

SEGURANÇA PÚBLICA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

pesquisas, relatos e reflexões

Vol. III

André Luiz Nunes Zogahib
Dorli João Carlos Marques
Maxwell Marques Mesquita
Ailton Luiz dos Santos
Flávio Carvalho Cavalcante
Romulo Garcia Barros Silva
Heron Ferreira da Silva Muneymne
[Organizadores]



AYA EDITORA
2023

Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pesquisas, relatos e reflexões Vol. 3

André Luiz Nunes Zogahib
Dorli João Carlos Marques
Maxwell Marques Mesquita
Ailton Luiz dos Santos
Flávio Carvalho Cavalcante
Romulo Garcia Barros Silva
Heron Ferreira da Silva Muneymne

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizadores

André Luiz Nunes Zogahib
Dorli João Carlos Marques
Maxwell Marques Mesquita
Ailton Luiz dos Santos
Flávio Carvalho Cavalcante
Romulo Garcia Barros Silva
Heron Ferreira da Silva Muneymne

Capa

AYA Editora

Revisão

Os Autores

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva
Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza
Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa
Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos
Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega
Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva
Centro Universitário FACES

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chiroli
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota
Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis
Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira
Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig
Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos
Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva
Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza
Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso
Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues
Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão
Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior
Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra
Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti
Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim
Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.^a Ma. Lucimara Glap
Faculdade Santana

Prof.^o Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho
Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.^o Me. Luiz Henrique Domingues
Universidade Norte do Paraná

Prof.^o Dr. Milson dos Santos Barbosa
Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.^o Dr. Myller Augusto Santos Gomes
Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.^a Dr.^a Pauline Balabuch
Faculdade Sagrada Família

Prof.^o Me. Pedro Fauth Manhães Miranda
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.^o Dr. Rafael da Silva Fernandes
Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.^a Dr.^a Regina Negri Pagani
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.^o Dr. Ricardo dos Santos Pereira
Instituto Federal do Acre

Prof.^a Ma. Rosângela de França Bail
Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.^o Dr. Rudy de Barros Ahrens
Faculdade Sagrada Família

Prof.^o Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares
Universidade Federal do Piauí

Prof.^a Dr.^a Silvia Aparecida Medeiros
Rodrigues
Faculdade Sagrada Família

Prof.^a Dr.^a Silvia Gaia
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Thaisa Rodrigues
Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

S4566 Segurança pública, cidadania e direitos humanos: pesquisas, relatos e reflexões [recurso eletrônico]. / André Luiz Nunes Zogahib (organizador)...[et.al.] -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 272 p.
v.3

Inclui biografia
Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
ISBN: 978-65-5379-162-6
DOI: 10.47573/aya.5379.2.145

1. Segurança pública - Brasil. 2. Narcóticos- Controle. 3.. Viciados em drogas. 4. Transsexuais. 5. Violência em mulheres. 6. Ressocialização. 7. Prisões- Brasil. 8. Processo penal - Brasil. 9. Crime por computador. 10 Internet - Legislação – Brasil. 11. Mídia digital - Legislação – Brasil. 12. Tecnologia e direito. 13. Direito eleitoral – Brasil. 14. Devedores e credores – Brasi. I. Zogahib, André Luiz Nunes. II. Marques, Dorli João Carlos. III. Mesquita, Maxwell Marques. IV Santos, Ailton Luiz dos. V. Cavalcante, Flávio Carvalho. VI. Silva, Romulo Garcia Barros. VII. Muneymne, Heron Ferreira da Silva. VIII. Título

CDD: 353.36

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53
Fone: +55 42 3086-3131
E-mail: contato@ayaeditora.com.br
Site: <https://ayaeditora.com.br>
Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

Apresentação.....11

01

Abuso do poder político e econômico no direito eleitoral: uma análise crítica sobre as sanções impostas.....12

Jair Amador Reis Neto

Italo da Silva Lima

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.1

02

Juiz das garantias e o processo penal brasileiro23

Camila de Souza Pereira

Wellington Silva de Lima

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.2

03

Direito penal do inimigo na visão de Günther Jakobs35

Hermison Victor Pereira Alencar Sampaio

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.3

04

As graves violações ao princípio da dignidade da pessoa humana no sistema prisional brasileiro50

Larissa Corsino Farias

Paula Clavelina Brito Martins Neta

Willian Sapito dos Santos Torres Junior

Maxwell Marques Mesquita

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.4

05

A ressocialização do preso perante o sistema penitenciário brasileiro.....65

André Roman Alonso Soares

Marcelo Lima De Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.5

06

A licitude da utilização da carta psicografada como meio de prova no plenário do júri77

Beatriz Brito Dos Santos Silva

Flaide Flaviane Galvão Ferreira

Samuel Caio Rodrigues de Oliveira

Wellington Silva de Lima

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.6

07

A legitimidade da autoridade policial para celebrar acordos de colaboração premiada e a anuência do Ministério Público como condição de eficácia, à luz do Supremo Tribunal Federal95

Rachel Lima de Alencar

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.7

08

Tráfico de animais silvestres na Amazônia ...112

Lin Zhao Yi

Goreth Campos Rubim

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.8

09

A ineficácia da lei nº 11.340/06 no aumento de casos de violência doméstica durante a pandemia Covid-19127

Renata Araújo Façanha
Jorge Henrique Martins Vasques
Ilcilane Bentes Ferreira
Davi Gentil de Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.9

10

A aplicabilidade da qualificadora feminicídio as mulheres transexuais139

Beatriz Gomes Rodrigues
Brian Moraes
Winy Batalha Cavalcante
Davi Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.10

11

O superendividamento dos idosos em época de pandemia de Covid-19 na cidade de Manaus150

Ana Carolina Soares Santos
Carla Cristina Fialho dos Anjos
Márcio de Jesus Lima do Nascimento

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.11

12

A vulnerabilidade social das mulas do tráfico presas no aeroporto internacional de manaus ...162

Ricardo Raposo Xavier Leite

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.12

13

Distinção entre usuário e traficante na lei de drogas e a proteção aos direitos da personalidade175

Silvio Luis Cordeiro Júnior

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.13

14

**Crime virtual no âmbito penal contra a honra.....
.....194**

Lucian Miranda de Paula

Pedro Matheus Farias Lima

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.14

15

O direito de imagem no direito digital.....206

Treicy Milena Mendes de Oliveira

Luciana Adélia Sottili

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.15

16

Inteligência de segurança pública e o enfrentamento criminal no brasil: aspectos legais e doutrinários225

Adenilton Pinto Lopes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.16

17

Depoimento especial policial e seu impacto nos processos iniciados no NUCRIA - Ponta Grossa233

*Simone Sanson e Silva
Vanessa Milan*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.17

18

Os direitos humanos e a ressocialização no sistema penitenciário brasileiro244

Pierre de Oliveira Menegoni

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.18

19

Considerações quanto ao conceito de justiça da ordem econômica constitucional256

Luiz Adriano Moretti dos Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.19

Organizadores264

Índice Remissivo267

Apresentação

Apresentar um livro é sempre uma responsabilidade e muito desafiador, principalmente por nele conter tanto de cada autor, de cada pesquisa, suas aspirações, suas expectativas, seus achados e o mais importante de tudo a disseminação do conhecimento produzido cientificamente.

Nesta coletânea de **“Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos: pesquisas, relatos e reflexões - Volume 3”**, abrange diversas áreas da segurança pública, cidadania e direitos humanos, refletindo a percepção de vários autores.

Portanto, a organização deste livro é resultado dos estudos desenvolvidos por diversos pesquisadores e que tem como finalidade ampliar o conhecimento aplicado às áreas de segurança pública, cidadania e direitos humanos evidenciando o quão presente elas se encontram em diversos contextos organizacionais e profissionais, em busca da disseminação do conhecimento e do aprimoramento das competências profissionais e acadêmicas.

Este volume traz dezenove (19) capítulos com as mais diversas temáticas e discussões, as quais mostram cada vez mais a necessidade de pesquisas voltadas para área de segurança pública, cidadania e direitos humanos. Os estudos abordam discussões como: abuso do poder político e econômico; juiz das garantias; direito penal; graves violações ao princípio da dignidade da pessoa humana; ressocialização do preso; licitude; legitimidade da autoridade policial; tráfico de animais silvestres; ineficácia da lei nº 11.340/06; feminicídio; superendividamento dos idosos; vulnerabilidade social; lei de drogas; crime virtual; direito de imagem; inteligência de segurança pública; depoimento especial policial; direitos humanos e por fim, um estudo sobre o conceito de justiça da ordem econômica constitucional.

Por esta breve apresentação percebe-se o quão diverso, profícuo e interessante são os artigos trazidos para este volume, aproveito o ensejo para parabenizar os autores aos quais se dispuseram a compartilhar todo conhecimento científico produzido.

Esperamos que de uma maneira ou de outra os leitores que tiverem a possibilidade de ler este volume, tenham a mesma satisfação que sentimos ao lê-los.

Boa leitura!

Os Organizadores



**Abuso do poder político e econômico
no direito eleitoral: uma análise
crítica sobre as sanções impostas**

**Abuse of political and economic power
in electoral law: a critical analysis of
the sanctions imposed**

Jair Amador Reis Neto

Acadêmico de Direito no Centro Universitário do Norte.

Italo da Silva Lima

Acadêmico de Direito no Centro Universitário do Norte.

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.145.1

RESUMO

Esta peça aborda o crime de Abuso de Poder Econômico através de uma reflexão sobre sua definição, como é identificado na prática e como é prevalente na legislação nacional. Explora esse crime com o objetivo de analisar sua ocorrência dentro do processo eleitoral. Isso é feito por meio da discussão de discussões sobre a inelegibilidade decorrente do cometimento desse crime. Para manter o Estado Democrático de Direito, o sufrágio e a pesquisa bibliográfica devem ser enfatizados. Isso porque o processo democrático conta com o uso tanto de métodos de pesquisa dedutivos quanto de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: crime. eleitoral. democracia.

ABSTRACT

This piece addresses the crime of Abuse of Economic Power through a reflection on its definition, how it is identified in practice and how it is prevalent in national legislation. It explores this crime in order to analyze its occurrence within the electoral process. This is done through the discussion of discussions about the ineligibility resulting from the commission of this crime. To maintain the Democratic Rule of Law, suffrage and bibliographic research must be emphasized. This is because the democratic process relies on the use of both deductive research methods and bibliographic research.

Keywords: crime. electoral. democracy.

INTRODUÇÃO

Para criar novas leis, o legislador brasileiro implementou muitas medidas além do âmbito do Direito Eleitoral e do Processo Penal. Essas lacunas na lei forneceram um contexto histórico para as reformas provocadas pela manipulação eleitoral. Muitas dessas mudanças foram instituídas por meio dos próprios procedimentos eleitorais.

A Carta Magna de 1988 procurou estabelecer legitimidade e proteção para reivindicações políticas contra atos ilícitos. Também procurou impedir a manipulação econômica pelos detentores do poder político. Desde então, a questão principal tem sido a luta contra a manipulação política dos eleitores. Para combater isso, as pessoas exigem justiça dos tribunais.

Um objetivo principal desta pesquisa é fornecer insights sobre estudos interdisciplinares relacionados ao direito eleitoral. Ao fazê-lo também enfatiza a conexão entre o direito eleitoral e o direito penal, explicando as consequências do abuso do poder econômico durante o processo eleitoral. Além disso, este estudo busca incentivar novas pesquisas sobre direito eleitoral.

Ao abrir com uma discussão sobre a história do Direito Eleitoral brasileiro, o primeiro capítulo apresenta temas como crimes eleitorais e suas consequências para o leitor. Também discute os crimes eleitorais mais comuns com um contexto mais amplo. Em seguida, esclarece como a legislação brasileira trata os delitos eleitorais referenciando leis específicas. Em seguida, destaca-se a importância da manutenção da integridade eleitoral para a manutenção da demo-

cracia política no Brasil.

O tópico do próximo capítulo concentra-se em como se dá o abuso de poder econômico por meio do processo eleitoral. O estudo se concentra em como esse crime é definido na legislação e como é praticado no processo eleitoral. Ele analisa principalmente a situação econômica do país e como isso afeta a promoção desse crime. Isso é feito para mostrar por que o voto deve ser justo e manter a democracia através do uso do sufrágio.

