 abr. 2020.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS – ACNUR. **Brasil torna-se o país com maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos na América Latina.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/01/31/brasil-torna-se-o-pais-com->

-maior-numero-de-refugiados-venezuelanos-reconhecidos-na-america-latina/. Acesso em: 15 jul.2020.

BRASIL. Decreto nº 5.016, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. **Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5016.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. **Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006.** Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – PNETP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. **Decreto nº 6.347, de 08 de janeiro de 2008.** Aprova o plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas PNETP e institui o grupo assessor de avaliação e disseminação do referido plano. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6347.htm. Acesso em 21 abr. 2020.

_____. **Decreto nº 9.440, de 03 de julho de 2018.** Aprova o III plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9440.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. **Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 21 abr. 2020.

_____. Ministério da Justiça. **Relatório nacional sobre o tráfico de pessoas: dados 2014 a 2016.** 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-de-dados.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Secretaria Nacional de Justiça. **II Plano nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas.** Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito penal:** parte especial arts. 121 a 234-B. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. O direito comparado: esforço de resgate historiográfico e de problemas metodológicos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 24-40, 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal:** parte especial (arts. 121 a 183). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUIA, Maria João. O atlântico que nos une: a obrigação positiva do estado na proteção das crianças vítimas de tráfico de pessoas. In: ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise. (Coord.) **Direito constitucional luso e brasileiro na contemporaneidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 164-181.

GUIA, Maria João; PEDROSO, João. A Insustentável Resposta da 'Crimigração' Face à Irregularidade dos Migrantes: Uma Perspetiva da União Europeia. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, v. 23, n. 45. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1980-85852015000200129&script=sci_abstract. Acesso em: 21 jan. 2019.

GUIA, Maria João; SMITH, Andreza do Socorro P. de O. O papel do ensino superior na prevenção e intervenção contra o tráfico de pessoas. IN Pereira Coutinho, F., Carapêto, M. J., & Oliveira, E. D. **Paz, Justiça e Instituições Eficazes – Um caminho para o desenvolvimento sustentável**. Lisboa: CEDIS, 2019, p. 123-142.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Mixed migration flows in the mediterranean. Compilation of Available Data and Information December**. 2019. Disponível em: https://migration.iom.int/sites/default/files/public/reports/Flows%20Compilation%20Report_December_2018_0.pdf. Acesso em: 21 jan. 2019.

LIMA, Martonio; ANDRADE, Denise; JUCÁ, Roberta. Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional e Protocolo adicional de Palermo. In: LOPES, Ana; JUCÁ, Roberta; COSTA, Andréia. **Gênero e Tráfico de Mulheres**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

MEDINA, Ângela. Tráfico de crianças para fins de exploração da mendicância: contextualização do problema, (algumas) medidas de proteção das vítimas e lacunas do sistema português. **Debater a Europa**. Disponível em: <https://impactum-journals.uc.pt/debatereuropa/article/view/5171>. Acesso em 22 jan. 2019.

MELLO, Tálita. **Infância deslocada**: a perturbante realidade das crianças refugiadas. 2020. disponível em: <https://www.juonline.pt/sociedade/artigo/35881/infancia-deslocada-a-perturbante-realidade-das-criancas-refugiadas.aspx>. Acesso em: 15 jul. 2020.

O GLOBO. **Brasil acumula maior número de pedidos de refúgio na América Latina**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/>

mundo/brasil-acumula-maior-numero-de-pedidos-de-refugio-na-america-latina-22796872. Acesso em: 15 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional**. 2000. Disponível Em <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.pt/actualidade/publicacoes/0-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca/?altTemplate=StartView>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças**. 2000. Disponível Em <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. **Protocolo Contra a Produção Ilícita e o Tráfico de Armas de Fogo, suas Partes, Componentes e Munição**. 2000. Disponível Em <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. **Protocolo Contra o Contrabando de Pessoas por Terra, Mar e Ar**. 2000. Disponível Em <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>. Acesso em: 19 jun. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva n.º 2011/36/EU, de 05 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=EN>. Acesso em: 15 jul. 2020.

PEIXOTO, João. **Tráfico, contrabando e imigração irregular**. Os novos contornos da imigração brasileira em Portugal. 2007. Dispo-

nível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/spp/n53/n53a04.pdf>. Acesso em: 29 jun.2020.

PORTUGAL. Comissão para Cidadania e Igualdade de Género. **Sistema nacional de referência de vítimas de tráfico de pessoas.** Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2019/05/Sistema-de-referencia%C3%A7%C3%A3o-nacional-de-v%C3%ADtimas-de-tr%C3%A1fico-de-seres-humanos.pdf>. Acesso em: 15 de jul. 2020.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março.** Aprova o Código Penal. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230200/indice>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. **Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro.** Código Penal. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/319744/details/normal?q=Decreto-Lei+n%C2%BA%20400%2F82+de+23+de+setembro>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. **Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto.** Procede à 30.ª alteração ao Código Penal Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/499058/details/maximized>. Acesso em: 15 de jul. 2020.

_____. **Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.** Vigésima terceira alteração ao Código Penal. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis. Acesso em: 15 de jul. 2020.

_____. Ministério da Administração Interna. Observatório do Tráfico de Seres Humanos. **Tráfico de seres humanos. Relatório sobre 2014.** Disponível em: https://www.otsh.mai.gov.pt/wp-content/uploads/REC-OTSH_Relatorio_Anual_TSH_2014.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Ministério da Administração Interna. Observatório do Tráfico de Seres Humanos. **Tráfico de Seres Humanos. Relatório sobre 2015.** Disponível em: https://www.otsh.mai.gov.pt/wp-content/uploads/OTSH_Relatorio_Anual_TSH_2015-1.pdf Acesso em 10 jan. 2019.

_____. Ministério da Administração Interna. Observatório do Tráfico de Seres Humanos. **Tráfico de Seres Humanos. Relatório de 2016**. Disponível em: https://www.otsh.mai.gov.pt/wp-content/uploads/REC-OTSH_Relatorio_Anual_TSH_2016.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Ministério da Administração Interna. Observatório do Tráfico de Seres Humanos. **Tráfico de Seres Humanos. Relatório de 2017**. Disponível em: https://www.otsh.mai.gov.pt/wp-content/uploads/REC-OTSH_Relatorio_Anual_TSH_2017_2018.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Ministério da Administração Interna. Observatório do Tráfico de Seres Humanos. **Tráfico de Seres Humanos. Relatório de 2018**. Disponível em: https://www.otsh.mai.gov.pt/wp-content/uploads/OTSH_Relatorio_Anual_TSH_2018_corrigido_03AGO19.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. **Resolução do Conselho de Ministros n.º 101/2013, de 31 de dezembro**. III Plano Nacional de Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos 2014 -2017 (III PNPCTSH). Disponível em: https://www.otsh.mai.gov.pt/wp-content/uploads/TSH-III_Plano_Nacional.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. **Resolução do Conselho de Ministros n.º 80/2018, de 19 de junho**. IV Plano de Ação para a Prevenção e o Combate ao Tráfico de Seres Humanos 2018 -2021 (IV PAPCTSH 2018 -2021). Disponível em: https://www.otsh.mai.gov.pt/wp-content/uploads/TSH-IV_Plano_Nacional.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

SÁ, Yasmim Pamponet; SMITH, Andreza do Socorro P. de O. **Tráfico de crianças e adolescentes no Brasil: uma análise das ocorrências à luz da doutrina da proteção integral**. Trabalho apresentado no CONPEDI VIRTUAL 2020.

SMITH, Andreza do Socorro P. de O. **Tráfico de pessoas para exploração sexual**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017.

SMITH, Andreza do Socorro P. de O.; GUIA, Maria João. **Tráfico de crianças em Portugal: respostas jurídicas às vítimas e responsabilização dos agressores**. (no prelo).

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. **A child is a child – Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation.** 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/index_95956.html. Acesso em: 05 jul. 2018.

_____. **Desarraigados:** una crisis creciente para los niños refugiados y migrantes. 2016. Disponível em https://www.unicef.org/publications/files/Uprooted_Executive_Summary_Sept_2016_Spanish.pdf. Acesso em: 05 jul. 2018.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Global trends forced displacement in 2019.** Disponível em <https://www.unhcr.org/5ee200e37.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

UNITED NATIONS *OFFICE ON DRUGS AND CRIME*. **Global Report on Trafficking in Persons 2018.** Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLO-TiP_2018_BOOK_web_small.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

RESUMOS

CRIMES DE COLARINHO BRANCO E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: PERPETUAÇÃO DA IMPUNIDADE?

*Mariana de Arco e Flexa Nogueira*¹⁴¹

*Otávio Augusto Mantovani Silva*¹⁴²

INTRODUÇÃO

Os criminosos de colarinho branco possuem uma racionalidade que lhes é própria, sendo orientados em seu atuar a partir de uma análise dos possíveis riscos e benefícios que sua atividade ilícita pode vir a lhes proporcionar, conforme revelam os estudos criminológicos sobre essa modalidade delitiva (MENDES; SOUZA, 2020, p. 28). Assim, qualquer política criminal que busque efetivamente enfrentar e conter esta macrocriminalidade econômica precisa considerar os vários fatores que, de alguma forma, norteiam o comportamento delinquencial dos *white collar crimes*, de forma a conseguir promover reduções das diversas con-

141 Mestranda em Direito Penal na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Especializada em Ciências Criminais na Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogada (OAB/SP nº 442.072).

142 Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), Especialista em Direito em Direito Constitucional pela Escola Paulista da Magistratura. Servidor do Judiciário Paulista.

dições favoráveis à prática criminosa, impondo riscos à atividade ilícita tornando-a, portanto, menos atrativa.

Na contramão da necessidade de promover políticas efetivas que reduzam as condições favoráveis à prática criminosa, a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), fora introduzida na legislação processual brasileira (art. 28 do CPP) o chamado Acordo de Não Persecução Penal, que, entre seus vários requisitos positivos e negativos, permite que ele seja aplicado, como instrumento de justiça negociada, aos delitos cujas penas mínimas sejam inferiores à 4 anos.