Esta pesquisa emprega fontes secundárias e primárias para coletar informações. Emprega uma abordagem qualitativa com foco na análise de crimes eleitorais múltiplas vezes. A pesquisa utiliza o método dedutivo analisando aspectos gerais sobre esses crimes. Isso leva a um resultado mais específico ao analisar as especificidades desses crimes.

DIREITO ELEITORAL: HISTÓRIA E PROCESSO

O ramo do direito público que contém sistemas eleitorais, instituições, leis e procedimentos que regulam o direito ao voto. A natureza desta lei é pública, pois trata de questões coletivas, como representantes eleitos. É importante notar que este ramo está relacionado a questões individuais, não ao público em geral (BARROS, 2004).

O sentido da história entra em jogo quando se fala do Brasil como colônia portuguesa. Embora o país fosse governado por uma verdadeira monarquia vitalícia, também havia um governo público nas cidades brasileiras formado por meio de eleições populares. Estas eleições foram realizadas ao abrigo do Código de Ordenação Eleitoral para o reino português. Os cargos eletivos eram rotulados como cargos eletivos e eram responsáveis pelas funções de juiz e procurador na Câmara Municipal (BOBBIO, 2015).

A constituição de 1824 estabeleceu o sistema eleitoral. Nos três primeiros artigos, 90 a 97, o sistema foi montado. Essa constituição tornou o Brasil independente; no entanto, o sistema eleitoral permaneceu em vigor. As eleições primárias para assembleia geral e membros do conselho foram realizadas para eleger senadores e conselheiros. Somente cidadãos nascidos no Brasil ou naturalizados poderiam votar nessas eleições. Isso criou o prazo para os eleitores provinciais, que elegeriam vereadores e senadores (CAPEZ, 2007).

De acordo com a Carta Magna e a Proclamação da República, a lei eleitoral mudou. Isso incluiu eleições simultâneas em todo o país para a escolha de representantes tanto para o Senado Federal quanto para a Câmara dos Deputados. Além disso, os Poderes Legislativos Federais já pertenciam ao Congresso Nacional – um congresso composto pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados. O chefe de Estado foi eleito através de um processo eleitoral; este processo eleitoral foi liderado pelo Presidente da República (CAVALCANTI, 2022).

A constituição sofreu muitas mudanças antes da promulgação. Essas alterações acrescentaram inúmeras leis complementares, regulamentos partidários, códigos eleitorais e emendas constitucionais. Além disso, a Constituição manteve a Justiça Eleitoral dentro do Judiciário e a incluiu entre seus órgãos. A Lei Federal 9.504 de 30 de setembro de 1997, a Lei das Eleições, categoriza os crimes eleitorais e estabelece punições para eles. Essas práticas eleitorais ilícitas ou deploráveis incluem a ruptura do sigilo e da legitimidade do voto, bem como outras violações da legislação eleitoral. Como esses atos ilegais prejudicam a legitimidade das eleições e violam

os direitos dos eleitores, o Ministério Público Eleitoral é encarregado de apresentar queixas criminais contra os infratores (DA SILVA, 2014).

A população brasileira espera escolher seus representantes a cada dois anos. Eles acreditam que eleger um deles os ajudará a trabalhar em seu benefício com projetos e propostas. Eles também esperam que eles trabalhem em nome da justiça, façam contas públicas, sigam os princípios constitucionais e sirvam ao povo. Além da votação do dia-a-dia, a lei eleitoral exige uma série de fases preparatórias e procedimentos pós-eleitorais. Essas fases conferem ao Estado Democrático de Direito uma expressão observável da vontade pública (DEUTSCH, 1979).

O processo eleitoral consiste em processos eleitorais municipais, estaduais e federais que operam continuamente em paralelo. A Justiça Eleitoral supervisiona cada um deles, sendo o Tribunal Superior Eleitoral sua autoridade máxima.

As eleições exigem regras para um procedimento adequado; é por isso que a segurança jurídica nas eleições é importante. O processo de lei eleitoral fornece uma maneira de verificar a legitimidade de candidatos e partidos. Este sistema de fiscalização permite ao público saber que apenas os candidatos legalmente habilitados podem assumir os seus cargos e exercer as suas funções. Todos os cidadãos têm o dever de compreender o processo eleitoral para continuar perpetuando a democracia. É por isso que a justiça eleitoral deve garantir a legalidade do processo eleitoral (FRANCISCO, 2002).

Um breve olhar sobre a história do país no que diz respeito à legislação eleitoral revela que apenas 90 anos se passaram desde que o primeiro código eleitoral do país foi implementado por meio do Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Como resultado, um grande número de crimes eleitorais continua impune graças a meios transnacionais de punição ainda não registrados (GARCIA, 2006).

A Lei Eleitoral está em um estado de desenvolvimento nascente. Ainda não foi totalmente concluído devido à necessidade de maior foco e especificidade da inspeção. Além disso, a compra de votos ou a saída das urnas são ações ilegais porque contrariam a finalidade pretendida pela Lei Eleitoral. Essas leis também regulam o abuso de poder político, econômico e social durante o processo eleitoral.

O Brasil tem uma lei eleitoral muito antiga. Como o código está tão desatualizado, os legisladores têm dificuldade em implementar uma nova legislação que mantenha a regra original intacta. Eles precisam considerar o propósito pretendido da lei, minimizando quaisquer consequências não intencionais. Isso porque suas leis são *sui generis* — exclusivas do Brasil — e abrangem delitos amplos e exaustivos. A criação de novas leis nesse sistema é excepcionalmente difícil devido à natureza de suas leis, que exigem que os legisladores considerem aspectos que indicam onerosidade e criminalidade, mantendo a coesão geral (MELLO, 2000).

O sistema legal do Brasil cuida de crimes que exigem mais consideração do que a maioria dos outros crimes. A Obtenção Ilícita de Sufrágio é o mais significativo desses delitos; pois, é o ato de comprar ou prometer a alguém um voto político para que vote em alguém ou receba algum tipo de vantagem. Também é chamado de compra de votos porque envolve doar, oferecer, prometer ou entregar algo a alguém para influenciar seu voto. A compra de votos é proibida desde o momento da inscrição do candidato até o dia da eleição e pode resultar em multas de até US\$ 5.000 e na perda de seu registro ou diploma. Isso se deve à Lei Federal nº 9.504/97, que foi

alterada pela Lei Federal nº 9.840/99 (BARROS, 2004).

Muitas irregularidades justificam a instauração de uma investigação formal. Isso inclui quebrar regras sobre responsabilidade e não conformidade com os requisitos de distribuição. Além disso, uma infração pode ser estabelecida se os alunos ou candidatos infringirem as regras de responsabilidade e cumprimento dos procedimentos de cobrança. Em alguns casos, isso pode até levar à remoção da escola ou à revogação do diploma.

Abuso de poder econômico

Abuso de poder refere-se ao uso indevido de autoridade por um funcionário público, independentemente de suas intenções. Pode se referir a qualquer tipo de poder, mesmo que não esteja relacionado à violação da lei. O abuso de poder impacta negativamente na legitimidade de ações judiciais e favorece injustamente correligionários, partidos políticos ou candidatos a cargos públicos. Esse comportamento antiético pode ser detectado estudando as características do abuso de poder. Essas características são encontradas em todos os casos e não podem ser simplesmente ignoradas como outras irregularidades na lei (BOBBIO, 2015).

O abuso de poder pode ocorrer de várias formas, uma das quais é o abuso econômico. O mau uso do poder político pode ser um reflexo do poder econômico, uma vez que tem valor monetário.

Cunha (2009), professor de Direito da Universidade do Norte do Ceará, afirma que o abuso de poder no direito eleitoral está relacionado ao uso indevido de recursos do Estado, alterando bens públicos e prejudicando eleitores. Esse mau uso do poder político pode causar danos financeiros ou até mesmo ganhos monetários. Qualquer abuso de poder eleitoral deve ser combatido com todos os meios disponíveis.

À primeira vista, o uso indevido ou abuso de poder para aliciar eleitores revela a falta de fé do povo brasileiro em seus líderes. Sendo o processo eleitoral uma das melhores ferramentas da democracia, o eleitor vender seu voto ou trocar de partido é um sinal claro de que o sistema eleitoral é ilegal e precisa ser melhorado. Isso também mostra os baixos padrões educacionais dos eleitores; estão elegendo candidatos com pouca experiência democrática. Outra indicação do sistema eleitoral retrógrado do Brasil é que muitas pessoas optam por votar no cabresto ou no censo, mesmo que isso não represente com precisão a vontade do público. Em vez de votar cegamente em alguém, os eleitores devem considerar cuidadosamente quem eles querem que os represente (CAPEZ, 2007).

O poder econômico e político é abusado mesmo por países avançados com populações bem alimentadas. Isso é por causa de como as pessoas manipulam subconscientemente o sistema, de acordo com ele. Uma maneira de isso acontecer é exibir anúncios políticos ou econômicos durante o último ano da campanha de reeleição de um político ou o primeiro ano de sua posse (CAVALCANTI, 2022).

O abuso de poder na política por funcionários públicos e membros do judiciário é um conceito importante a ser enfatizado. Muitos eleitores podem ser influenciados pelos resultados de processos políticos informais, como suborno e influência política exercida por promotores locais.

As Leis Orgânicas de cada instituição descrevem os métodos adequados para lidar com

várias situações. Essas mesmas leis também delineiam procedimentos criminais que devem ser obedecidos por todos. Quando um juiz infringe essas leis, comete um mau uso ou abuso do poder político. Além disso, praticam atos ilícitos proibidos pelas leis. Isso é considerado um crime por si só que pode ser punido com prisão ou multa. Muitas outras pessoas também infringem essas leis ao desempenhar funções processuais para um resultado eleitoral. Esse comportamento será examinado no último capítulo deste trabalho (DA SILVA, 2014).

Qualquer abuso de poder requer a distinção entre a forma como um agente realiza determinada ação e a proporcionalidade dos eleitores afetados. O uso indevido ocorre quando um agente age além de sua competência, ou ordena ou realiza condutas que possam ter consequências eleitorais sem atender ao princípio da isonomia.

Na linha de pensamento de Zilio (2019), o Direito Eleitoral serve para regular o direito ao poder por meio de sua função pretendida. Essa afirmação foi veiculada por Zilio (2019), e coincidiu com seu método cronológico de raciocínio. Além disso, Gomes (2021) afirmou que o objetivo da Lei Eleitoral é permitir a tomada de poder adequada sem coação ou subterfúgio.

Embora se refira a conceitos diferentes, o romance de Zilio (2019), aborda tanto o abuso de poder político quanto o abuso de autoridade. Isso porque o autor acredita que o poder público deve ser separado de qualquer forma de corrupção, independentemente de como ela se manifeste. Uma forma de isso ocorrer é por meio da incompetência ou ilegalidade nas ações de um funcionário público. Quando um funcionário eleito comete atos de corrupção, isso é chamado de abuso de poder político.

Garcia (2006) demonstrou o mau uso do poder político comparando-o aos efeitos do abuso de autoridade. Ele mostrou que ambos os termos têm definições e significados semelhantes. O abuso de poder político é qualquer ação que deturpe a administração pública para obter acesso ao sistema eleitoral em benefício próprio ou de outrem. Garcia (2006) analisou o abuso de poder por meio de Rodrigo López Zílio, que disse que se tratava apenas de uma substituição de “autoridade”. Em sua prática forense, não há diferenças entre esses conceitos. Ambos descrevem as mesmas ações e resultados.

Gomes (2017), servidor público do ano de 2017, diz que o abuso do poder político se manifesta de várias maneiras. Entre outras coisas, isso pode incluir o uso incorreto de bens públicos, recursos ou programas sociais. Também é possível abusar da equipe de um agente público suspendendo ou demitindo-o. Além disso, podem acontecer ameaças contra funcionários da Administração. Isso pode até acontecer se nenhuma ação for tomada.

Os artigos 73 a 78 da Lei 9.504/97 proíbem determinados comportamentos abusivos típicos do setor público. Esses abusos de poder político são considerados improbidade administrativa e devem ser considerados uma forma de abuso.

Abusar do cargo público por meio do uso indevido de recursos ou pessoas no serviço público, direta ou indiretamente, cria uma vantagem injusta para um candidato. Esse abuso leva ao ganho e perda indevidos de bens materiais ou financeiros.

Antes e durante um processo eleitoral, a lei reconhece o poder da relação política ao designar os participantes. Eleitores e candidatos políticos exercem o poder como parte de seus deveres. A lei legitima esse poder invocando os próprios processos eleitorais. Este conceito é

baseado na obra de José Afonso sobre Direito Constitucional.

A Carta Magna concede ao povo o poder de exercer o controle direto ou indireto de um órgão do governo. Este funciona com base no art. 1º do documento, que afirma que os direitos das pessoas devem ser afirmados e protegidos por meio da participação direta ou indireta na governança. A declaração esclarece ainda que a democracia ocorre por meio desse processo. Por meio dele, o povo faz valer seus direitos e garante que está protegido por lei.

A Carta Magna detalha o processo pelo qual a vontade de um governante é expressa por meio de votos públicos e plebiscitos. Ele nos diz que o sufrágio pode ser realizado de várias maneiras – secreta, direta e por sufrágio universal – desde que os eleitores não abusem do poder que se concederam. Isso está descrito no artigo 14.

O abuso de poder econômico é um candidato, partido ou coligação que utiliza recursos que possuem valor econômico em seu benefício. Isso ocorre em processos eleitorais sem padrões claros para sua prática dificultar pesquisas sobre o tema. Por isso, a doutrina deve preencher essa lacuna definindo como os processos eleitorais devem ser percebidos (DEUTSCH, 1979).

Os tribunais determinam os atos abusivos do poder econômico analisando a relação causal entre o ato e seu potencial para atrapalhar as eleições. Este processo requer a demonstração de recursos financeiros significativos ou gastos monetários significativos durante os meses de campanha eleitoral.

A constituição brasileira foi estabelecida com a ajuda da Carta Magna. Deixa claro que todos os direitos dos indivíduos devem ser mantidos e respeitados. Além disso, afirma que uma república democrática deve ser estabelecida com representação por meio da soberania popular. Isto é conseguido através de múltiplos partidos políticos representados por funcionários eleitos. Isso permite que os eleitores escolham quais leis serão promulgadas e permite um governo mais responsivo.

Um dos principais problemas com o mundo político é o uso indevido do poder econômico para fins egoístas. Isso geralmente leva alguns políticos a ganhar seu poder por meio de suborno ou intimidação de eleitores. Além disso, muitas pessoas não têm o conhecimento e os recursos necessários para realizar uma mudança real (FRANCISCO, 2002).

O abuso de poder ocorre quando o poder público ou financeiro é mal utilizado para beneficiar um candidato e prejudicar os demais durante o processo eleitoral. Isso leva a um desequilíbrio na disputa eleitoral e causa problemas significativos para o tribunal. Ao considerar o abuso do poder econômico, o Tribunal Superior Eleitoral considera todos os diferentes métodos, incluindo ajuda financeira, manipulação da opinião pública por meio de propaganda política e outras técnicas.

O abuso de poder econômico na legislação brasileira

A Lei nº 9.504/97 foi sancionada em 1997. Seu art. 37 afirma que todos os atos proibidos listados se enquadram no poder econômico abusivo. Estes incluem improbidade administrativa, roubo e uso indevido da mídia. Além disso, esta lei estabelece que o fornecimento de bens e serviços de uma pessoa deve ser irregular quando demonstra poder econômico abusivo. Além

disso, os presentes devem ser proibidos caso se pretenda abusar do poder econômico. Quaisquer regras sobre prestação de contas e cobrança também precisam ser quebradas para que isso aconteça (GARCIA, 2006).

A Lei 97 9.504 declara que os agentes públicos devem aderir a princípios específicos. Se não o fizerem, pode ser considerado uso indevido do poder político. Esses princípios definem o abuso de poder e são listados como tal em muitos casos.

O princípio da legalidade deve ser entendido para analisar adequadamente a ideia principal. Por causa desse princípio, todos os políticos devem aderir à lei, o que significa que eles só podem praticar atos que a lei permite. Isso contrasta com o público em geral, que assume que tudo o que não é proibido é permitido. Mello (2020), acredita que os administradores devem receber autorização expressa para trabalhar dentro da lei. Essa afirmação “reforça a noção de absoluta subserviência à lei por parte dos administradores.

O trabalho de Zílio (2017) define abuso de poder econômico como o uso do poder financeiro para obter vantagem em uma disputa política. Garcia (2006) aponta que a violação das diretrizes de financiamento de campanha pode gerar certo tipo de abuso de poder econômico – desde que o potencial nocivo esteja presente. Quando um candidato eleitoral viola os limites quantitativos e qualitativos que regem a arrecadação e o gasto de recursos de campanha, ocorrerá abuso de poder econômico (AFONSO FRANCISCO 2002). Adicionalmente, Gomes (2017) afirma que a palavra “econômico” está atrelada à ideia de propriedade patrimonial. Portanto, devido à prática ilegal de um agente de usar recursos ou valores de forma bizarra e extrema, a igualdade eleitoral se desfaz.

O autor afirma que esse abuso pode ser realizado de várias maneiras; alguns desses métodos incluem fazer campanha com fundos obtidos ilegalmente, oferecer vantagens aos eleitores e abusar de recursos de campanha muito acima dos limites legais. Alguns desses abusos estão elencados na legislação eleitoral, como o art. 30-A da Lei 9.504/97 que estabelece que os recursos financeiros de campanha devem ser aplicados dentro dos limites legais. Além disso, o art. 9º da Lei 9.504/97 estabelece que o sufrágio pode ser capturado ilegalmente sem consequências legais.

O código eleitoral declara na seção 222 que o voto não deve ser falso, fraudulento, coagido ou interferido pelo poder econômico ou político. Qualquer ato de captura de eleitores ou propaganda que contorne esse processo é ilegal.

Tanto o abuso do poder econômico quanto o poder político se enquadram no escopo das leis que categorizam os abusos. Estes são referidos como Abuso de Poder Econômico e Abuso de Poder Político. Ambos os abusos se caracterizam pela intenção de agir com motivos fora do âmbito da lei, bem como pela boa-fé e fins sociais.

A Carta Magna dá esse significado ao Abuso de Poder Econômico. Vem do 18, §9, que afirma que os legisladores devem proteger os recursos econômicos dos ricos de ações judiciais. O abuso do poder econômico difere do poder político porque envolve ações judiciais e posições econômicas privilegiadas. Também consta da Lei Complementar nº 64/1990: a Lei de Inelegibilidade. Esta lei torna os legisladores inelegíveis para realizar eleições se abusarem dos poderes econômicos (MELLO, 2000).

Além disso, a atividade econômica ilegal deve estar direta ou indiretamente associada ao candidato para que o político seja responsabilizado por Abuso de Poder Econômico. Para determinar isso, os tribunais exigem provas de que as campanhas políticas fizeram pedidos específicos de votos. Essas provas devem ser acompanhadas de uma análise da gravidade da atividade ilegal e seu efeito nos resultados das eleições.

De acordo com o artigo 73º do Código Eleitoral, as sanções cabíveis são aplicadas se houver indícios de culpa do agente. Entre elas, a rescisão imediata do ato criminoso, a aplicação de multa e a reposição parcial dos itens recolhidos no caso de o infrator reincidir no crime. Além disso, quaisquer infrações subsequentes podem ser adicionadas às anteriores e usadas para criar uma multa maior. Isso se chama improbidade administrativa e anula quaisquer diplomas ou registros anteriores.

Inelegibilidade decorrente de condenação por abuso de poder econômico

Como afirma Gomes (2017), os partidos políticos são agora o núcleo do processo democrático. Eles atuam como a força motriz por trás das campanhas eleitorais, garantindo que o processo democrático funcione sem problemas. Gomes (2021), observa ainda que os partidos são vitais para o funcionamento de todo o sistema. Como resultado, eles representam um canal legítimo de ação política. As pessoas também usam os partidos para coletar e organizar a opinião pública em uma agenda coesa para as disputas eleitorais.

O Brasil emprega um sistema misto de financiamento para suas campanhas. Tanto o financiamento público - ou especial - quanto o privado estão disponíveis. Os candidatos podem utilizar recursos próprios, contribuições de cidadãos e partidos políticos e o fundo especial de campanha.

Uma modalidade mista de financiamento de campanha é usada em campanhas políticas. O objetivo principal é proporcionar aos eleitores maior envolvimento na vida pública, bem como evitar o uso indevido do poder econômico, estabelecendo um teto de gastos ditado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Como a política trata de influenciar as pessoas por meio da influência, o candidato mais influente vencerá — e o dinheiro permite que eles sejam mais influentes. Fora isso, é importante que o dinheiro seja legal para que possa ser usado para supervisão eleitoral e esforços de participação eleitoral. Quaisquer fundos em excesso são ilegais e não devem ser usados para outros fins.

A ideia por trás da inelegibilidade é impedir o abuso de cargos públicos, impedindo que as pessoas sejam elegíveis para votar. Em outras palavras, destina-se a proteger a democracia de possíveis e mais prováveis abusos. É por isso que é fundamental garantir que as pessoas não possam abusar de seu poder; para conseguir isso, eles não podem votar.

A inelegibilidade decorrente de um ato de abuso de poder econômico é considerada uma questão legal devido à resposta do Estado de negar o ato ilícito cometido por determinado candidato. Por outro lado, a inelegibilidade declarativa é causada por ações estatais que proíbem ações específicas. Ambas as inelegibilidades são diferentes da natureza jurídica de justificar as ações de alguém, pois resulta do uso de ações proibidas (GOMES, 2017).

A Constituição brasileira concede aos candidatos condenados por abuso de poder econômico o direito de serem impedidos de exercer o cargo por oito anos. A Lei Complementar nº

135/2010, também conhecida como Lei da Ficha Limpa, tem a função específica de eliminar essa atividade criminosa. Afirma que os candidatos considerados culpados deste delito devem receber o mesmo status de inelegibilidade que os condenados por fraude eleitoral. Conseqüentemente, a lei foi implementada para remover candidatos considerados inaptos dos cargos eletivos devido ao seu comportamento criminoso.

A necessidade dessa regulamentação tornou-se evidente depois que o Código Eleitoral não tratou da proibição do abuso de poder econômico como crime. A Lei Complementar nº 135/2010 estabelece que somente os crimes de segundo grau, que sejam tratados por colegiado com cassação, são considerados crimes puníveis com inelegibilidade por oito anos. Isso se deve à importância constitucional da dupla jurisdição; faz parte da constituição do Brasil que qualquer infração penal seja tratada com o dobro da severidade da ofensa original.

Os critérios de inelegibilidade na LC 64/90 foram alterados pela LC 135/10. Essa mudança altera o texto para incluir a gravidade das circunstâncias que cercam uma ação que resulta em inelegibilidade. Anteriormente, apenas a possibilidade dessas circunstâncias alterarem o resultado da eleição resultaria na inelegibilidade a ser considerada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei continha muitos regulamentos específicos para penalizar e combater os crimes eleitorais. Isso porque a legislação vigente era relativamente recente e relacionada a todo o ordenamento jurídico. Muitos dos detalhes específicos da legislação vieram da jurisprudência.

O conhecimento especializado também é validado no âmbito da Justiça Eleitoral com esforços para utilizar a prática jurídica como referência. Legislar crimes econômicos como o Abuso de Poder Econômico contribui para a função geral da democracia, preservando sua justiça. Direcionando a atenção para isso, cuidados especiais devem ser tomados ao examinar as conseqüências desses crimes para o processo eleitoral. Quando os eleitores são descaradamente influenciados sob a direção de uma influência externa, suas escolhas perdem o sentido e a democracia sofre como resultado.