A partir desta disposição, praticamente todos os delitos de colarinho branco, inclusive aqueles associados à corrupção (passiva e ativa), podem ser beneficiados por este instituto despenalizador, o que levanta a questão problema da presente pesquisa: seria o Acordo de Não Persecução Penal um instrumento para o combate efetivo à delinquência econômica e a corrupção, ou seria ele mais um mecanismo de perpetuação da seletividade existente no sistema penal brasileiro?

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Os crimes de colarinho branco foram assim nominados pela primeira vez quando, em 1939, Edwin H. Sutherland em sua obra clássica “White Collar Crimes”, definindo-os a partir de um viés subjetivo-profissional, como sendo aqueles delitos que seriam praticados por agentes com elevado status e respeitabilidade socioeconômica. Tais delitos são praticados por pessoas ocupantes de uma camada social privilegiada e exclusiva, sendo relacionados relacionado à atividade profissional destes agentes. São exemplos destes delitos, os crimes contra o sistema financeiro nacional, os crimes contra a ordem econômica e tributária, muitas vezes associados também a delitos contra a Administração Pública, como a corrupção passiva e ativa.

Tais crimes possuem como bens jurídicos penalmente tutelados interesses difusos e coletivos como o são a ordem econômica e a moralidade administrativa, todos bens que colaboram para coletivo desenvolvimento da sociedade. Assim quando praticados, podem atingir todo o sistema econômico do país, prejudicando toda a prestação de políticas públicas em setores estratégicos, como a educação a saúde e a segurança. Crimes como

sonegação fiscal e a corrupção, retiram bilhões de reais que poderiam ser destinados à investimentos públicos beneficiando toda a sociedade.

Estes delitos compõem a chamada “cifra negra” do direito penal, pois a percepção pública de que tais crimes são menos danosos ou que ocorrem em menores quantidades se dá porque muitos deles não são punidos tampouco investigados, refletindo a impressão de que o crime é um fenômeno exclusivo das classes sociais mais baixas. A impunidade acaba sendo, portanto, a regra para estes casos de delitos cometidos pelas mais altas classes sociais, que são na maioria das vezes agentes amplamente blindados por seus pares, a saber, pessoas com prestígio político e social (BARATTA, 1999, p.55).

Uma das medidas implementadas pelo legislador a partir da Lei nº 13.964/19, como instrumento para reduzir a morosidade judicial, aumentando a resolução dos inúmeros processos que chegam às cortes superiores, e também impactando nos crimes econômicos foi o art. 28-A do CPP, que trouxe a figura do Acordo de Não Persecução Penal, aproximando o modelo de justiça brasileiro com o da justiça negociada americana.

O instituto já havia sido anteriormente regulamentado na Resolução nº 181/2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Entretanto, dos vários requisitos anteriormente previstos naquela resolução, a redação do artigo 28-A do CPP, retira a proibição da realização do acordo nos casos em que o dano causado pela prática criminosa for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão.

Dentre os vários beneficiários desta supressão de requisitos está o agente que comete delitos econômico. Assim, de um lado o ladrão de um aparelho celular será preso, respondendo ao processo penal com toda suas mazelas, o corrupto, ou sonegador que impacte os cofres públicos na ordem dos milhões de reais, poderão passar impunes ou ter os benefícios despenalizadores do ANPP, perpetuando-se a seletividade e a impunidade no sistema penal brasileiro àqueles que possuem condição social mas favorável.

METODOLOGIA

Será utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que a celebração de acordos de não penal para casos de crimes de colarinho branco e corrupção não representa efetiva punição, mas sim perpetuação

da seletividade e da impunidade já existentes no sistema penal embora seja uma possível alternativa ao padrão tradicional de justiça no combate à corrupção e à macrocriminalidade econômica, tendo como característica marcante a possibilidade de mais facilmente compreender e demonstrar crimes tão complexos como os econômicos.

Pretende-se apresentar e entender o porquê a possibilidade do acordo para estes delinquentes, aos moldes como estão previstos no art. 28-A do CPP, na verdade não servirá para atingir seu maior objetivo, qual seja, solucionar mais habilmente tais delitos, desafogando a estrutura do judiciário. Este trabalho terá um viés explicativo, analisando-se o objeto de pesquisa, mediante apresentação de dados criminológicos e estatísticos a partir da revisão bibliográfica.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os criminosos de colarinho branco, ante suas práticas perversas, não causam danos apenas de ordem patrimonial, mas afetam todo o sistema estatal de prestação de políticas públicas, atingindo, assim, não apenas a ordem econômica e tributária do Estado, mas a totalidade de suas políticas públicas.

Ao se adotarem medidas que não ofereçam respostas adequadas, diminuindo-se o incentivo pela prática criminosa se estará potencializando os prejuízos causados por tais delitos. Insta lembrar que a legislação brasileira parece ser bastante leniente com tais delinquentes, com penas extremamente brandas, oferecendo tratamento bastante benevolente com estes criminosos, influenciando na impunidade.

Embora por expressa disposição legal o agente possa ser obrigado a reparar eventual dano e/ou pagar uma prestação pecuniária em favor de determinada instituição pública ele ainda pode se valer ou gozar dos rendimentos obtidos por ele de maneira ilícita, mesmo que parcela deles venha a ser apreendida.

Conclui-se, então, que o ANPP pode contribuir para a não imposição de medidas compatíveis com a lesividade destes delitos, e aptas a neutralizar a possibilidade de reincidência destes agentes, favorecendo assim as altas classes sociais, tornando tais condutas como sem relevância jurídica penal, perpetuando-se a impunidade. (FELDENS, 2002, p. 180).

Isto posto, o presente trabalho conclui que, embora o Acordo de não persecução Penal tenha sido desenvolvido com a finalidade de tornar mais efetivo o sistema penal, oferecendo soluções negociadas a delitos de menor gravidade, e contribuindo, de fato, para tal finalidade, a forma como ele foi estabelecido na legislação (desconsiderando o critério do valor do dano causado), contribui em larguíssima medida para a perpetuação da seletividade e da impunidade nos casos de delitos de colarinho branco e da corrupção.

CONCLUSÕES

Considerando-se todo o exposto, é possível concluir que as recentes reformas legislativas, no campo processual penal que ocorreram no Brasil, trouxeram diversos avanços cruciais para se enfrentar a corrupção e os crimes de colarinho branco, sendo um desses avanços, o Acordo de Não persecução Penal, que nitidamente contribui para uma maior dinamização e efetividade do sistema penal, via de regra, pela solução consensual dos casos sob *judice*.

Entretanto, levando-se em consideração a especificidade dos delitos de colarinho branco e da corrupção, marcados por escolhas racionais, que sempre analisam o *custo benefício* de seus atos, bem como a previsão legal do ANPP não dispôs sobre qualquer aspecto relacionado ao dano causado pelo delito, e ainda, tendo em vista que praticamente a maioria dos delitos de colarinho branco e a corrupção podem ser *negociados* no acordo, é essencial que sejam realizadas alterações legislativas no sentido de se aumentar as penas impostas a estes delinquentes, dificultando que a enorme maioria dos casos possa ser beneficiados por medidas como o ANPP, ou então que este mesmo acordo seja alterado para prever a impossibilidade de ser realizado para delitos cujos danos sejam maiores que um determinado patamar, considerando os enorme prejuízos causados pelos delitos econômicos, que caso sejam beneficiados por Acordos, poderão ter “valido a pena” para seus delinquentes.

REFERÊNCIAS

FELDENS, L. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MENDES, Soraia R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./ dez. 2020.

O SISTEMA BITCOIN E OS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO EM CRYPTOCURRICIES EXCHANGES

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza ¹⁴³

É possível afirmar que a crise financeira internacional ocorrida em meados dos anos de 2007 e 2008, impulsionada pela globalização neoliberal e a desregulamentação financeira, conduziu à instabilidade do valor das moedas, ocasionando uma insegurança econômica extraordinária. Logo, o endividamento dos EUA e das economias centrais foram reflexos deste cenário de incertezas do capitalismo (PIRES, 2012), o que influenciou o surgimento de tecnologias baseadas em algoritmos criptografados em transações financeiras, como por exemplo, a tecnologia da *blockchain*, uma reação inovadora à busca de estabilidade no valor das moedas, principalmente, as de caráter transnacionais.

Criada em 2008 por Satoshi Nakamoto, a *Bitcoin* é uma criptomoeda transnacional concebida como uma forma criptografada do papel moeda, que é capaz de subverter ou transgredir a regulamentação jurídica de Estados e agentes financeiros globais territorializados. Assim, verifica-se que a *bitcoin* foi desenvolvida a partir de uma arquitetura de redes de computadores descentralizada (território-rede), configurada por pontos de articulação interconectados via P2P, onde os registros dos dados transacionados

143 Doutoranda em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

na referida rede são operados via cadeia de blocos de algoritmos, realizando o processamento dos dados por meio de criptografia.

Observa-se que as operações com a *Bitcoin* requerem forte capacidade de processamento e conhecimento específico para operar *softwares* sofisticados, especialmente, no mercado emergente de *cryptocurrencies*. No entanto, verifica-se que é exponente o crescimento do uso de moedas virtuais em várias atividades e, atualmente, o valor total da mencionada moeda na cadeia de blocos é, aproximadamente, de 20 (vinte) bilhões de dólares, ou 0,025% do produto interno bruto (PIB) global, de cerca de 80 trilhões de dólares (SCHWAB, 2016, p. 156–157). Destaca-se, ainda, que em 2014, dois milhões de pessoas utilizavam a *Bitcoin* ao redor do mundo, em um mercado de dez bilhões de dólares, passando a ser considerada a inovação financeira mais importante do período atual.

Analisado esse contexto histórico do nascimento da *Bitcoin*, apurou-se que seu uso não só trouxe valores positivos para as economias, como também se passou a questionar quais seriam os impactos jurídicos, ou seja, os riscos penais, e regulatórios nos países usuários. Com efeito, observou-se que, recentemente, 10 (dez) países proibiram o uso da *Bitcoin*, a saber, Bangladesh, Bolívia, China, Equador, Islândia, Índia, Rússia, Suécia, Tailândia e Vietnã, sob o argumento de que a criptomoeda opera em um ambiente de elevado grau de anonimato global, fato que poderia tornar a *bitcoin* uma ferramenta para prática dos crimes de lavagem de dinheiro, resultado da incapacidade de controle do fluxo das operações bancárias por parte dos Estados e de suas autoridades bancárias.

A *contrario sensu*, verificou-se que na Holanda e Alemanha o uso já se encontra bastante difundido e a circulação de *Bitcoins* ocorre sem restrições em várias cidades, destacando seu fluxo bastante difundido entre comerciantes locais a grandes investidores.

Nos EUA, segundo o no relatório Application of FinCEN's Regulations to Virtual Currency Mining Operations, elaborado pela Rede de Execução de Crimes Financeiros, ou Financial Crimes Enforcement Network, o uso da referida moeda não é considerado ilegal, uma vez que é preservado o princípio da escolha do cidadão, fato que tornou o país o maior utilizador de moedas virtuais para transações e operações pessoais (FINCEN, 2014).

No que tange ao Brasil, a situação não se demonstra diferente, o uso do *Bitcoin* está disseminado, sendo alvo de grandes investidores nas *cryptocurrencies exchanges* e, até de transações mais simples, como por exemplo, a compra de um artigo doméstico, em lojas de departamento, o que intensificou questões envolvendo sua regulação, principalmente, pelos escândalos envolvendo a prática de crimes de lavagem de dinheiro dentro da Operação Lava Jato¹⁴⁴.

Ressalta-se que, na legislação brasileira, não existem leis restritivas do uso de moedas virtuais para entes privados (restando a liberdade em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade e livre iniciativa), ou seja, o que não é proibido é, em regra, permitido, gerando debates calorosos acerca do Projeto de Lei nº 2.303/2015¹⁴⁵. Em seu turno, no âmbito das atividades públicas, a regra é a vinculação. Por isso, até existirem normas que disciplinem o uso para entes regulados (bancos, seguradoras e outras instituições financeiras), as operações com criptomoedas são consideradas um “quase crime” (MARGARIDO, 2017).

Neste sentido, os debates são incansáveis, há quem considere o referido projeto de lei como uma iniciativa desproporcional, perigosa e indesejável, uma vez que legisladores não são capazes de prever futuros usos para aplicar o regime jurídico correto, sendo capazes de prejudicar o progresso tecnológico (MARGARIDO, 2017 e KADAMANI, 2017).

Em outro giro, verifica-se que há quem defenda a irrestrita regulação das criptomoedas, uma vez que estás estariam vinculadas a: 1) cultura *cracker* e ao anonimato transnacional; 2) a imputação que lhe é dada de ser um instrumento político para a sonegação e evasão fiscal global, bem como a prática de lavagem de dinheiro; 3) a sua não submissão à regulação jurídica dos Estados e aos bancos e, 4) a de ser uma tecnologia acusada de promover o mal a serviços sem segurança contratual.

Segundo o supracitado discurso, a *Bitcoin* seria uma forma de inviabilizar os mecanismos de regulação dos bancos centrais, bem como para frear a capacidade dos Estados nacionais de cobrar impostos e de fiscalizar as transações financeiras de seus cidadãos, encorajando, assim, a realização

144 <https://oglobo.globo.com/economia/lava-jato-descobre-lavagem-de-dinheiro-com-bitcoin-em-esquema-de-corrupcao-no-sistema-prisional-do-rj-22485117>

145 Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central.

de operações ilícitas através da criptomoeda, como por exemplo, a compra ilegal de armas, drogas e financiem neto ao terrorismo pela *Internet*, como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro.¹⁴⁶

Observa-se que muitas são as hipóteses levantadas e que poucas delas são respondidas. O que nos leva a indagar se o mundo jurídico, especificamente, o direito penal, está preparado para o uso da criptomoeda. Seria então a criptomoeda, a “moeda” no sentido buscado e operado pelo legislador na repressão penal? Quais seriam os riscos desta modalidade de inovação tecnológica tendo em vista o problema criminal da atualidade? É possível o direito penal lidar com essa situação atualmente, especialmente, no que tange aos crimes de Lavagem de dinheiro? Tais indagações estão no cerne do atuar financeiro e jurídico da modernidade.

Esses avanços implicam diretamente no completo repensar de situações de ordem criminal, seja pela *Bitcoin* ser uma nova modalidade, ainda desconhecida, de aplicação financeira, seja pela hipotética forma escusa de utilização, que *per si* não se coíbe com a mera proibição.

Para o entendimento de como deve ser imaginado o papel jurídico-penal outorgado as criptomoedas, ainda que embrionário, do que se poderia imaginar por ter um marco criminal das criptomoedas, deve-se, primeiramente traçar as particularidades da moeda junto ao Direito, visto que o anonimato envolvendo suas transações, se revela como um dos principais problemas a serem enfrentando, principalmente para resolução de casos envolvendo crimes de lavagem de dinheiro em *Cryptocurrencies Exchanges*. Verifica-se que é essencial entender o que significa a moeda no sentido tradicional, para a partir disso debater a moeda virtual dentro de uma órbita artificial de criação penal. A conceituação das criptomoedas deve ser analisada para o fundamental recorte do problema.

Nesse diapasão, destaca-se a necessidade de avaliação da própria questão dos controles administrativos das moedas clássicas reguladas pelo Estado e sua similitude com que os problemas são vistos atualmente pelo direito penal, através de uma ótica de contrastes entre o direito clássico *vs.* supraindividual, que permeiam as condutas contidas no tipo de lavagem de dinheiro em *Cryptocurrencies Exchanges*.

146 Segundo as autoridades que combatem crimes na internet, as plataformas que operam com moedas virtuais, como por exemplo: Tor, Deep Web e Silk Road, utilizam a BTC para promover ações criminosas em várias regiões do mundo.

Outro ponto é a análise de como os aspectos econômicos influenciam o Direito Penal, inaugurando um encurtamento de sua autonomia. Insta salientar que questões envolvendo a regulamentação das criptomoedas necessitam uma real e efetiva compreensão a partir de uma desconstrução de argumentos do senso comum. Isto, porque, o tema já está refletindo na sombra do direito penal (“socorro penal”), sendo necessário o debate para que as criptomoedas não sucumbam dentro desta seara.

Desta maneira, considerando que a nova tecnologia e seus mecanismos são poucos debatidos pelo Direito Penal, considerando os “novos” e já ultrapassados Projetos de Leis, considerando os casos de repercussão nacional envolvendo a criptomoeda e sua não regulação, considerando a tendência de controle do mercado financeiro e o “medo” gerado pela liberdade da moeda virtual, advém as dúvidas de quais seriam os prováveis riscos penais do, ainda, misterioso mundo das *Bitcoins*, bem como seria a relação com a prática ciber-crimes impróprios de lavagem de dinheiro, especialmente, em *cryptocurrencies exchanges*, frente a tendência controladora, ou melhor dizendo, regulatória, ou até mesmo criminalizadora a deste novo meio tecnológico. Logo, a pesquisa, ainda em andamento, tem como objetivo analisar os riscos penais da *Bitcoin* em face do crime de lavagem de dinheiro, especialmente, em *cryptocurrencies exchanges*.

No que tange à relevância da temática, ressalta-se que esta não pode ser minimizada, já que existem poucas pesquisas aprofundadas sobre o tema da pesquisa, de caráter recente e específico. Demonstrando que se trata de um estudo de vanguarda, que pode ajudar no desembaraço dos novos projetos de leis ligados a temática, como por exemplo, o Projeto de Lei nº 2.303/2015, assim como na recente regulação das *exchanges* pela Receita Federal Brasileira (RFB), de modo a proporcionar normativas mais eficazes, que não censure os possíveis aspectos positivos trazidos pelas novas tecnologias.

Quanto à metodologia de trabalho, o artigo terá como supedâneo a pesquisa exploratória, bibliográfica, documental indireta e descritiva, com base na análise de literatura interdisciplinar, a saber, a jurídica, econômica e da ciência da computação, considerada relevante.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jaqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017.
- AMARAL, Thiago Bottino do; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, bitcoin e regulação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 28, a. 26, 2018.
- AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**; tradução notas e comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007.
- ANJOS, Alexandre Bispo dos; SILVA, Jacqueline Oliveira. **Bitcoin como objeto material do crime de lavagem de dinheiro**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI213187,41046Bitcoin+como+objeto+material+do+crime+de+lavagem+de+dinheiro->. Acesso em: 16 out. 2018.
- BAYERN, Shawn. Dynamic common law and technological change: the classification of Bitcoin. **Washington and Lee Law Review**, [s. l.], v. 71, issue 2, 2014.
- BOTTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada blanqueo de dinero en Alemania. **Revista Penal**, [S. l.: s. n.], n. 2, 1998.
- EMMERICH, Tatiana. O crime de lavagem de dinheiro por meio da internet: perspectivas e dificuldades da legislação brasileira. In: ASENSI, Felipe et al. (Orgs.). **Novos Direitos e Transformação Social**. 1ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, v. 1, p. 407-430.
- HEILMAN, Ethan et al. **Eclipse Attacks on Bitcoin's Peer-to-Peer Network**. In: USENIX SECURITY SYMPOSIUM, 24, 2015, Boston. **Proceedings...** Boston University, 2015, p. 129-144.
- JESUS, Damásio E. **Novas questões criminais**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MARGARIDO, Helena. **Regime jurídico das moedas digitais no Brasil**. Disponível em: <MARGARIDO, Helena. Regime jurídico

das moedas digitais no Brasil - Pesquisa Google>. Acesso em: 20 out. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RUIZ-FORNELLES, Alejandro F. **Blaqueo de Capitales. Análisis económico**. Madrid: Delta, 2014.

SAMPIERI, R. H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. P. B. **Metodologia de pesquisa**. 5ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bitcoin e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas**. Minas gerais: Ed. Dplácido, 2018.

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Cyberterrorismo: A nova era da criminalidade**. Minas Gerais: Ed. Dplácido, 2018.