A Justiça Eleitoral tem jurisdição sobre os crimes eleitorais não previstos especificamente no Código Penal. Tanto os crimes eleitorais como os crimes econômicos são julgados pela mesma lei, mas apenas os crimes econômicos são abrangidos pelo Código Penal. Muitos tipos de crimes eleitorais são definidos por esse código, mas alguns ainda seriam de competência da Justiça Eleitoral. Desta vez, foram consideradas as questões sobre como o poder de voto é alocado. Foi decidido que o abuso do poder econômico para resultados eleitorais desequilibrados pode ser processado como crime. Isso pode ser feito sem que nenhuma legislação específica proíba isso no Código Eleitoral.

É comum os brasileiros cometerem crimes eleitorais devido ao estado de suas finanças. Isso porque muitos preferem prover suas necessidades básicas e as de suas famílias quando o voto se torna uma disputa entre dois candidatos. Esta pesquisa considera o primeiro grande obstáculo em uma consciência política.

Dar legitimidade ao processo eleitoral é um aspecto importante da democracia do país. Como tal, muitas pessoas e juristas têm focado seu tempo no desenvolvimento de procedimen-

tos e teorias confiáveis. Isso porque os crimes eleitorais são fatores significativos no atual clima político do país. Muitos especialistas e autores criaram novas teorias e procedimentos para melhorar o processo eleitoral. No entanto, nada disso pode acontecer a menos que exista algum tipo de estrutura moral.

REFERÊNCIAS

BRASIL, J. F. A democracia representativa na República (antologia). Brasília: Editora do Senado Federal, 1998.

MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30. ed. 2020

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 472. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Umberto Messias de Souza. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki.

STJ. Ação Penal: Apn 472 ES 2003/0051867-6. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. DJe 08/09/2011. JusBrasil, 2011. Disponível: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21649704/certdao-de-julgamento-21649707> Acesso: 09 de setembro de 2022

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTI, Rodrigo. Lavagem de Capitais. Combate à Criminalidade Econômica e a Preservação de Direitos Fundamentais. Natal. Editora Polimatia, 2022.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DEUTSCH, Karl. Política e Governo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. Dos Abusos nas Eleições. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GARCIA, Emerson. Abuso de Poder nas Eleições: Meios de Coibição. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. Direito Eleitoral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 2000.

ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.



Juiz das garantias e o processo penal brasileiro

Judge of guarantees and brazilian criminal procedure

Camila de Souza Pereira

Acadêmica de Direito no Centro Universitário do Norte - UNINORTE

Wellington Silva de Lima

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Advogado. Docente do curso de Direito da UNINORTE.

DOI: [10.47573/ayd.5379.2.145.2](https://doi.org/10.47573/ayd.5379.2.145.2)

RESUMO

O principal objetivo da salvaguarda do juiz é a imparcialidade do juiz, pois ele será responsável pelo controle da legalidade da fase investigatória e pela defesa dos direitos individuais, e decidirá sobre prisões provisórias, quebra de sigilo telefônico, procedimentos de busca e apreensão, etc. O objetivo do presente trabalho é analisar a constitucionalidade do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro. Foi realizado um levantamento mediante fundamentação teórica e foi levado a obter informações de muita importância para realização deste estudo, porém, procuraram-se fontes primárias para que se pudessem obter as informações fundamentais para levantamento das principais características do tema. A agência de adjudicação de fiança apresentou o trabalho. Procurou-se demonstrar um amplo conjunto de conhecimentos com base no surgimento dessa medida, a saber, o sistema processual penal, possibilitando definir e demonstrar o sistema adotado hoje no Brasil. Ele provou ser muito eficaz, pois outros países analisaram sua definição e implementação. Em nosso país, embora ainda não implantados, nas cidades dos estados de São Paulo, Paraná e Pará, existem varas investigativas especializadas.

Palavras-chave: juiz das garantias. sistemas processuais penais. sistema acusatório.

ABSTRACT

The main objective of the judge of guarantees is the impartiality of the judge, as he will be responsible for controlling the legality of the investigative phase and safeguarding individual rights, deciding on provisional arrest, breach of telephone confidentiality, search and seizure procedures, among others. The objective of the present work is to analyze the constitutionality of the judge of guarantees in the Brazilian legal system. A survey was carried out through theoretical foundations and it was taken to obtain information of great importance to carry out this study, however, primary sources were sought so that fundamental information could be obtained to survey the main characteristics of the theme. The bail award agency submitted the work. We sought to demonstrate a broad set of knowledge based on the emergence of this measure, namely the criminal procedural system, making it possible to define and demonstrate the system adopted today in Brazil. It proved to be very effective as other countries looked at its definition and implementation. In our country, although not yet implemented, in the cities of the states of São Paulo, Paraná and Pará, there are specialized investigative courts.

Keywords: judge of guarantees. criminal procedural systems. accusatory system.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, a atual constituição brasileira é considerada a mais democrática de todas as constituições existentes no país e uma das mais garantidoras dos direitos e garantias individuais. Três gerações de direitos fundamentais destinados a promover a dignidade humana e proteger os cidadãos (LEÃO, 2021).

Um dos objetivos é garantir um julgamento justo e imparcial ao acusado, tendo em vista o sistema processual penal integrado à Constituição vigente, o acusador. Embora o atual Código de Processo Penal tenha um resquício inquisitorial, ele está desatualizado em vários aspectos

contrariando a Constituição vigente, dada a sua inspiração autoritária e fascista à época (DE TOLEDO; FERRARESI, 2021).

O Instituto de Juízes de Garantia foi criado na Alemanha na década de 1970 e desde então vem sendo adaptado a cada ordenamento jurídico, cujas disposições legais se encontram em diversos pactos internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que reconhece direitos um tribunal justo. O conceito de juiz garantido é que é possível ter um juiz encarregado da fase pré-processual e um juiz que ingresse no processo a partir do momento em que termina a fase investigativa, que decida o mérito no processo penal, por isso é realmente não contaminado (DE ALBUQUERQUE; DE SOUZA, 2020).

O principal objetivo da salvaguarda do juiz é a imparcialidade do juiz, pois ele será responsável por controlar a legitimidade da fase investigativa e defender os direitos individuais, decidir sobre prisões provisórias, quebra de sigilo telefônico, procedimentos de busca e apreensão etc. e ativismo judicial não deve ser confundido com favoritismo, imparcialidade não é favorecer o reclamante na hora de julgar (PINTO, 2021).

Mesmo que o juiz não pretenda se sujar, ele inconscientemente começará a fazer pré-julgamentos e interferirá sem saber no julgamento, como quando o juiz ordena a produção de provas urgentes antecipadamente, ele será condenado. No que diz respeito à formação dos factos, procura apenas confirmar as opiniões que formou. Dessa forma, o Instituto foi analisado de acordo com a Constituição como forma de priorizar a proteção dos direitos fundamentais do acusado, a imparcialidade dos juízes e a consolidação dos direitos do demandante (DOS SANTOS, 2021).

Foi realizado um levantamento mediante fundamentação teórica e foi levado a obter informações de muita importância para realização deste estudo, porém, procuraram-se fontes primárias para que se pudessem obter as informações fundamentais para levantamento das principais características do tema. Os critérios de inclusão dos estudos para o levantamento bibliográfico serão textos completos, na língua portuguesa e inglesa, com acesso livre e gratuito nas bases de dados acima citadas. Os critérios de exclusão foram estudos que não atendam os objetivos do estudo.

O objetivo do presente trabalho é analisar a constitucionalidade do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

No Direito comparado são encontradas três espécies de sistema processuais: sistema acusatório, sistema inquisitório e sistema misto. O sistema acusatório é uma característica dos regimes democráticos, pois neles os direitos e garantias fundamentais são resguardados. AVENA, leciona:

Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias (AVENA, 2020, p. 83).

Diante disso, resta claro que a predominância do sistema acusatório garante uma maior seguridade no processo penal Brasileiro, vê-se que é imprescindível a aplicabilidade do juiz das

garantias no Brasil.

A palavra sistema tem um significado amplo. Quando usado sozinho, significa uma ampla gama de coisas de acordo com o dicionário Aurélio. Pode significar um conjunto de instituições econômicas, morais e políticas às quais os indivíduos estão sujeitos. Esse significado está relacionado às circunstâncias sociais e políticas específicas de cada Estado. Portanto, não pode haver uma definição única para a palavra sistema porque cada Estado vive em momentos diferentes em termos de sistemas sociais e políticos. A evolução do processo penal — ou do sistema — está intimamente ligada à evolução das penas — ou do sistema — refletindo a estrutura de cada Estado em determinado momento (TORRES, 2021).

A definição de sistema processual penal de Paulo Rangel é o conjunto de regras e diretrizes constitucionais que cada estado segue de acordo com o momento político. Estes determinam como as leis criminais são aplicadas a casos específicos.' O processo penal está sujeito a diferentes ideologias quando se trata de punição versus liberdade. Sua estrutura serve como reflexo dos aspectos democráticos ou autoritários de sua constituição, oriundos do sistema de crença punitivo ou libertário vigente (CARDOSO NETO; DA GRAÇA; DE RESENDE, 2021, p. 31).

Os princípios da Constituição de 1988 devem ser considerados no exame da lei adotada pelo Brasil. Isso permitirá que as características individuais da lei adotada sejam inspecionadas em harmonia com o restante da lei adotada.

Durante grande parte da história do país, o processo penal brasileiro possuiu a característica de sistema acusatório, contudo, não é o que se mostra no atual cenário legislativo. A forma como o processo penal vem sendo aplicado no sistema de justiça demonstra o modelo inquisitivo, maculando, portanto, toda estrutura do devido processo legal.

O código de processo penal desde cedo se mostrou incompatível com os tratados internacionais de Direitos Humanos, tratados esses que sempre se empenharam em garantir o devido processo legal, salvaguardando a dignidade da pessoa humana, limitando sobretudo, o controle do poder estatal.

O juiz das garantias irá conduzir o processo e zelar pelo efetivo contraditório, assim como pela plena observância das garantias processuais penais dispostas na Constituição, perante cada ato do poder estatal de natureza penal. O juiz das garantias atuará na fase pré-processual, até a fase de recebimento da denúncia, o juiz da instrução é quem vai conduzir o processo na fase probatória até a sentença.

Aderir ao juiz das garantias ao sistema processual brasileiro é sobretudo adotar um sistema totalmente acusatório, garantindo também a imparcialidade do juiz do processo, pois juiz que investiga ou monitora a investigação não pode julgar. Saliento que o juiz das garantias não vai presidir o inquérito, ele tem a função apenas cuidar da sua legalidade, e também dos direitos individuais.

SISTEMA INQUISITIVO

No final do século XI, a Igreja Católica criou tribunais eclesiásticos com a palavra inquisitivo em referência à inquisição. Esses tribunais foram usados para investigar crimes contra a fé. O princípio da acusação única foi concebido pela primeira vez em sistemas monárquicos de

direito. Mais tarde, foi adotado pela Igreja Católica e implementado em quase todas as leis europeias que datam dos séculos XVI, XVII e XVIII (SUXBERGER, 2020).

O princípio afirmava que a defesa social não podia depender da boa vontade dos indivíduos. Isso porque esses mesmos indivíduos foram os que iniciaram processos privados contra criminosos. Assim, foi declarado que o Estado deve assumir o poder exclusivo de reprimir o comportamento criminoso – o que significa que não era mais admissível que a repressão fosse ordenada ou delegada a cidadãos individuais (GIMENES, 2019).

O Santo Ofício ou Tribunal da Inquisição foi fundado no século 13 para suprimir qualquer coisa que se opusesse aos mandamentos da Igreja Católica ou potencialmente inspirasse dúvidas. Os crentes foram inicialmente recrutados para a comissão que juraram revelar qualquer coisa que soubessem sobre crenças ou manifestações contrárias. Em seguida, foram formadas comissões mistas para investigar e acompanhar os procedimentos em cada caso.

No sistema acusatório de justiça, as vítimas julgavam os acusados. Isso gerou um sistema desproporcional e tendencioso, uma vez que os acusados não eram vistos como sujeitos iguais de direitos. Em vez disso, eles foram vistos como objetos de investigação. Consequentemente, a sociedade instantaneamente sofreu danos irreparáveis por causa desse arranjo. No século seguinte, as monarquias cresceram em toda a Europa como resultado desse sistema de julgamento (SPIN; FIUMARI, 2022, p. 42)

O juiz é o senhor e mestre do processo; ele possui autoridade suprema sobre seu domínio. No sistema inquisitorial, múltiplas responsabilidades são aglutinadas no juiz. Além disso, os juízes são dotados de autoridade instrutiva que lhes permite regular e controlar a coleta de provas e procedimentos. Isso significa que um juiz com poder supremo não é suscetível a estruturas contraditórias ou dialéticas. Além disso, não há imparcialidade quando um juiz é ao mesmo tempo o requerente e o fornecedor de provas.

A inquisição atuou como juiz, júri e carrasco, tudo em um. Operou em segredo e suprimiu a publicidade e a acusação. Também manteve as declarações das testemunhas dos réus em sigilo para que eles não soubessem quem eram. Muitos consideravam o sistema inquisitorial falho devido a um erro psicológico: a crença de que uma mesma pessoa poderia exercer funções antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar (REIS JUNIOR; OSAKO, 2022).

Em 1791, a assembleia francesa resultou em desfechos relacionados a direitos e garantias para os acusados devido à imparcialidade dos juízes. Isso porque novas ideias relacionadas a melhorias e avanços sociais estavam presentes em relação a eventos como os julgamentos com Luís XIV da França (LEÃO, 2021, p. 11).

Em 1941, o Código de Processo Penal alinhou o sistema de justiça do Brasil a um método inquisitorial. Isso estava de acordo com a Constituição daquele país na época. O objetivo não era proteger os direitos fundamentais; em vez disso, era para obter um sistema em que os juízes pudessem ordenar prisões sem permitir que os réus empregassem uma ampla defesa (DE TOLEDO; FERRARESI, 2021).

Nesse sistema não existe obrigatoriedade de acusação, podendo o juiz agir *ex officio*, que é prejudicial, uma vez que isso gera a pessoalidade do juiz. Salienta-se que existe uma presença muito forte do modelo inquisitivo no Brasil, quando o juiz através da análise probatória toma a decisão pelo seu livre convencimento, o que muitas vem lastreado de vícios. LIMA, ensina que:

Trabalha o sistema inquisitório com a premissa de que a atividade probatória tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade. Considera-se possível a descoberta de uma verdade real, absoluta, por isso admite uma ampla atividade probatória, quer em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos para a descoberta da verdade. Dotado de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode proceder a uma completa investigação do fato delituoso (LIMA, 2020, p. 42).

Diante disso, compreende-se que o modelo inquisitório não é exemplo para um sistema processual de nenhum país, tendo em vista, que através deste ideal as garantias são usurpadas com ímpeto, uma vez que o acusado, não possui garantias no decorrer do processo criminal.

SISTEMA ACUSATÓRIO

No sistema acusatório há uma certeza de que o contraditório e ampla defesa são assegurados, que em decorrência desse postulado constitucional é garantido à defesa o direito de se manifestar apenas depois da acusação. A tramitação da ação penal ocorre em estrita observância do modelo consagrado em lei. Não podendo fugir do que determina o ordenamento jurídico.

O surgimento do sistema de acusações criminais ocorreu no final do período republicano, quando era necessária uma forma mais eficiente de investigar crimes específicos. O sistema acima foi mais prevalente durante o reinado de Henrique II. Na lei inglesa, os julgamentos do júri foram criados e os julgamentos públicos foram divididos em duas partes: admitir a acusação e aplicar o direito substantivo ao caso. Nesse caso, o representante do rei, exercendo a função de juiz-presidente, não participou do julgamento, limitando-se sua função a manter a ordem no processo (DE ALBUQUERQUE; DE SOUZA, 2020).

No final do século XIV, o Ministério Público foi criado pelo advogado do rei francês para instaurar processos penais públicos e assegurar a necessária separação de poderes. Os juízes atuam nesse processo para assegurar a aplicação da lei de forma justa, aos autores para fins de acusação e aos réus que passam a exercer direitos e garantias. Destaca-se um novo formato baseado no sistema de indiciamento, ou seja, no modelo de indiciamento, o juiz se limita a tomar decisões, deixando a realização de pedidos e a coleta de materiais para aqueles que perseguem interesses opostos, as partes (PINTO, 2021).

A pesquisa atual sobre o sistema processual penal deve ser vista na face complexa, e não mais na face medieval. Ou seja, a configuração do sistema contencioso deve atentar para a garantia da justiça do julgamento, da efetividade do contraditório e demais regras do devido processo penal, todas elas fundamentadas na Constituição. Garante a imparcialidade e tranquilidade do juiz que proferirá a sentença e garante que o arguido seja tratado com dignidade e respeito, deixando de ser apenas objeto de uma parte verdadeiramente passiva do processo penal (DOS SANTOS, 2021, p 24).

Assim, o papel do juiz passa a ser limitado, apenas como observador e garantidor do devido processo legal, permanecendo inerte, pois nele há uma separação das partes que podem acusar, defender e julgar, cabendo ao o juiz sozinho para julgar apenas com base no que surge em um caso particular (TORRES, 2021).

Assim, o processo penal caracteriza-se por uma clara separação entre juízes e partes, que deve ser mantida ao longo do processo (por isso, se os juízes são posteriormente autorizados a agir de ofício na administração, a separação inicial de funções é prova inútil para determinar de ofício prisões, etc.) para garantir a imparcialidade (rastreamento de juízes cujas provas

estejam adulteradas, prejudgando o dano, como veremos no próximo capítulo) e a aplicação do contraditório (CARDOSO NETO; DA GRAÇA; DE RESENDE, 2021).

A parte não é responsável apenas pela iniciativa inicial, mas também por todo o processo de prova. A prática de juízes praticarem ações de natureza probatório ou persecutório, ou o que sempre existiu no sistema brasileiro anterior às reformas de 2019, é absolutamente incompatível com o sistema de acusação (que também viola o contraditório e ataca de forma imparcial).

No modelo acusatório as produções de provas não podem ser determinadas de ofício pelo juiz, pois se assim for será eivada de mácula, outro ponto da vedação de provas de ofício é que é um legítimo das partes processuais. Desse modo ensina LIMA:

Portanto, quanto à iniciativa probatória, o juiz não pode ser dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas devem ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. A gestão das provas é, portanto, função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal (LIMA, 2020, p. 43).

Diante disso fica claro que o sistema acusatório é uma modelo ideal a ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro, pois compreende-se que o Juiz se manterá afastado da iniciativa probatória, qual seja, a busca de ofício.

SISTEMA MISTO

O sistema é chamado de misto, pois abrange duas fases processuais distintas, a fase inquisitorial, uma fase secreta e sem acusação, bem como sem contraditório. Nesse primeiro, sob o comando do juiz, são realizadas investigações preliminares. Na segunda fase, denominada processual, o órgão apresenta a denúncia, dela o réu irá se defender, vigorando em regra o contraditório e ampla defesa.

Salienta-se que não é um sistema processual em que há uma pureza, visto que nesse modelo o juiz é contaminado pelo primeiro momento, qual seja, o inquisitivo. LIMA, aduz:

É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional (LIMA, 2020, p. 45).

Verifica-se que este modelo é utilizado no sistema processual Brasileiro, inquérito policial e fase processual, o que acontece é que o mesmo juiz da fase inquisitiva é o mesmo juiz da fase processual, quando este vai julgar, os seus ideais são estão contaminados. Eis um dos motivos do porque a figura do juiz das garantias é primordial no Processo Penal Brasileiro, pois ele garantirá a segurança das garantias constitucionais e isso evitará muitas nulidades no processo.

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O modelo processual adotado no Brasil é carregado de controvérsias, pois a constituição federal coloca o modelo como acusatório, em que é assegurado o contraditório e a ampla defe-

sa, mas a aplicação do Código de processo penal vai muitas vezes na contramão do que diz os preceitos constitucionais, pelo que se vislumbra é muito claro encontrar violações constitucionais na forma como é aplicado o processo penal na prática.

Para alguns doutrinadores o modelo tem suas características acusatórias, para outros é inquisitória ou até mesmo misto. Contudo, é totalmente diferente, pois é cristalina como a modalidade aplicada é a inquisitiva, pois, o juiz da fase pré-processual é o mesmo juiz da fase processual, o juiz usa as mesmas provas produzidas na fase inquisitiva para condenar o réu. Isso é totalmente contrário ao que determina o próprio código de processo penal.

A figura do juiz de garantia no ordenamento jurídico Brasileiro trará uma segurança inigualável no Processo Penal, porquanto, haverá uma separação do juiz da fase inquisitiva e do juiz da fase processual, isso garantirá que o processo ocorra sem vícios e trará uma estrutura acusatória pura.

O modelo do juiz das garantias foi introduzido no ordenamento jurídico por meio da Lei 13.964/2019, em que no seu artigo 3º-A ela traz a figura do sistema acusatório puro, em que diz: “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”. É notável que o pacote anticrime tentou trazer a estrutura acusatória para o ordenamento jurídico brasileiro. Vendendo a iniciativa do juiz do processo na fase investigação. LIMA, preleciona o seguinte:

Para a estruturação de um sistema verdadeiramente acusatório, não basta a separação das funções de acusar, defender e julgar. Para além disso, é de todo relevante que o juiz não seja o gestor da prova, cuja produção deve ficar a cargo das partes. Afinal, enquanto o juiz não se mantiver estranho à atividade investigatória e instrutória como um mero observador, tendo liberdade para produzir atos investigatórios e probatórios de ofício a qualquer momento da persecução penal, não há falar em um magistrado verdadeiramente imparcial, é dizer, um terceiro desinteressado em relação às partes (LIMA, 2020, p. 105).

Desse modo, compreende-se que não simplesmente dizer que o sistema brasileiro é acusatório, pois enquanto houver a figura ímpar de um juiz o sistema não será acusatório, mas inquisitivo, uma vez que, não que tem como o mesmo juiz que determina diligência na fase pré-processual – ser o mesmo que julga, que ordena a prisão preventiva e toma a iniciativa probatória. LIMA, ensina:

A chave para a compreensão dos sistemas acusatório e inquisitório recai, portanto, sobre a gestão da prova e sobre os princípios dispositivo (iniciativa probatória exclusiva das partes) e inquisitivo (atividade probatória a caráter do magistrado), que lhes são, respectivamente, regentes (LIMA, 2020, p. 106).

A compreensão maior do modelo acusatório é essa gestão sobre a prova no processo penal, pois como dito outrora, não há como um mesmo gerir toda estrutura probatória do processo, isso indiscutivelmente gerará uma contaminação e influenciará a sentença – podendo inclusive ser uma questão passível de nulidade em momento posterior.

O juiz das garantias não é uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro para gerar onerosidade na justiça, tal modelo sempre existiu em um Estado Democrático de Direito. Ao trazer para o Processo Penal brasileiro a presença do juiz das garantias, o legislador queria simplesmente implantar um modelo acusatório puro. Cumpre salientar que o juiz das garantias não é um supervisor da investigação, mas ele é aquele que observa os direitos legais e constitucionalmente assegurados ao investigado durante as diligências. Desse modo ensina AVENA:

A verdade, enfim, é que não se pode ver o juiz das garantias como um *supervisor das investigações criminais*, mas, sim, a figura de um juiz a que atribuída competência para exercer, durante a investigação, funções jurisdicionais relacionadas, exclusivamente, à observância dos direitos legal e constitucionalmente assegurados ao investigado durante a efetivação das diligências destinadas à elucidação do fato potencialmente criminoso, bem como à legalidade do constrangimento impingido ao investigado por ocasião da instauração do inquérito e de sua tramitação (AVENA, 2020, p. 231).

A competência do juiz das garantias decorre do Artigo 3º-B do Código de Processo Penal, que é esse controle de investigação criminal, bem como na fase pré-instrutória, como se vê no artigo supracitado, a atuação do juiz das garantias cessa com o recebimento da denúncia.