VIANNA, Túlio Lima. **Fundamentos de Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PROGRAMA PARAÍBA UNIDA PELA PAZ: UMA ANÁLISE DA CRIAÇÃO DE POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO CONTEXTO PARAIBANO

*Esley Porto*¹⁴⁷

INTRODUÇÃO

A cada ano, os números absolutos de homicídios crescem, consideravelmente, no Brasil. Por conta disso, muitos estudiosos e pesquisadores que se dedicam às análises na área das políticas criminais veem os problemas de Segurança Pública como a tradução de uma crise sociopolítica e institucional no país, que coloca em risco a vida dos indivíduos, a todo instante.

É nesse interim que surge a necessidade das entidades estatais – detentoras do monopólio da força, conforme concepção weberiana – de pensar em políticas públicas na seara criminal que de fato sejam eficientes, respaldadas em uma *agenda setting* planejada e criticamente avaliada. A partir disso, as instituições estarão presentes na sociedade, de modo a fazer com que os cidadãos vejam que o Estado se encontra ativo, efetivamente, no contexto em que estão inseridos. Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar, brevemente, o Programa Paraíba Unida pela Paz, política

147 Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário de Patos (UNIFIP). Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

pública de segurança criada no estado da Paraíba no ano de 2011, apontando as possíveis consequências de sua implantação no ambiente paraibano.

Importante destacar que muitas das discussões que serão travadas no presente estudo têm como base diálogos feitos a partir de leituras no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade Federal de Campina Grande (NEVU/UFCG) que aparece como um grupo de estudos de grande importância, na Paraíba, no que diz respeito ao pensamento crítico na área das instituições e aparatos coercitivos do estado.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Segundo Nucci (2009), desde os primórdios da humanidade, a vida foi o bem jurídico que primeiro foi visto como necessário de proteção por parte do Estado. Com o passar dos anos, cada vez mais foi preciso que instituições coercitivas intervissem nas relações sociais com o intuito de proporcionar segurança às pessoas, cumprindo, por exemplo, preceitos constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Assim surgem as políticas públicas penais, objetivando trazer soluções e medidas efetivas para combater a violência. Mead (1995) traz uma completa definição do que seriam políticas públicas, como sendo um ramo da política que se destina a pensar no governo por meio de questões públicas. Seria, por extensão, um modo de se resolver problemas públicos.

O governo da Paraíba, diante do aumento nas estatísticas de criminalidade no estado, cria o Programa Paraíba Unida pela Paz, no ano de 2011. Com ele surge, por exemplo, o Núcleo de Análise Criminal e Estatística (NACE) da Secretaria da Segurança e da Defesa Social e a lei complementar estadual nº 111/2012, que dividiu a Paraíba nas chamadas Regiões Integradas de Segurança Pública, facilitando as atividades das polícias, com papéis estruturados e bem delimitados.

METODOLOGIA

Diante da estrutura pensada para adequação em um resumo expandido, e da realidade de que o presente estudo reflete uma pesquisa mais

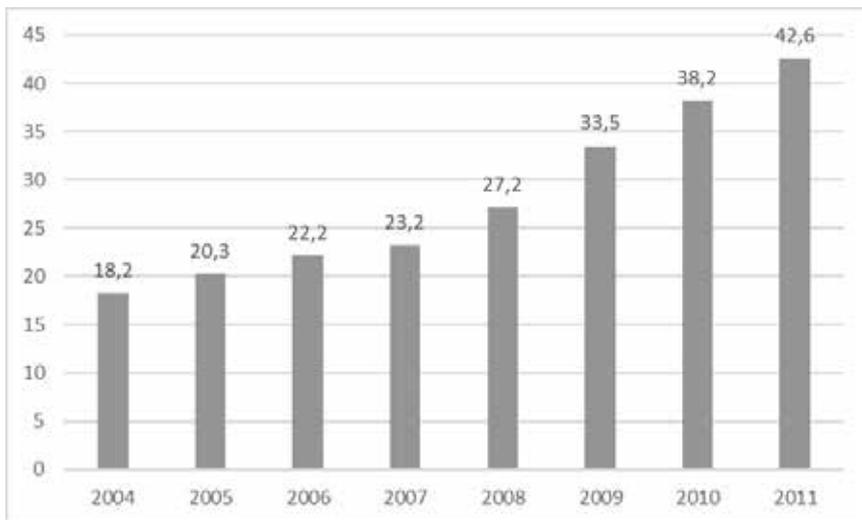
ampla que ainda se encontra em andamento, os caminhos metodológicos traçados buscaram suprir as necessidades, por hora, latentes.

De início, será utilizado o eixo de cunho qualitativo, manifestado pela pesquisa teórico-bibliográfica em escritos, livros e documentos que tratem acerca da temática em tela. Depois, na etapa dos resultados, utiliza-se, também, um eixo que adentra no campo da pesquisa quantitativa, com a presença de estatísticas descritivas que traduzam taxas de homicídios na Paraíba, apontando índices de criminalidade na respectiva unidade da federação. Os dados foram retirados das edições 2016 (CERQUEIRA et al, 2016) e 2020 (CERQUEIRA et al, 2020) do Atlas da Violência, ambos publicados a partir de pesquisas desenvolvidas no Instituto Brasileiro de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Analisando as estatísticas referentes aos homicídios na Paraíba percebe-se que há um crescimento linear contínuo, no início do século XXI. Abaixo, no gráfico 1, é possível ver uma tendência de crescimento entre 2004 e 2011, faixa temporária anterior à implantação do Programa Paraíba Unida pela Paz.

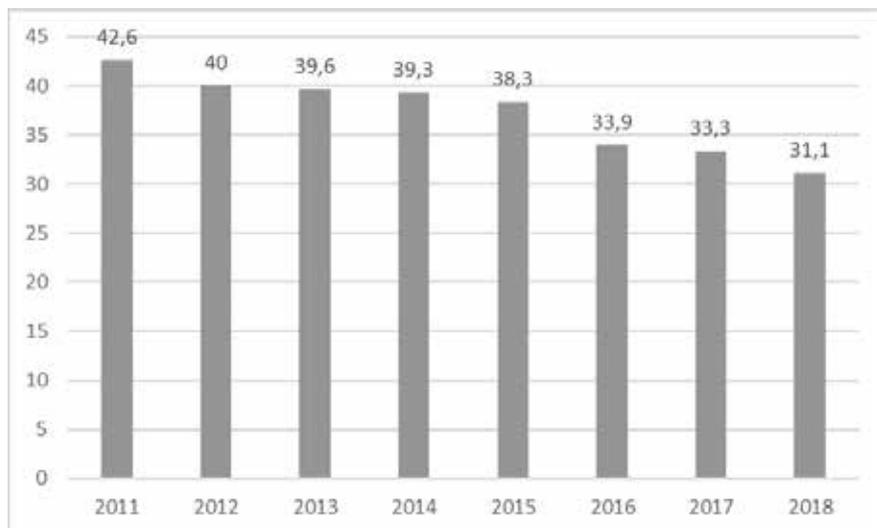
Gráfico 1 – Taxa de Homicídios por 100 mil habitantes no Estado da Paraíba (2004 – 2011).



Fonte: Elaborado pelo autor com base no Atlas da Violência (2016).

Depois, com a implantação do supracitado programa no contexto paraibano, é possível observar uma diminuição gradativa nas taxas de homicídios por 100 mil habitantes do estado da Paraíba (vide gráfico 2). Percebe-se, portanto, uma indicação de que a referida política pública de segurança começa seus trabalhos de modo eficaz, tendo pontos positivos na etapa de avaliação.

Gráfico 2 – Taxa de Homicídios por 100 mil habitantes no Estado da Paraíba (2011 – 2018).



Fonte: Elaborado pelo autor com base no Atlas da Violência (2016).

Entretanto, em estudos posteriores é necessário trazer análises mais minuciosas e, também, refletir acerca das causalidades que justificam as variações nos números de homicídios no cenário paraibano nos últimos anos. Portanto, o presente trabalho que apresenta resultados introdutórios acerca da temática serve como ponto de partida para outros que possam surgir, demarcando a necessidade da academia de discutir questões ligadas à segurança pública.

CONCLUSÕES

Dessa forma, percebe-se com o estudo que, no início dos anos 2000, o estado da Paraíba enfrentava um crescimento nas taxas de homicídio, importante variável para medir a violência de um determinado contexto

espacial. Com isso, surge a necessidade estatal de se pensar em políticas públicas de segurança que sejam capazes de reverter tal situação. Então, é criado o Programa Paraíba Unida pela Paz, no ano de 2011, política pública de segurança que tem o objetivo de mudar o cenário paraibano de crise quanto aos alarmantes índices de violência. A partir de 2012, observa-se que as taxas de homicídios por 100 mil habitantes começam a, gradativamente, diminuir, demarcando um possível sucesso na implementação da referida medida.

Destaca-se, contudo, a necessidade de se tecer outros estudos mais aprofundados que tratem sobre a temática em tela, trazendo outras variáveis causais que sejam capazes de explicar a variância nos números de homicídios na Paraíba.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da Violência 2016**. Rio de Janeiro: Ipea/FBSP, 2016.

_____. **Atlas da Violência 2020**. Rio de Janeiro: Ipea/FBSP, 2020.

MEAD, Lawrence. **Public Policy**: vision, potential, limits. Policy Currents, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Parte Especial. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

UMA NOVA FORMA DE ABORDAGEM DOS TÓXICOS: A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS ENTORPECENTES ILÍCITOS COMO SOLUÇÃO PARA O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Enrico Zerati Trinca¹⁴⁸

INTRODUÇÃO

A princípio, desde o início do século XXI, a sociedade Brasileira sofre com a superlotação no sistema penitenciário devido à política de encarceramento fatal que alcança o delito de tráfico de drogas. A comercialização de entorpecentes e sua utilização origina consequências desumanas para a população, submetendo indivíduos aos males do sistema carcerário pelo uso de substâncias ilícitas.

Assim, o presente trabalho teve como foco analisar o sistema prisional, local em que a maioria dos delinquentes são encarcerados por tráfico

148 Graduando do 10º período do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG unidade Frutal.

de drogas, lidando com um ambiente desordenado e desumano. No mais, essencial destacar os estabelecimentos prisionais, instituições que não contribuem para a valorização dos direitos e garantias fundamentais, em oposição, são os responsáveis pela impraticabilidade dos direitos consagrados na legislação nacional.

A pesquisa visa retratar a política de encarceramento rígida utilizada pelo Estado e a tolerância zero do mesmo na aplicação do *jus puniendi* estatal no delito de tráfico de drogas, propondo como solução viável para o encarceramento que se manifesta intramuros a descriminalização das drogas. A persecução contra as drogas faz emergir um poder de polícia repressivo e autoritário, englobando todos os indivíduos que estão em contato com alguma substância. A temática apresentada é de importante relevância e contribuição para o mundo acadêmico, pois busca evidenciar a dissimulada atuação do Estado no âmbito social e jurídico. Assim sendo, essa pesquisa mostra-se de grande utilidade para os profissionais da área jurídica, acadêmicos e leigos interessados.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A política criminal Brasileira, diante do direito penal máximo aplicado nas relações jurídicas que atualmente regem os sistemas penais, vêm sendo falha diante do encarceramento em massa nas prisões Brasileiras. Através da criação de leis mais rígidas, e da tipificação de variadas condutas expressas no código penal, o sistema carcerário brasileiro prende muitos indivíduos, e os variados estabelecimentos penitenciários existentes não comportam a quantidade de presos, o que ocorre efetivamente com o crime de tráfico. Conforme instrui Luís Carlos Valois:

Assim, o que é conhecido como crime de tráfico de drogas, o do art.33 da Lei nº 11.343/06, possui 18 verbos com os quais se pode atribuir pena de até 15 anos de reclusão para as pessoas que, em termos gerais, tiverem contato com uma substância ilícita “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Todos esses verbos, a generalização do texto *definidor* do crime, a preocupação do legislador em dizer que basta a pessoa possuir drogas *em desacordo com determinação legal*, ou seja, retirando a necessidade de se

provar qualquer desígnio do possuidor, são resultados do uso do direito penal como medida de polícia, afastando completamente a legislação penal da ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado (VALOIS, 2016, p.420).

Deste modo, importante salientar, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), que a quantidade de presos de julho a dezembro de 2019 é de 748.009, no qual 200.583 detentos possuem incidência no tipo legal do delito de tráfico de drogas, um número exacerbadamente alto. Assim, com a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006, o delito de tráfico de drogas passou a ser apurado com maior rigor, uma vez que trouxe excessivos verbos legislativos de alcance abrangente, perpetuando uma maior perseguição policial com as drogas. Por esse ângulo, é primordial que seja concretizado um novo meio de abordagem dos tóxicos na sociedade Brasileira, pois a criminalização dos entorpecentes ilícitos não só contribui para o encarceramento de muitos, mas também favorece o surgimento da violência, principalmente através das guerras às drogas.

Com isso, pelo simples uso de uma substância, os reclusos ingressam no cárcere e deparam-se com situações precárias, sendo violados constantemente em suas condições físicas e psíquicas, o que fere gravemente o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. Diante disso, “A prisão tem sido a droga que mais mata, a que mais produz violência e a que mais causa insanidade para aqueles com ela relacionados” (VALOIS, 2016, p. 18).

A penalidade imposta pelo Estado é meramente uma punição parcial, decisão judicial que agrava a condição do delincente. Eugenio Raúl Zaffaroni, como bem lembra sobre as penas e os sistemas penais: “os mecanismos de negação não podem superar sua essência, e, por conseguinte, não ocultam a situação crítica que se manifesta em uma progressiva “perda” das “penas”, isto é, as penas como infligção de *dor sem sentido*” (ZAFFARONI, 2001, p. 12).

É forçoso que seja perquirido pelo Estado a descriminalização das drogas, ao passo que sua criminalização de nada adiantou e, além disso, uma esfera global livre da circulação de entorpecentes é incognoscível.

Trivialmente, as ruas brasileiras estão repletas de usuários utilizando as mais variadas espécies de entorpecentes.

Pretende-se eludir a repressão policial contra as drogas e, conseqüentemente, o abate de milhares de vidas, que são mortas diariamente em consequência da proibição e utilização de substâncias ilícitas, grande parte destas pela guerra às drogas e a violência policial institucionalizada. A intenção e aspiração destes argumentos, é concretizar meios seguros para a utilização de drogas, à medida que estas já são aclamadas e utilizadas escancaradamente pela população, alimentando o tráfico de drogas e ocasionando uma guerra *ad aeternum*, em que não se vê luz, mas obscuridade.

2. METODOLOGIA

Dentre os métodos de pesquisa, foi escolhida a pesquisa bibliográfica, buscando-se analisar e desenvolver o tema proposto em estudos legais, a partir da inquirição de doutrinas, livros e artigos, partindo da premissa de conceitos e definições de importantes operadores do direito e juristas (LAKATOS; MARCONI, 2017).

Por último, juntamente com a pesquisa bibliográfica, foram inseridos e utilizados no trabalho dados quantitativos. Buscou-se apontar mediante variáveis quantificáveis determinada frequência e intensidade da segregada realidade estudada, evidenciando a problemática do encarceramento em massa pelo delito de tráfico de drogas no sistema penitenciário brasileiro em números (LAKATOS; MARCONI, 2017).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante da análise sistemática do delito de tráfico de drogas, resta evidenciado que o mesmo está profundamente acoplado com o encarceramento massivo que predomina no sistema prisional, havendo uma estruturada relação de causalidade, liderando o delito no ranking de crimes em 2020, superando crimes como roubos e furtos.

Por fim, pode-se chegar, assim, a algumas conclusões: a criminalização do delito de tráfico de drogas é responsável pelo aprisionamento de uma vasta gama de indivíduos em contato com substâncias ilícitas, principalmente considerando a não previsão expressa em lei dos critérios de

diferenciação entre o traficante e o usuário, intrincando a determinação dessas figuras; a descriminalização das drogas e sua legalização pelo Estado é uma possível solução para reduzir os índices de encarceramento no país, inclusive solucionar outras problemáticas estabelecidas no sistema penitenciário brasileiro.

CONCLUSÕES

Conforme a interpretação do delito de tráfico e os resultados originados pelo ilícito penal, os efeitos do encarceramento que predominam na sociedade brasileira suscitam variedades transgressões indignas para os reclusos, sejam eles usuários de drogas ou traficantes. Em tal caso, a dignidade humana torna-se direito esquecido dentro dos muros prisionais que, com a omissão do Estado nas prisões, é direito inexistente.

O Estado deve atentar aos novos modelos de políticas públicas, tendo como principal instrumento legislativo ações cujo escopo seja a descriminalização das drogas na sociedade brasileira, visando reduzir a incidência de tipificação no delito de tráfico, o que possibilitaria a diminuição da superlotação prisional que se alastra paulatinamente no sistema prisional.

Em síntese, estas alternativas são imprescindíveis para concretizar a descriminalização das drogas. Basta um grande esforço, comprometimento e dedicação do Estado, a fim de que este dê uma maior atenção aos usuários de drogas, e identifique as primazias essenciais para a legalização, viabilizando a redução de diversos fatores prejudiciais em sociedade.

REFERÊNCIAS

INFOPEN, **Quantidade de incidência por tipo penal**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJjoiYWY5NjFmZjc-tOTJmNi00MmY3LThlMTEtNWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyL-TRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 18 mar. 2021.

INFOPEN, **Presos em unidades prisionais no Brasil**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJjoiZWl2MmJmMzYtO-DA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6Im->

ViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiO-GRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 18 mar. 2021

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2017.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) COMO INSTRUMENTO DO PROCESSO PENAL NEOLIBERAL

*Kerston Marques Silva Benevides*¹⁴⁹

INTRODUÇÃO

Desde o ano de 2017, o acordo de não persecução penal (ANPP) estava previsto em resolução do Conselho Nacional do Ministério Público. A iniciativa de proposição de inclusão do acordo na legislação, no ano de 2019, foi do então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, que o apresentou como componente do famigerado Pacote Anticrime. O pacote acabou se tornando a Lei nº 13.964/2019. No anteprojeto de lei, o acordo foi apresentado como uma medida para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal.

O instituto insere-se no âmbito da justiça penal negocial, que tem como maior referência de aplicação os Estados Unidos e, nos últimos anos, tem sido bastante difundida entre países que adotam o sistema *civil law*. Não se intenciona, aqui, discutir a tradução ou transplante do instituto, mas investigar o problema da pesquisa: quais são as bases e qual a representação do acordo de não persecução penal em termos de política criminal?

149 Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Docência do Ensino Superior - FABEC Brasil. Especializando em Direito Penal e Criminologia - PUCRS. Bacharel em Direito - UNIVERSO Goiânia. Advogado. Membro da Comissão de Direito Criminal da OAB/GO.

Pretende-se introduzir, com esta pesquisa, a abordagem crítica do instituto de barganha recém incluído na legislação brasileira, discutindo brevemente sua fundamentação, partindo-se da hipótese de que a sua base ideológica seja o neoliberalismo. O fato de o acordo se configurar como uma novidade legislativa significativa para o sistema de justiça criminal brasileiro enseja a necessidade de proposição de uma reflexão jurídico-acadêmica acerca de seus fundamentos e representação.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Estado neoliberal surge com o objetivo de suprimir o Estado de bem-estar social, instituído após a Segunda Guerra Mundial. O Estado garantidor dos direitos fundamentais perde espaço à medida em que o neoliberalismo avança. Nesta nova ideologia

[...] há, por evidente, um desprezo pelo direito, mesmo porque sempre foi, na modernidade, exigência indeclinável a impossibilidade de regresso ao status quo ante quando a questão tratasse de conquistas constitucionais (Canotilho). Mas é principalmente a elas que se trata de atacar na nova ordem, com subterfúgios os mais variados e dentre os quais destaca-se a chamada flexibilização [...] (COUTINHO, 1999, p. 40-41).