É necessário esclarecer, que a figura do juiz das garantias tem a função de garantir a imparcialidade do julgador como já mencionado, não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade, nem tampouco, uma usurpação de competência para aplicação desse modelo tão fundamental. LOPES Jr, ensina que:

O juiz das garantias é o controlador da legalidade da investigação realizada pelo MP e/ou Polícia, na medida em que existem diversas medidas restritivas de direitos fundamentais que exigem uma decisão judicial fundamentada (reserva de jurisdição). Também é fundamental como garantidor da eficácia de direitos fundamentais exercíveis nesta fase, como direito de acesso (contraditório, no seu primeiro momento), defesa (técnica e pessoal), direito a que a defesa produza provas e requeira diligências do seu interesse, enfim, guarda da legalidade e da eficácia das garantias constitucionais que são exigíveis já na fase pré-processual (LOPES, 202, p. 195).

Não se visualiza ilegalidade quanto a aplicação do juiz constitucional, o que se tem nesse modelo é simplesmente a mais pura fundamentação constitucional do modelo acusatório. Tardar na aprovação do juiz das garantias é entardecer a aplicação do modelo democrático no Brasil, não permitir que esse molde seja totalmente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro é usurpar o direito do investigado de ter um processo limpo e sem mácula. Portanto, há uma necessidade urgente da aplicação do modelo acusatório puro no Brasil.

A SUSPENSÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RETROCESSO PROCESSUAL

Em 2020 o Ministro Luiz Fux, por decisão monocrática, decidiu por suspender o juiz das garantias, até que a decisão fosse decidida no plenário do Supremo Tribunal Federal. Para o ministro a figura do juiz das garantias refunda o Processo Penal Brasileiro, contudo isso precisa ser analisado, pois, tal modelo tem como objetivo a manutenção de um processo penal imparcial, em que o juiz não se contamine.

A grande questão crucial dentro do supremo é que o juiz das garantias irá mexer com a estrutura do poder judiciário, contudo a reforma processual em que enseja a figura do juiz das garantias não mexeria com a estrutura do poder judiciário, pois já tem um juiz que atua na fase pré-processual, o que iria acontecer é que esse juiz não seria o mesmo da fase processual, pois a ação criminal seria redistribuída para um juiz que atuaria na instrução.

O grande problema é que a mentalidade do poder judiciário ainda é uma mentalidade inquisitiva – pois para muitos juízes eles são os protagonistas centrais do processo, sobretudo nos momentos de inquirição em que ele toma o protagonismo, mas o que precisa deixar claro é que a função do juiz é julgar com imparcialidade.

A suspensão do modelo constitucional traz um grande retrocesso para o ordenamento jurídico, pois por muitos anos se luta para que tenhamos um processo sem lisura e sem mácula. A fim de resguardar o acusado, para que ele tenha um julgamento justo e imparcial. O juiz das garantias atua na fase investigativa, para salvaguardar os direitos fundamentais da pessoa investigada, e nesse sentido o magistrado tomara todas as decisões preliminares pertinentes à fase investigativa.

É preciso deixar claro que o sistema acusatório puro é a garantia de um Processo Penal límpido, aderir a figura do juiz das garantias é sobretudo, garantir um Processo Penal Constitucional, pois o que se tem visto é a mácula do ordenamento jurídico brasileiro. O ilustríssimo PACELLI, demonstra:

Embora a determinação de criação do juiz de garantias tenha ocupado a preferência nos debates, o grande passo dado pela Lei 13.964/19 foi na direção de um maior esclarecimento legislativo em torno da estrutura acusatória de processo. O novo art. 3º-A, ao estipular a vedação expressa da iniciativa judicial como substitutiva do ônus acusatório que recai no autor da ação penal, vem consagrar, em definitivo, o modelo acusatório no processo penal brasileiro, deixando claro que o juiz não é detentor de iniciativa probatória autônoma, mas apenas para fins de esclarecimento de dúvida surgida na instrução (PACELLI, 2021, p. 34).

Continua ensinando ainda, PACELLI:

Com efeito, a despeito das limitações semânticas que o texto comporta, resta claro que a proibição da atuação probatória do juiz na fase de processo se refere àquela voltada para a produção de prova não requerida pelas partes, sendo-lhe vedado atuar em substituição do órgão da acusação, que tem o ônus processual de provar tudo o quanto tenha alegado na denúncia. Assim, não poderá o juiz determinar a produção de prova, ainda quando importante ou mesmo essencial à descoberta dos fatos, se tais elementos estavam à disposição da acusação ou eram acessíveis ao seu conhecimento, pela natureza dos fatos e dos meios e fontes de prova conhecidos e possíveis (PACELLI, 2021, p. 35).

Verifica-se que a presença do sistema acusatório puro advinda com o pacote anti crime traz ao ordenamento jurídico brasileiro a limitação ao juiz no que tange a produção de provas. Na verdade, há quem diga que o modelo processual brasileiro já seja acusatório, contudo, é mister deixar claro que ainda há muitas máculas que precisam ser retiradas do processo penal, é isso que o juiz das garantias tentou trazer, mas a suspensão do Art. 3-A do ordenamento impede a implementação desse modelo garantidor dos direitos e garantias constitucionais. OLIVEIRA, ensina:

A intenção da proposta é uma maior efetividade das garantias constitucionais. Para isto, se busca o justo processo, que somente será alcançado se o juiz que controla o inquérito, autorizando a produção de provas, não for o juiz que venha a julgar, para, com isto, se situar como terceiro alheio aos interesses postos em jogo.⁴⁹⁴ Assim, as finalidades primazes do juiz das garantias são melhor garantir o respeito e a observância à vários direitos assegurados pelo Estado quando da promulgação da Constituição, bem como o aperfeiçoamento da investigação, de modo a torná-la mais eficiente, sem que com isto se perca a sua constitucionalidade.⁴⁹⁵ Em suma, a ideia do juiz das garantias é, além de permitir uma especialização dos órgãos do judiciário, possibilitar que o julgador tenha o seu primeiro contato com o caso penal, originalmente, mediante um processo em contraditório. Deste modo, a interpretação realizada receberá influências, tanto do argumento da acusação, quanto da defesa (OLIVEIRA, 2016, p. 215).

Desta forma, é perceptível que a suspensão entardece e muito a implementação do modelo acusatório. Pois, a figura do juiz das garantias reduzirá e muito a contaminação do julgador do processo, uma vez que haverá a separação dos juízes, porquanto o juiz que atua na fase de investigação será impedido de julgar. Como se vê nas palavras de Oliveira:

Ao se valer da regra da separação física de juízes, ou seja, o julgador que atua na fase de investigação será impedido de julgar o processo, o anteprojeto busca eliminar, ou ao menos, reduzir as hipóteses de contaminação do julgador com os elementos colhidos na fase da investigação preliminar (OLIVEIRA, 2016, p.223).

Essa tem sido umas maiores questões para implementação do juiz das garantias no Processo Penal Brasileiro, pois quando o juiz-julgador atua na fase preliminar, este mesmo que inconscientemente projeta a explicação trazida pelo órgão acusador. Já dizia GARAPON (1997, p. 317 apud, OLIVEIRA, 2016, p. 225) “aquele que julga nunca está completamente isento de juízos antecipados”. Assim, paradoxalmente, é menos difícil para ele tomar uma decisão do que alterá-la!”.

Esse modelo não trará uma garantia somente para o réu, mas também para quem julga, pois evitará inúmeras nulidades no curso do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Problemática que gira em torno da implementação do juiz das garantias é disputa de egos entre legislativo e judiciário, mas o que precisa ser levado em consideração é que existe esculpido na constituição federal a divisão entre poderes, e que em diversos lugares foi comprovado que existe uma constitucionalidade por detrás do juiz das garantias.

Por muitos anos o Processo Penal foi posto à deriva – muito se tem discutido sobre questões que inúmeras foram alvos de nulidades processuais, nesse sentido compreende-se que é mais que urgente a implementação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, pois este tem a finalidade de salvaguardar direitos e garantias fundamentais do acusado, bem como garantir uma segurança jurídica a todo o processo, uma vez que se implantando o modelo acusatório dentro do processo penal brasileiro, deixará de existir inúmeras causas de nulidades.

Nos últimos anos se observou que é necessário a sua aplicação ao modelo processual brasileiro, pois se viu, inclusive em julgados do Supremo Tribunal Federal julgamentos que anulados por conta de vícios como a parcialidade do julgador, pois o juiz que participou do inquérito era o mesmo que sentenciou, isso sem dúvida acarretou grande perdas ao sistema de justiça, pois todo um arsenal probatório foi jogado no ralo por conta da parcialidade do juiz.

Diante disso, conclui-se que a presença do juiz das garantias trará a todos uma segurança e sem dúvida deixará de gerar tantos custos ao sistema de justiça, salienta-se ainda que diante a aplicação deste modelo tão exitoso, haverá numerosas sentenças cuja a veracidade não será alvo de questões de nulidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 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/del3689.htm. Acesso em: 10 de maio de 2022

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de maio de 2022

CARDOSO NETO, Vilobaldo; DA GRAÇA, Gabriel Rocha; DE RESENDE, Augusto César Leite. Juiz

de garantias e o artigo 156 do código de processo penal: o fim do princípio da verdade real? Revista Húmus, v. 11, n. 33, 2021.

DE ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi; DE SOUZA, Tamires Kock. Reflexões acerca do Juiz de garantias no Direito brasileiro e a garantia do sistema processual acusatório. Revista Húmus, v. 10, n. 30, 2020.

DE TOLEDO, Aline Stefane Batista; FERRARESI, Camilo Stangherlim. A (IN) constitucionalidade do Juiz das Garantias. Revista JurisFIB, v. 12, n. 12, 2021.

DOS SANTOS, Marina Oliveira Teixeira. A implementação da figura do juiz de garantias no Brasil: um caminho à um sistema acusatório e a uma real imparcialidade do magistrado? Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 9, n. 1, p. 23-47, 2021.

GIMENES, Amanda Mendes. A função do juiz das garantias no Projeto de Lei 8.045/2010 frente aos semelhantes institutos previstos na lei italiana e chilena. Revista Jurídica da UniFil, v. 15, n. 15, p. 13-24, 2019.

LEÃO, Charlene Leici Pantoja. Juiz das garantias: uma análise crítica à luz da realidade jurídica brasileira. Trabalho de Conclusão de Curso-Faculdade Católica Dom Orione. Araguaína, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR. Aury. Direito Processual Penal. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PINTO, Cristiane Guimarães Pereira. Juiz das garantias: uma análise crítica desse instituto jurídico no cenário brasileiro. Portal de Trabalhos Acadêmicos, v. 8, n. 1, 2021.

REIS JUNIOR, Almir Santos; OSAKO, Igor Vinicius Lopes. O juiz das garantias: a esperança de uma nova função jurisdicional na fase preliminar do processo penal e a aproximação ao sistema acusatório à luz da Constituição Federal de 1988. Revista de Direito Público Contemporâneo, v. 1, n. 1, 2022.

SPIN, Vitória Gabrielly Vieira Spin; FIUMARI, Mariani Bortolotti. A investigação preliminar brasileira: o inquérito policial e a atuação do juiz das garantias. Revista Jurídica da UniFil, v. 18, n. 18, p. 64-85, 2022.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O juiz das garantias como caso de erro legístico. Revista de Informação Legislativa, v. 57, n. 228, p. 93-114, 2020.

TORRES, Fernando Iacia. Análise dos possíveis efeitos da implementação do juiz de garantias no processo penal brasileiro. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 17, n. 17, 2021.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A atuação do julgador no processo penal constitucional: O juiz das garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.