Michel Foucault, quando compara o neoliberalismo ao liberalismo, fazendo uma extensa análise sobre ambos os conceitos, entre outras diferenças, explicita que o neoliberalismo deixará de primar pelo princípio liberal do *laissez-faire*, isto é, da não intervenção estatal na economia e autorregulação do mercado. No caso da ideologia neoliberal, o Estado deverá intervir permanentemente do mercado e passará a atuar conforme a lógica da economia de mercado. (FOUCAULT apud BORGES; OLIVEIRA, 2014, p. 233).

Diferentemente da ideologia liberal, o neoliberalismo vale-se, portanto, do Estado como garantidor de seu sucesso. O princípio de não intervenção estatal é mitigado nessa teoria e o Estado passa a ter, como uma de suas atribuições, a de garantir a ideologia neoliberal.

A lógica de mercado pode ser apontada como importante paradigma para contemporâneas exigências processuais, no sentido de celeridade e eficiência. As metas de produtividade, baseadas na lógica da competição, e a exigência de respostas rápidas, cada vez mais, ganham espaço no sistema de justiça brasileiro. Com a aplicação dessa lógica ao processo, o que se observa é a tendência à desburocratização do processo. Essa desburocratização, conforme Jacinto Coutinho, além de não ser muito bem definida, pode significar a deturpação de um sistema que funciona como mecanismo de garantia dos direitos do cidadão (COUTINHO, 1999, p. 47).

O domínio da ideologia neoliberal pode ser compreendido pela concepção gramsciana.

Gramsci, ao distinguir entre domínio e hegemonia, dizia que: hegemonia significa direção intelectual e moral, enquanto domínio é o exercício do poder, que pode ser exercido até mesmo pela força. Acrescentou que uma força ou grupo que aspira à direção deve ser hegemônica antes de obter o domínio, mas mesmo quando este for obtido, deve seguir sendo. (ZAFFARONI; SANTOS, 2020, p. 148)

Funcionando o Estado como garantidor da ideologia neoliberal, incorre-se numa última tendência, ainda mais grave: a de se manter e se agravar a inquisitorialidade no processo penal, especialmente pela concentração da gestão da prova no seio do órgão que detém o poder. (COUTINHO, 1999, p. 47)

METODOLOGIA

A metodologia utilizada na pesquisa é fundamentalmente a da pesquisa bibliográfica. A partir da fundamentação teórica, identificam-se as bases epistemológicas do acordo de não persecução penal. Em seguida, discute-se, a partir dessa compreensão, qual a natureza do instituto. Passando, então, a uma breve conclusão – sem a pretensão de encerramento da discussão, devido à extrema contemporaneidade do tema proposto.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A análise da fundamentação ideológica do acordo de não persecução penal, componente da justiça penal negocial e recém incluído na legislação brasileira, requer a compreensão do neoliberalismo como sistema dominante em seu nascedouro. Amplamente utilizada nos Estados Unidos, a justiça penal negocial tem se difundido entre diversos países ao redor do planeta, mesmo aqueles que adotam sistema diverso da common law.

A implementação do acordo de não persecução penal, no Brasil, sofria duras críticas desde o ano de 2017, isto porque o acordo constava em uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público. Alegava-se, portanto, que o órgão acusador havia assumido o papel de legislador ao inserir o acordo como mecanismo de negociação penal no sistema de justiça brasileiro. Essa discussão restou superada quando, em 2019, o acordo foi legislado e inserido no Código de Processo Penal Brasileiro, sob a forma do artigo 28-A, por meio da Lei nº 13.964/19, advinda do pouco discutido Pacote Anticrime – bandeira de atuação do então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro.

O instituto constitui uma das formas de barganha penal. A lógica da barganha penal configura-se essencialmente pela lógica contratual, enveredando-se, não raramente, pela visão economicista. O acordo de não persecução penal, portanto, seria equiparado a um contrato, em que ambas as partes apresentam liberdade e voluntariedade para “contratar”. Numa visão economicista, esta é a própria negociação e venda da liberdade pelo acusado. Insta questionar até que ponto, de fato, ele poderá exercer tal “liberdade contratual”, diante de um órgão acusador do Estado que exercerá sua discricionariedade – ainda que mitigada, em virtude da *civil law* – para pressionar pela confissão e celebração do acordo. (VASCONCELLOS, 2018, p. 84–85).

O discurso da celeridade processual, utilitarismo e eficientismo penal é o fundamento justificador da necessidade de utilização do acordo, visto como um instituto inevitável e modernizador da justiça penal. A abreviação do processo, ou mesmo sua total supressão, segue a lógica de mercado. As respostas têm que ser rápidas e satisfatórias. A lógica de mercado, desse modo, mostra-se como o principal fundamento desse tipo de “negociação penal”.

CONCLUSÕES

Não se pretendeu, nestas breves linhas, encerrar-se a discussão acerca das bases epistemológicas do acordo de não persecução penal, senão propor-se uma investigação, a partir do problema de pesquisa, de identificação da natureza do instituto e de sua representação em termos de política criminal.

Diante da compreensão do discurso legitimador e formação do Estado de modo a garantir o funcionamento neoliberal, compreende-se que o acordo de não persecução penal se fundamenta essencialmente nessa ideologia. O viés contratual, por vezes economicista, atribuído ao instituto, evidencia que as bases desse instituto de barganha penal são encontradas na lógica de mercado. Tal qual atende a essa lógica, também é visto como instrumento inevitável e modernizador do sistema de justiça criminal.

À guisa de conclusão, não se propôs aqui, portanto, ser a favor ou contra o acordo de não persecução penal, mas sim realizar uma análise das bases e da representação desse acordo fundado na ideologia neoliberal. Compreende-se, por fim, que contratualidade, celeridade e eficientismo devem ser tratados parcimoniosamente no âmbito processual penal, sob pena de se aumentarem ainda mais as distorções no nosso sistema punitivo, especialmente quando justificam “importações” de institutos de sistemas jurídicos diversos do brasileiro.

REFERÊNCIAS

BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, João Rafael de. A expansão do controle por meio das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 59, n. 3, p. 225-247. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37705/23798>. Acesso em: 26 mar. 2021

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 31, p. 37-49. 1999. Disponível em: <https://>

revistas.ufpr.br/direito/article/view/1864/1559. Acesso em: 26 mar. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**. 2a. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

A LEI DE CRIMES HEDIONDOS EM OPOSIÇÃO AO GARANTISMO

*Lucas Frasson Sant'Ana de Oliveira*¹⁵⁰

INTRODUÇÃO

O inciso XLIII do art. 5º de nossa Constituição pediu um tratamento mais duro aos crimes hediondos. Pouco tempo depois, em 25 de julho de 1990, publica-se a lei de número 8.072, que trouxe ao novo ordenamento jurídico as disposições principais sobre o tema. Apesar de a existência dessa lei ser uma decorrência lógica do dispositivo constitucional, seu conteúdo levantou diversos questionamentos por parte dos penalistas brasileiros. A Lei de Crimes Hediondos completou, em 2020, seus trinta anos de existência os questionamentos sobre sua natureza voltaram a receber destaque: há, nesse instrumento legal, um quê de direito penal emergencial? É claro que aqui não há espaço para detalhar todos os dispositivos da lei e “julgar” cada um em separado. O objetivo, então, é investigar se existem tendências emergenciais no contexto de elaboração e publicação da referida lei.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Mesmo que não se aceite que a história possa ser reduzida a uma fórmula única, é possível analisar algumas de suas variáveis a partir de forças que se opõem. Uma dessas oposições é o eterno retorno (para usar a ex-

150 Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Participante do projeto de ensino Kinesis – Grupo de Estudos em Filosofia do Direito.

pressão de Nietzsche) da luta entre autoritários e liberais (num sentido mais amplo do termo). Gregos aristocratas contra gregos democratas; romanos patrícios contra plebeus; os Stuart contra os nascituros liberais ingleses; a Igreja contra Voltaire; o direito penal do inimigo contra o garantismo. Ambos os lados tiveram seus momentos, mas nenhum foi, até hoje, aniquilado.

Na recente história do Direito Penal não é diferente. Os contemporâneos olham com orgulho para a insurgência de Beccaria contra as atrocidades de seu tempo; e estranham a preferência de Maquiavel pelo temor, e não pelo amor, na aplicação das leis pelo Príncipe. Contudo, após o garantismo de Ferrajoli, cresce nos EUA o movimento Lei e Ordem, com um perfil altamente repressivo e a clara intenção de “higienizar” a cidade de um tipo específico de sujeito (VIANA, 2018, p. 280-281). Na garupa dessa ideologia, mas também com apoio nas práticas populistas de parte dos governantes brasileiros e na vontade de vingança de seus eleitores, a Lei de Crimes Hediondos trouxe um tratamento que, em muitos aspectos, ultrapassa os mandamentos da Constituição e caminha para um verdadeiro direito penal de emergência.

METODOLOGIA

Trata-se de uma análise qualitativa contida em pesquisa bibliográfica, que, segundo Cervo e Bervian, “procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos”, especialmente, livros e artigos (CERVO; BERVIAN, 1983, p. 55).

Quanto à metodologia empregada, parece razoável aproximar esse trabalho do método histórico, entendido como a técnica que investiga o contexto antecedente a determinado fenômeno e o seu processo de formação. Todavia, caracteriza-se também como hipotético-dedutivo, já que parte de hipóteses contidas em conhecimentos gerais sobre o tema, passa por uma exposição de suas razões históricas e jurídicas e chega-se a uma segura verificação daquelas teses (LAKATOS, 2003, p. 106-107).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir de uma análise do contexto político, social e histórico, é possível identificar pressões sociais pela imposição imediatista de soluções

para as altas taxas de criminalidade que assolavam (e assolam) o Brasil. De outro lado, é possível identificar políticos que, visando a um ganho de popularidade, cedem a essas pressões. Também há uma tendência repressiva trazida pelo movimento Lei e Ordem e outros congêneres. Desse modo, é perfeitamente cabível a esse contexto o que disse Ferrajoli: a política criminal atual afasta-se do modelo garantista e aproxima-se de um direito penal emergencial, buscando responder a anseios imediatistas, cedendo a pressões sociais, mesmo sem a verificação da eficácia dessas políticas como meio efetivo para a prevenção de delitos (FERRAJOLI, 2014, p. 97).