Direito penal do inimigo na visão de Günther Jakobs

Hermison Victor Pereira Alencar Sampaio

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.145.3

RESUMO

Para entender a defesa de Günther Jakobs sobre a teoria do Direito Penal do inimigo faz-se necessário uma análise sobre o Direito Penal e suas implicações em relação ao Estado de Direito. Apesar da impraticabilidade desta teoria no Estado Democrático Brasileiro são perceptíveis as manifestações em relação ao tema por diversos setores das áreas criminais, com o objetivo estratégico de controle social. A teoria do inimigo contrapõe-se em diversos aspectos ao Direito Penal, por considerar que este, aplica apenas penas rígidas no combate ao crime do “inimigo”, com isso, firmando a ineficácia da utilização de tão somente uma repressão penal, quando que, deveria ser mais contundente com um tratamento rígido e diferenciado em relação ao autor criminal. Em referência ao pacote anticrime do Ministro da Justiça Sérgio Moro, não há uma relação direta com o tema, porém o mesmo sugere uma rigidez maior em relação aos criminosos, portanto, abrindo espaço à uma analogia entre ambos. O presente artigo foi elaborado mediante pesquisa bibliográfica sob a égide das discussões de autores prós e contra em relação à teoria do Direito Penal do inimigo, com o intuito de contribuição relevante ao meio acadêmico do Direito.

Palavras-chave: direito penal. inimigo. estado democrático. pena. cidadão.

INTRODUÇÃO

Confrontar o Direito Penal com o Direito Penal do inimigo, em um trabalho acadêmico, é uma tarefa que requer um domínio de personalidade totalmente de neutralidade. Enquanto que, no Direito Penal, estuda-se as leis dentro de parâmetros totalmente legais, no Direito Penal do inimigo encontra-se a dubiedade destas leis, referenciado por diversos autores como pretensões ao autoritarismo e à formulação de uma teorização justificadora do arbítrio e da crueldade penais; o criminoso inimigo não pode ser considerado igual ao criminoso cidadão. Como refere Zaffaroni (2014, p.16) “A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa”.

O presente estudo inicia com a exposição dos direitos do homem e sua igualdade perante a lei, não havendo perspectiva de isonomia entre um cidadão de bem, aquele que agrega valores positivos perante a sociedade, e um cidadão do crime, tais como os banidos pela sociedade pelos seus atos criminosos; a lei é igualitária para todos. Bobbio (2004, p.12) confirma igualdade quando diz que “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. Assim sendo, todo cidadão deverá ser considerado de bem, quando este se marginaliza, faz-se necessário entender que sua conduta nada mais é do que um reflexo da desigualdade da sociedade.

Num segundo assunto, o grau do delito já é questionado no Direito Penal, e aquele direito igualitário começa a se esvaír de acordo com as fazes *iter criminis*; quanto mais grave for o delito, maior a intensidade de punição, surgindo neste momento, o termo “inimigo”, que advém do Direito Penal do Inimigo, defendido por Günther Jakobs que faz referência ao Direito Penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, expondo uma necessidade de equanimidade em relação à justiça, visto que, se há delitos diferentes, tem que haver penas também diferentes.

Na exposição do Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo, é feito uma alusão sobre o descrédito da sociedade nos âmbitos da justiça, da política e do próprio homem como

ser humano, referindo-se a irracionalidade dos infratores quanto às barbárie dos seus atos e a leveza de punição para tais.

A data de 11 de setembro de 2001 foi um divisor de águas em relação “amigos ou inimigos”. Jakobs (2012) utiliza-se da visão kantiana que defende separação destes; aludindo a proteção de ambos, e defendendo a do cidadão e dos direitos deste cidadão, frente aos inimigos.

Em um quarto momento, o presente estudo faz apreciações às velocidades do Direito Penal, referenciadas por Sánchez (2013) que defende a existência de espaço para uma terceira velocidade, que significa a punição com base no autor e não no ato praticado, sendo que, na primeira e segunda velocidade, estão os criminosos cidadãos, que oferecem um perigo de menor teor à sociedade, enquanto que, na terceira velocidade, estariam os criminosos inimigos; “(...) delinquência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado”. (SÁNCHEZ, 2013, p.193).

Por último, Brasil 2019, faz-se menção ao projeto do Ministro da Justiça e da Segurança Pública sobre seu projeto “anticrime” que foi entregue ao Congresso Nacional para apreciação e aprovação do mesmo, com o intuito de, reestabelecer à população brasileira, a segurança e a confiabilidade na justiça novamente.

Pelas polêmicas e controvérsias existentes no referido tema, fez-se necessário uma pesquisa dialética, onde vários autores expõem suas defesas a favor ou ao contrário ao tema para a realização do mesmo, além de utilizar conceitos doutrinários, foram essenciais as pesquisas em arquivos virtuais, revistas e artigos de defensores e opositores sobre o assunto, para um melhor esclarecimento e precisão nas argumentações.

CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS DOS DIREITOS DO HOMEM E DA SOCIEDADE

O tema sobre os direitos do homem pode ser tratado por várias perspectivas: filosófica, histórica, social, política e outras. Segundo Bobbio (1995), a grande reviravolta sobre este tema teve início no ocidente a partir da concepção cristã da vida; todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus. Porém, a realidade mostrava uma prática onde, a fraternidade não tem por si mesma, um valor moral, tanto a história sagrada quanto a profana, por um motivo sobre o qual especularam todos os intérpretes de um fratricídio.

Desde os primórdios pensamentos políticos dos séculos XVII e XVIII, houve grande evolução em relação aos direitos do homem, mesmo entre contradições e limitações, em controvérsia ao jusnaturalismo, que propõe uma sociedade de livres e iguais, reproduzindo e negando o utópico e hipotético estado de natureza,

“... para Lucrécio, os homens viviam *more ferarum* (como animais); para Cícero, *in agris bestiarum modo vagabantur* (vagavam pelos campos como os animais) e, ainda para Hobbes, comportavam-se, nesse estado natural, *uns contra os outros, como lobos*” (BOBBIO, 1995, p.30)

Morais (2006) defende que o direito existe até que exista uma sociedade minimamente organizada, e Carrara (2002, *apud* MORAES, 2006, p. 2) complementa dizendo que, “seriam as

idades um contínuo teatro de lutas e de guerras sem limite. E aí está porque na tranquilidade reside, segundo meu modo de entender, o verdadeiro fim da pena”.

O que pode ser considerado direito e o que não é direito. O direito é considerado como instrumento de controle social, e como controle social, supõe-se que haja um consenso que determina o comportamento do outro, impossibilitando um agir de modo diferenciado numa sociedade arbitrária e generalizadora. Bobbio (1995, p.13) define:

“Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.” Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc..”

É impossível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos, porém, não há de se temer o relativismo; esta deriva da pluralidade, de concepções morais e de fatos históricos e também de modificações do sujeito. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas, derivando um contraste entre o direito fundamental de uma categoria de pessoas e o direito igualmente fundamental de outra categoria.

A antinomia entre os direitos desfaz o absolutismo invocado pela mesma pessoa. Os direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados sociais, que consistem em poderes.

Entre os direitos chamados fundamentais, não se afirmar que um direito em favor de uma categoria de pessoas supra e beneficie outras categorias. Bobbio (1995, p.14) exemplifica dizendo que: “O reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar”. Tal exemplo mostra que, em ambos os casos o limite de um dos direitos salvaguarda o direito do outro.

Tais fatos restringem o absolutismo dos direitos, apesar de ambos serem fundamentais, estão sujeitos a restrições e são antinômicos no sentido de que o desdobramento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de um impede a realização integral do outro.

Em busca de bens e valores, o direito tem sido requisitado em todas as circunstâncias da vida do homem, Bonfim (1999, *apud* Moraes, 2006, p.3) preconiza sobre o Direito Ideal e que, bastaria a tutela da Constituição da República com dois dispositivos, “art. 1º. Todo homem deve ter caráter e art. 2º Revogam-se as disposições em contrário”.

Contudo, ao invés de tal Constituição, de acordo com Moraes (2006, p.3)

O que se vê são ladrões que não tem mais a aparência de ladrões e pais e professores que já não constituem autoridades presumidas. Em tal situação, é imperioso que o Direito cada vez mais regularmente os comportamentos humanos. O direito é, e ainda será por muito tempo, ‘uma projeção humana, para o homem mesmo, àquele que ainda não chegou à sociedade fraterna a que nós todos almejamos...’.

Para uma melhor compreensão da contemporaneidade, é necessária uma análise filosófica crítica onde, o homem natural de Aristóteles que preconizava a fé ao filho de Deus, abre espaço para a racionalidade de Descartes. “O homem cartesiano, que passou a contestar o direi-

to feito pelo próprio homem, encontra-se agora fraturado em seu espírito e imerso em uma crise de valores, que o impede de encontrar o quê e a quem seguir”. (BONFIM 1999, *apud* MORAES, 2006 p. 3).

Günther Jakobs (2007, p. 9) refere ao direito como uma cômoda ilusão quando diz que “todos seres humanos, enquanto pessoas, estão vinculados entre si por meio do direito”, esta referência, se torna cômoda para o autor, devido a isenção de comprovação dos casos em que se trata de uma relação jurídica e outros de uma situação não jurídica.

Ainda citando o referido autor, outra situação parecida é o respeito do Direito em si mesmo; o mesmo faz uma correlação aos efeitos da conduta de um comportamento pessoal, determinado por direitos e deveres.

A pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente. Isso significa pra o caso de conduta cognitiva, o aparecimento do indivíduo perigoso, o inimigo. (...) como exemplo: aquele que pratica algum delito de bagatela, é impedido, sendo um bandido perigoso (aparte da imposição de uma pena), de cometer ulteriores fatos concretamente através de medida de segurança. (...) deve ser separado daqueles que não admitem ser incluídos sob uma constituição civil. (GÜNTHER JAKOBS, 2007, p. 9-10).

Direitos do homem na sociedade

Sendo o Direito um fenômeno social, é impossível sua concepção fora da sociedade. Tal tomada de consciência do Direito assinala um momento crucial e decisivo na história da espécie humana, podendo-se dizer que a “conscientização do Direito é a semente da Ciência do Direito” (REALE, 2001, p. 2).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1945 proclama: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. (BOBBIO, 2004 *apud* MORGADO, 2009, p.59). O referido autor defende que o enunciado não descreve a realidade histórica, visto que, há inúmeras pessoas que nascem em famílias ou sociedades que não lhes proporcionam um tipo de ordem social que os ponha num nível de igualdade com outros que eventualmente nascem em grupos sociais afetivamente mais protegidos e com condições determinantes em relação a materiais e afetividade.

A Declaração deveria ser a solução para todos os conflitos relativos a uma ordem social, porém, tal realidade está longe da idealizada; que todos seres humanos tivessem as mesmas oportunidades de vida e de direito. Daí entra a questão filosófica do justo e do injusto, onde o direito se pronunciará na voz de Descartes; a razão sobre a emoção. A noção jurídica define a soberania do Estado que, ao longo da história governa os povos e a relação destes com os seus governantes, tendo que se ajustar às desigualdades de oportunidades e aos arbítrios de cada um.

Tais relações conflituosas são denominadas relações intersubjetivas, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos ou situações. Reale (2001, p. 2) se manifesta diante desta subjetividade exemplificando a nova lição de um antigo brocardo:

Ubi societas, ibi jus (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade.

É passível de destaque a correlação essencial entre o Direito como fato social e o Direito como ciência, a divergência entre o real e o imaginário. A complexidade do Direito surge tão somente quando um homem se coloca diante de outro homem e, se depara com as facetas do justo ou injusto, onde a igualdade se dissipa dando lugar à violação do direito do outro.

DIREITO PENAL E O GRAU DE DELITO

De acordo com Mendes (2016), a terminologia penal induz ao caráter sancionatório do direito determinando a ilicitude de um ato: o crime. O termo “direito Penal”, tanto pode significar um conjunto de leis, como um conjunto de saberes relacionados à interpretação da lei e sua aplicabilidade. Antropologicamente a origem histórica do Direito Penal vem das revoluções liberais do século XVIII; o liberalismo marca o princípio da ideia de Estado de Direito opondo-se à restrição do poder punitivo do Estado na superação do absolutismo.

O Direito está vinculado aos direitos e deveres do cidadão, no caso do infrator perigoso, denominado por Jakobs (2012) por “inimigo”, não se determina pelo Direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito Penal.