CONCLUSÕES

Não se nega a necessidade de uma política criminal que aponte soluções para a crise de segurança que há tempos assola o país. Mas isso jamais poderia implicar a desconsideração dos limites traçados pelas conquistas históricas do Direito Penal e por uma interpretação sistemática de nossa Carta Maior. Logo, tem-se como imprescindível uma reanálise e uma reforma da Lei de Crimes Hediondos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. 1990.
- CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.
- LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIREITO PENAL E CIBERCRIMINOLOGIA: É LEGÍTIMA A EXPANSÃO PENAL NA SEARA DOS CRIMES VIRTUAIS?

*Laís Lopes de Sousa*¹⁵¹

INTRODUÇÃO

A indagação central desta pesquisa circunda a (i)legitimidade da intervenção do Direito Penal na esfera dos crimes informáticos, de tal maneira que a problemática abordada decorre da inquietude existente em face da necessidade de discussão em derredor da limitação do poder de punir do Estado em contraste com o necessário direcionamento de olhares aos delitos virtuais. A presença dos instrumentos e meios tecnológicos na sociedade hodierna é inegável e diz respeito ao principal fenômeno desencadeador do acúmulo de conhecimentos a ser transmitido e herdado numa perspectiva intergeracional. Entretanto, a despeito de existirem imensuráveis benefícios propiciados pela Era Digital, o risco e a insegurança também são marcas da evolução e, nessa esteira, emerge a necessidade de proteção aos novos bens desabrochados a partir do advento tecnológico. Por esse ângulo, a temática em evidência se justifica, em primeiro lugar, pela relevância dos objetos trazidos à discussão, tendo em vista consistir

151 Graduanda do 5º período de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais. Pesquisadora bolsista do Projeto de Pesquisa “Sociedade dos riscos e crimes informáticos: (i) legitimidade da expansão do Direito Penal no contexto dos delitos virtuais”.

o ciberespaço em um mecanismo facilitador do cometimento de crimes, sobretudo os convencionais contra a honra e a intimidade. Em segundo plano, o tema abordado se justifica defronte à complexidade que perpassa a sociedade digital. De modo contextualizado, a discussão em torno do fato de que os ambientes sociais virtuais têm sido, para além de uma rede de comunicação e globalização, um círculo de propagação de falsas informações e de maledicências, traz à tona a necessidade de uma reavaliação da importância dos valores que permeiam as relações entre os indivíduos, seja nos contatos interpessoais no mundo físico, seja no mundo on. Para mais, a temática incide em grande relevância para a ciência do Direito, uma vez que aflora certo incentivo aos estudos dentro da comunidade do Direito Digital.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As tecnologias desenvolvidas e implementadas nas últimas décadas pós-Revolução Industrial trouxeram consigo uma promessa de resolução de diversos problemas sociais e de aumento do bem-estar social, por conseguinte. Não obstante os avanços oriundos do salto tecnológico, econômico e industrial, são verificadas inúmeras consequências negativas, as quais são traduzidas nos “riscos advindos da modernidade” ou “riscos modernos”. Diante disso, a sociedade do risco é uma resposta ao movimento de desejo social por mais proteção e expansão das fronteiras tradicionais do Direito Penal. Nessa senda, ocorre que se no Direito Penal tradicional deve ser observado o princípio da *ultima ratio*, no contexto expansionista as respostas jurídico penais são utilizadas como *prima ratio*, numa acepção hipotética de maior efetividade do Direito Penal. Imperioso destacar, então, um dos principais riscos da sociedade pós-industrial: a criminalidade no âmbito digital. A virtualização do mundo há muito tempo ocupa grande parte da vida e do cotidiano de quase totalidade dos sujeitos sociais e, portanto, a modernização dos veículos de comunicação é a principal marca da evolução dos tempos. Isso posto, os mecanismos virtuais se fazem cada vez mais presentes na rotina da população urbana, estabelecendo margens para que a Internet não seja empregada apenas como ferramenta de trabalho ou enquanto meio interativo, mas, bem ao revés, possibilita que os recursos eletrônicos sejam frequentemente uti-

lizados na prática de diversos delitos. De mais a mais, apesar de o texto do artigo 5º, IV, da Constituição Federal ser límpido ao abordar que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, a Internet propicia uma falsa sensação de obscuridade e impunidade do agente, corroborando a alta incidência dos crimes virtuais. Dentro dessa ótica, se antes a preocupação dos legisladores era em torno das condutas ilícitas do mundo físico, atualmente, diante do protagonismo da Internet, a legislação deve romper muros e barreiras intangíveis para propor soluções no tocante à criminologia digital. Destarte, de acordo com Brito (2013), os anseios da sociedade deixaram de ser eminentemente reparatorios e passaram a ser, em contrapartida, também inibitórios, a fim de prevenir a ocorrência de danos que, uma vez efetivados, serão indelévels. Apesar disso, parece carecer de legitimidade a expansão do Direito Penal no âmbito de grande parte dos delitos virtuais, ao passo que uma expansão penal legítima, independentemente da seara de crimes, seria aquela amparada pelas garantias individuais e lastreada nos princípios penais, precipuamente no da intervenção mínima.

METODOLOGIA

A pesquisa orienta-se pela metodologia qualitativa, tendo em vista a análise crítica e valorativa dos dados coletados e a finalidade básica estratégica de avançar no desenvolvimento da ciência do Direito, a partir do aprofundamento do conhecimento científico já existente a respeito do objeto da investigação. Ademais, a pesquisa guia-se pela estudo bibliográfico interdisciplinar, ao mesclar conhecimentos de Direito Penal, de Direito Penal Informático e de Direito Digital. Para tanto, utiliza-se como fonte de pesquisa manuais e livros específicos sobre o tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Considerando que este estudo origina-se a partir das pesquisas desenvolvidas no âmbito do Projeto de Pesquisa “Sociedade dos riscos e crimes informáticos: (i) legitimidade da expansão do Direito Penal no contexto dos delitos virtuais”, da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Diamantina, com fomento do Programa de Apoio

à Pesquisa (PAPq/UEMG), o qual ainda está em curso, os resultados aqui apresentados são parciais. A despeito disso, espera-se demonstrar que existem outras searas do Direito mais adequadas e menos gravosas no tocante aos crimes no âmbito virtual — assim como no que se refere aos demais riscos advindos da modernidade — que não o Direito Penal.

CONCLUSÕES

De todo o exposto, é possível depreender que, de fato, são necessários mecanismos de proteção e reparação efetivos às mais diversas vítimas dos delitos virtuais e, da mesma maneira, é essencial o reconhecimento de que existe uma lacuna normativa nesta esfera. Contudo, observa-se, em sede conclusiva, que, no tocante ao objeto desta pesquisa, é necessário, primeiramente, que as outras ramificações do Direito sejam devidamente observadas, antes da intervenção do Direito Penal, em consonância com o princípio da intervenção mínima.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, out. 1988.

BRITO, Auriney. **Direito Penal Informático**. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2010.

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS É UMA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL?

*Alicia Marcy de Carvalho Bellegard*¹⁵²

*Mariana Cesto*¹⁵³

INTRODUÇÃO

A crescente exposição da criminalidade das pessoas jurídicas leva a questionamentos sobre a atuação do Direito penal com relação a elas. Desde a própria necessidade de atuar, passando por delineamentos dogmáticos e categorizações, até a forma de apenar as empresas, há preocupações a fim de garantir que o Direito penal respeite seus princípios basilares, notadamente, a intervenção mínima e a culpabilidade (BUSATO; PRAZERES, 2020, p. 10). É na busca desse equilíbrio da atuação do Direito penal que reside o problema desta pesquisa: a responsabilização penal de pessoas jurídicas é verdadeiramente uma expansão do Direito penal?

Com isso, o objetivo geral da pesquisa é verificar se a responsabilização penal das pessoas jurídicas efetivamente revela uma expansão indevida da atuação do Direito penal, no sentido de violar o princípio da intervenção mínima.

152 Graduanda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (UFPR).

153 Mestranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (UFPR).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Apesar da previsão constitucional (artigo 173, § 5º e artigo 225, § 3º) e das referências legais (artigo 3º da Lei nº 9.605/1998, por exemplo) – por vezes expressas – à responsabilidade penal da pessoa jurídica, ainda existe grande resistência de parte da doutrina com relação ao tema (por exemplo, PRADO, 2011, p. 61), com a oposição dos mais diversos óbices principiológicos e dogmáticos, como explica Busato (2018, p. 85).

A atuação do Direito penal em áreas como a econômica, em que há intensa atuação das pessoas jurídicas e sua expansão nesse sentido são tratadas por autores como Martínez-Buján-Pérez (2003, 953-985).

Ao mesmo tempo que parte da doutrina apresenta resistência à ideia de responsabilização da pessoa jurídica, qualificando-a como uma expansão do Direito penal em uma direção equivocada, é inegável que as empresas se engajam nos mais diversos cenários criminosos, da corrupção, ao vilipêndio do meio ambiente. É notório, também, que alguns desses crimes têm consequências desastrosas de magnitude indiscutível (como os decorrentes dos desastres de Mariana e Brumadinho) e que atingem os bens jurídicos mais caros à sociedade.

Busato (2018, p. 95) cirurgicamente descreve que:

[...] são precisamente os direitos fundamentais mais básicos das pessoas que têm sido vilipendiados constantemente pelas atividades corporativas. Qualquer breve vislumbre das mais recentes e relevantes catástrofes criminosas ocorridas no Brasil faz denotar a presença do envolvimento de pessoas jurídicas. Desde a instalação de esquemas permanentes de compra de vantagens ilegais nas contratações públicas envolvendo os mais altos escalões da nação em toda sorte de crimes contra a administração pública até a destruição de porções inteiras de cidades, rios e ecossistemas para preservar lucros, todos os crimes mais graves perpetrados no Brasil do século XXI têm o envolvimento explícito de pessoas jurídicas. Se o Direito Penal não está presente para isso – vale dizer, para enfrentar os ataques mais graves aos bens jurídicos importantes para o desenvolvimento social das pessoas – seu desenho passa longe de uma obediência ao princípio de intervenção mínima. Ele estará,

isso sim, servindo de escudo permanente à preservação das desigualdades sociais em proveito dos poderosos e em detrimento dos oprimidos.

Revela-se, com isso, a necessidade de atuação do Direito penal em sua precípua missão de controle do intolerável (BUSATO, 2018, p. 95), colocando em xeque as críticas que se fazem a uma verberada expansão indevida.

METODOLOGIA

Para a consecução do objetivo, utiliza-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica sobre os delineamentos gerais dos princípios basilares do Direito penal e da responsabilização penal da pessoa jurídica, a fim de analisar se efetivamente existe uma expansão indevida de atuação.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Há autores que entendem a responsabilização penal da pessoa jurídica como uma expansão indevida do Direito penal (DOTTI, 2011, p. 163-202), a interpretando como um alargamento da atuação que deveria ser buscada, o que incorreria em um alegado desrespeito à intervenção mínima de *ultima ratio*, e, ainda, um desprestígio ao princípio da culpabilidade, por violar uma suposta construção dogmática penal voltada apenas às pessoas físicas (DOTTI, 2011, p. 163-202).

Ainda que indubitável o avanço penal sobre sujeitos ativos diversos daqueles que, nos últimos anos, foram objeto de preocupação do Direito penal, é questionável se essa responsabilização penal das pessoas jurídicas efetivamente caracteriza um caminho indesejado e não, na verdade, um desvio em busca do alcance dos princípios que tantos julgam como vulnerados nesses casos.

Nesse contexto, a análise inicial da pesquisa que está sendo desenvolvida indica que, ao contrário do que parte da doutrina defende (como mencionado alhures) ou possa parecer em um primeiro momento, a admissão da responsabilização penal das pessoas jurídicas não viola, mas sim prestigia os princípios basilares do Direito penal.

Ao atribuir responsabilidade penal aos entes coletivos, responsáveis por vilipêndios gravíssimos de bens jurídicos caros ao desenvolvimento humano em sociedade, como a vida e o meio ambiente e, considerando o poderio e a influência das pessoas jurídicas em um contexto de supremacia do lucro e do consumo, cumpre-se o princípio da intervenção mínima em suas duas vertentes: a fragmentariedade, por direcionar a atuação penal apenas a tais situações graves, e a subsidiariedade por relegar à última instância jurídica apenas aqueles casos que os demais ramos não foram capazes de solucionar com sua atuação.

Outrossim, ao atribuir a responsabilidade à pessoa jurídica pelo crime por si cometido, especialmente na fórmula de autorresponsabilidade (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 33), homenageia e preenche exatamente ao que prevê o princípio da culpabilidade, visto que se responsabiliza e apenas quem cometeu o crime e não outrem em seu lugar (BUSATO; PRAZERES, 2020, p. 28-29), de modo que a participação da pessoa física, se houver, se daria, a depender do caso concreto, como modalidade de concurso de pessoas.

CONCLUSÕES

Conclui-se, em síntese, que a responsabilização penal das pessoas jurídicas representa, ao contrário do que muitos defendem, um necessário avanço de atuação do Direito penal. O que implica, ao contrário do que possa parecer, no verdadeiro cumprimento dos inexoráveis princípios da intervenção mínima e da culpabilidade.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, abr./jun. 2018.

BUSATO, Paulo César; PRAZERES, Ângela. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas. Especial referência ao fato de conexão” In: GRECO, Luís; BUSATO, Paulo César. **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: anais do III seminário Brasil-Alemanha. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “big Crunch” en la sección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico). **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n. 7, p. 953-985, 2003).

PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

AS IMPLICAÇÕES DA VIGÊNCIA DO DELITO DE STALKING NA LEI Nº 11.340/06

*Laura Dalcin Rossato*¹⁵⁴

INTRODUÇÃO

No dia 31 de março de 2021, foi sancionada, pelo Presidente da República, a Lei nº 14.132, que tipificou o delito de perseguição obsessiva, ou popularmente conhecido como *stalking*. *Stalking*, no âmbito jurídico, passou a ter a seguinte redação: “perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade” (BRASIL, 2021) e encontra-se no capítulo contra a Liberdade Individual do Código Penal, mais especificamente no artigo 147-A. Ocorre que com a tipificação de tal delito, mudanças ocorreram também no âmbito da violência doméstica. Dessa forma, questionam-se quais influências que o novo delito terá na aplicação dos casos abarcados pela Lei nº 11.340 de 2006, Lei Maria da Penha? Objetiva-se explicar com o presente trabalho as implicações da tipificação do delito de forma geral, após, explicar quais as influências que este possui na nos casos da lei supracitada.

154 Graduanda em Direito pela Universidade federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A perseguição obsessiva, conforme exposto no tipo penal, é uma ação reiterada de importunação, vigia ou perseguição contra alguém. Essa ação pode envolver, ainda, ameaça e restrição da liberdade de locomoção da vítima, através de chantagens psicológicas, por exemplo. Considerando que o maior número de vítimas de perseguições, ameaças e importunações são as mulheres, que de acordo com a ONG *SaferNet*, uma entidade de referência nacional no enfrentamento aos crimes e violações aos Direitos Humanos na internet, na internet os crimes de violência contra mulheres foram os que mais cresceram entre 2017 e 2018, com um aumento de 1.600%. As denúncias saltaram de 961 casos em 2017, para 16.717 mil em 2018. (MANSUIDO, 2020), a nova tipificação traz relevantes mudanças no caminho para defesa dos direitos das mulheres.

A tipificação também é uma inovação porque não era prevista anteriormente, não se amoldando aos delitos que já existiam, como ameaça, lesão corporal ou, até mesmo, perturbação da tranquilidade (REIS; SERRA, 2021), delitos usualmente registrados nos casos de violência doméstica, mesmo ocorrendo frequentemente.

METODOLOGIA

Para concretizar tal pesquisa, é utilizado o método de abordagem dedutivo, pois se analisou o delito de *stalking* de forma generalizada para, posteriormente, aplicar o estudo a casos específicos, na lei Maria da Penha. O método de procedimento utilizado para a explicitação do tema é o método monográfico com o estudo do delito. Como técnica de pesquisa empregou-se da documentação indireta com pesquisa documental, visto que a pesquisa ocorreu, principalmente, na análise dos textos legislativos. Além disso, como forma de coleta de informações da realidade estudada examinou-se o delito a fim de obter suas características.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Com a perseguição obsessiva tipificada, tem-se a inovação legislativa e percebe-se que o legislador buscou abordar duas importantes esferas atuais do direito: a internet, ao incluir na redação a frase “por qualquer

meio”, e o agravante do crime cometido contra a mulher por questão do seu gênero. Ademais, o novo tipo penal ampliou o rol de delitos que poderão ser denunciados como crimes de violência doméstica e, assim, uma forma de garantir que as mulheres terão amparo na legislação. A perseguição, que é muito realizada por meio da internet e anteriormente poderia ser vista como fato atípico, passa a ter uma pena de até dois anos e nos casos que envolvem gênero chegando a 3 anos.

O novo tipo penal revogou a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, Artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, que previa a perturbação e uma pena simples de 15 dias podendo chegar a dois meses e multa. Essa resposta legislativa demonstra também a preocupação em elaborar delitos que sejam uma prática atual e que vigorem com a finalidade de atenuar nos casos de violência. Isso porque em uma pesquisa da *Stalking Resource Center*, foi confirmado que 76% das vítimas do crime de feminicídio foram perseguidas e tiveram sua tranquilidade violada antes do delito final, também que 54% das vítimas reportaram a entidade policial que estavam sendo *stalkeadas* antes de serem assassinadas por seus perseguidores”.

CONCLUSÕES

Conclui-se com a pesquisa que a nova tipificação trouxe inovações legislativas ao tipificar um delito que usualmente é cometido contra a mulher e elencar a questão de gênero como agravante da pena. Também, inova ao abordar a expressão “por qualquer meio” garantindo também a segurança da mulher na esfera *online*.

A vigência da lei implica mudanças especificamente no delito de perturbação da tranquilidade, que foi revogado. No novo cenário, a perturbação tem que ser reiterada e a ação penal passa de pública incondicionada para pública condicionada ao tratar da representação.

Por fim, conclui-se que a tipificação foi assertiva e os casos de atuação da Lei Maria da Penha ganham mais uma forma de combate à violência, psicológica que é abordada no artigo 7º inciso II, contra as vítimas da sociedade machista. O delito garante que a liberdade das mulheres seja assegurada, através de registro e solicitação de medidas protetivas, e que não ocorrerá impunidade em tais atos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 14.132 de 31 de março de 2021. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 mar. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.html. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 07 abr. 2021

MANSUIDO, Mariane. Violência de gênero na internet: o que é e como se defender. Termo *in*: **Câmara Municipal de São Paulo CPI das Mulheres**, São Paulo, 11 out. 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/violencia-de-genero-na-internet-o-que-e-e-como-se-defender/> Acesso em: 02 abr 2021.

ROSSATO, Laura Dalcin. Stalking: o delito de perseguição que envolve a internet. **CEPEDI**. 05 abr. 2021. Disponível em: <https://cepedi.org/2021/04/05/stalking-o-delito-de-perseguaao-que-envolve-a-internet/> Acesso em: 05 abr. 2021.

SERRA, Ana Paula Ribeiro; REIS, Lis. Os reflexos da tipificação do crime de stalking no Código Penal. **Revista Consultor Jurídico**, 20 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-20/opiniaao-reflexos-tipificacao-crime-stalking-cp>. Acesso em: 03 abr 2021.

DIREITO PENAL E SOCIEDADE

Cezar Jorge De Souza Cabral,
Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques,
Ronaldo Alves Marinho Da Silva,
Tatiana Lourenço Emmerich De Souza (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2021