O Direito Penal objetiva-se pelas condutas humanas: positiva que é a ação ou negativa, que é a omissão da ação. Também é um ordenamento jurídico que define crimes, prescreve pena e prevê medidas de segurança, que é delimitado por escalas punitivas aplicáveis respectivamente aos réus imputáveis ou inimputáveis de fatos puníveis.

Logo, a conduta humana objeto do Direito Penal, pode consistir em ações ou em omissões de ação que constituem, por sua vez, os tipos de ação (ou tipos comissivos) e os tipos de omissão de ação (ou tipos omissivos), descritos na parte especial do Código Penal, ou em leis penais especiais. (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 3).

O objeto do Direito Penal na sociedade contemporânea consiste na proteção de bens jurídicos; a violação das normas que pretendem salvaguardar os bens jurídicos é chamada de delito, que poderá ser acentuado ou não, de acordo com o grau de transgressão cometida.

De acordo com Araújo (2008), para se chegar a um fato punível doloso é necessária uma sucessão dos vários atos que devem ser praticados pelo criminoso até atingir o fim desejado, são as fazes *iter criminis*, que consiste na origem da ideia, a decisão de praticá-lo até a consecução do mesmo. Os graus puníveis vão variar de acordo com a consumação do delito, sendo que, somente a simples cogitação de delinquir não é passível de punição. Nessa lógica, evidencia-se que, quanto mais grave for o delito, maior a intensidade de punição.

Peso e medida para os delitos

O dano causado à sociedade é um dos pesos e medidas de um delito, sendo que a grandeza do crime nem sempre depende da intenção de quem o comete. Beccaria (2001) cita que alguns jurisconsultos medem a gravidade de um crime pela importância e dignidade da pessoa ofendida e ao mal que possa ser causado à sociedade.

Há crimes que tendem diretamente à destruição da sociedade ou dos que a representam. Outros atingem o cidadão em sua vida, nos seus bens ou em sua honra. Outros, finalmente, são atos contrários ao que a lei prescreve ou proíbe, tendo em vista o bem público. (...)

Todo ato não compreendido numa dessas classes não pode ser considerado como crime, nem punido como tal, senão pelos que descobrem nisso o seu interesse particular. (BEC-CARIA, 2001, p.131).

O referido autor ainda cita que deve haver uma proporcionalidade entre os delitos e as penas, a distribuição desequilibrada das penas poderá produzir uma contradição desigual na sociedade; quando a decisão nas ações do supremo legislador coloca recompensa de penas em semelhança de crimes, a pessoa reclinada ao delito não teme a pena maior, mesmo que a monstruosidade tenha atingido o indivíduo ou a sociedade. “Se se estabelece um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante” (BECCARIA, 2001, p. 124).

Tais declarações e exemplificações remete a sociedade a uma análise sobre o justo e o injusto, visto que, um cidadão pode fazer tudo o que é contrário às leis não ter a punição esperada pela sociedade em relação à justiça, enquanto que, um homem que faz tudo o que não é contrário às leis, num momento de um delito por sobrevivência, é sacrificado pelo sistema penal, exemplificando o caso de; o roubo de um pacote de arroz em um supermercado por uma pessoa comum leva o sujeito à prisão; o roubo de milhões por um político fica no esquecimento.

Esta é uma realidade vista atualmente no Brasil, a impunidade em relação à gravidades exorbitantes de delitos públicos tem causado grande efeito de justiça na sociedade, com substancial influência na população. É necessário que haja um entendimento que, nesta sociedade estão inseridos o cidadão comum, o réu, os serventuários da justiça, promotores, advogados e juízes.

Em relação às referencias acima citadas, Jakobs (2007), faz referência ao Direito Penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, não se contrapondo às esferas isoladas do Direito Penal, mas expondo uma necessidade de equanimidade em relação à justiça.

DIREITO PENAL DO CIDADÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO

A população brasileira vive um momento de tolerância zero em relação aos desmandos criminosos existentes em todos os setores da sociedade. Os movimentos nas ruas e nas redes sociais têm sido compostos milhares de pessoas que não admitem mais a desordem do país, a conclamação pela Lei e Ordem demonstra a falta de credibilidade existente nos âmbitos da justiça, da política e do próprio homem como ser humano do mesmo habitat.

Os homens têm representado entre si ameaças mútuas, onde a hostilidade e a ausência de humanismo tem perpassado a barreira do humanismo, a exemplo, cita-se: mortes de crianças em escolas pôr fogo ou por tiros, mortes por barragens rompidas por inabilidade de gerência, a prisão domiciliar, entre altos muros com arames, eletricidade e câmaras das pessoas de bem e outras barbáries que estão levando a população ao descrédito da justiça e da paz.

Em contrapartida, é impossível negar as diferenças sociais existentes entre os homens, tal situação atua como favorecimento de atos, tidos como necessários por muitos em prol da sobrevivência própria e ou dos seus, pois acreditam que o estado tem a obrigatoriedade de relevar as ações em vista às condições de vivência dentro do mesmo.

A irracionalidade do infrator, principalmente em relação ao menor, chega a ser desuma-

no, por certeza da impunidade e amparado pela lei, rescinde nas ações criminosas de teores altíssimos de culpabilidade, na certeza de que em sua pena, não haverá severidade.

Tal despautério tenta justificar o injustificável para a sociedade dos chamados homens de bem; ver um infrator pagando cesta básica ou sendo solto em pouco tempo após um homicídio, é uma afronta à dignidade própria e aos próprios critérios do que seja justiça.

Ralf Dahrendorf, (1987, p. 109), criticando o raciocínio das penas substitutivas, assevera:

Uma teoria penal que abomina a detenção a ponto de substituí-la totalmente por multas e trabalho útil, por 'restrições ao padrão de vida', não só contém um erro intelectual, pois confunde lei e economia, como também está socialmente errada. Ela sacrifica a sociedade pelo indivíduo. Isso pode soar a alguns como incapaz de sofrer objeções, até mesmo desejável. Mas também significa que uma tal abordagem sacrifica certas oportunidades de liberdade em nome de ganhos pessoais incertos. Ser gentil com infratores poderá trazer à tona a sociabilidade escondida em alguns deles. Mas será um desestímulo para muitos, que estão longe do palco criminoso, de contribuir para o processo perene de liberdade, que consiste na sustentação e na modelagem das instituições criadas pelos homens.

Numa visão antagônica em relação vários autores citados, Günther Jakobs (2012) defende a necessidade de um Direito Penal diferenciado em relação às duas tendências opostas, porém, em um só contexto jurídico-penal: Direito Penal do cidadão; para uma leve defesa frente a riscos futuros amenos – Direito Penal do inimigo; para o indivíduo mais afastado da esfera cidadã, a exemplo, o terrorista que, para o autor, é injustificável que o “inimigo” seja tratado formalmente como pessoa, ao lhe serem concedidos no processo penal os direitos de um acusado cidadão.

Em seus esboços jusfilosóficos, Jakobs (2012) cita autores que fundamentam o Estado mediante um contrato, e, de forma rigorosa, entendem que no ato delitivo o delinquente infringe o contrato, de forma a não mais participar dos benefícios deste: “a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica” (JAKOBS, 2012, p.25).

Em confluência com Jakobs (2012), Rousseau (2002, in. Jakobs, 2012, p.25-26), “(...) qualquer «malfeitor» que ataque o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado (...) a consequência diz assim: ‘ao culpado’ se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”.

Num tom análogo, em relação a Rousseau, Fichte (in. Jakobs, 2012, p.26), argumenta que:

Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos. (...) tal morte civil como regra geral mediante a construção de um contrato de penitência, mas não no caso do «assassinato intencional e premeditado»: neste âmbito, mantém-se a privação de direitos: «... ao condenado se declara que é uma coisa, uma peça de gado». (...) a falta de personalidade, a execução do criminoso «não [é uma] pena, mas só instrumento de segurança».

Diante do radicalismo dos autores citados em relação a separação do cidadão e seus direitos, Jakobs (2012), considera contestável a concepção de ambos mediante a possibilidade do delinquente voltar a ajustar-se com a sociedade, que lhe é direito e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão. Por outro lado, o delinquente deve ter o dever e a oportunidade de reparação dos seus atos e de sua personalidade, não podendo despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

De forma indubitável, Hobbes (1988 in. Jakobs, 2012, p.27), mantém o delinquente em sua função de cidadão, defendendo que o mesmo não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, o autor faz uma ressalva quanto à rebelião, tal ato é alta traição: “(...) E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos”.

Amigos ou inimigos

11 de setembro de 2001, o mundo se estarrece diante das barbáries do terrorismo. De acordo com informações de Moreira (2004), apesar de até então, não terem sido reivindicados por qualquer grupo, o ataque tinha, um objetivo definido: atingir os principais símbolos do país, o World Trade Center, em Nova York, que representava o poderio econômico, e o Pentágono, em Washington, que significava o poderio militar. “Esses ataques destruíram completamente as torres gêmeas e parte do Pentágono, provocando a morte de 2.749 pessoas, segundo números oficiais” ((Associated Press distribuída pela Agência Estado, publicada no dia 2 de outubro de 2001. Apud. MOREIRA, 2004, p.6).

Por anos, os 189 membros das Nações Unidas têm se debruçado sobre uma questão crítica: Quem é terrorista? A controvérsia tem postergado a adoção de uma nova convenção sobre terrorismo que iria incorporar elementos-chave de uma dúzia de instrumentos legais existentes, permitindo que as nações busquem um tratado internacional para a luta contra o terrorismo. No centro da disputa, existe um campo politicamente minado - muitas vezes, quem, para uma nação, é terrorista, para outra é um lutador da liberdade. Mas, em vista dos ataques de 11 de setembro, o secretário-geral Kofi Annan e vários Estados membros exortaram a Assembleia Geral, na segunda-feira, a chegar a um acordo e adotar uma ampla convenção. Diplomatas de muitas nações, como Grã-Bretanha, Mongólia e Burkina Fasso, apoiaram imediatamente seu pedido para que a Assembleia Geral rompa o impasse da definição. Segundo o advogado-chefe da ONU, Hans Corell, o problema é diferenciar entre terrorismo e o direito a autodeterminação e ao combate à ocupação estrangeira (Associated Press distribuída pela Agência Estado, publicada no dia 2 de outubro de 2001. Apud. MOREIRA, 2004, p.8).

A questão da citação acima está na indefinição sobre o terrorismo, o direito, um lutador da liberdade ou autodeterminação. Toda análise estará sob julgamentos de perspectivas históricas, social ou econômica. A discussão, portanto, está no antagonismo do objeto e de cada fato; um terrorista pode ser temido por uma nação, enquanto que, para outra, é considerado como mártir, a exemplo, é o caso de Yasser Arafat, que esteve à frente da Organização para a Libertação da Palestina (OLP), que foi considerado pelo Ocidente e Israel como terrorista, enquanto que, para os Palestinos, o mesmo é considerado herói.

Jakobs (2012, p.41) menciona os fatos do ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 como procedimento de guerra, justificando que:

Aquele Estado em cujo território se cometeram aqueles atos tenta, com a ajuda de outros Estados, em cujos territórios até o momento – e só até o momento – não tem ocorrido nada comparável, destruir as fontes dos terroristas e dominá-los, ou, melhor, matá-los diretamente, assumindo, com isso, também o homicídio de seres humanos inocentes, chamado dano colateral.

Tendo o caso de 11 de setembro como um exemplo bárbaro de terrorismo, assim considerado por praticamente toda esfera midiática em suas matérias, o Direito Penal do Inimigo defende que este, ou estes, não devam ser tratados pelo Estado como pessoa, pois não oferecem garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal; se o fizer estará vulnerando o direito à segurança das demais pessoas, e Jakobs (2012), utiliza-se da visão kantiana que defende separação destes, tendo em vista de que deve haver proteção do cidadão e dos direitos deste

cidadão, frente aos inimigos.

O cenário dicotômico criado em 11 de Setembro de 2001, reforça os argumentos de Jakobs (2012) sobre quem são amigos ou inimigos.

Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial «comunitário-legal», deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2012, p.48).

O referido autor especifica ainda que o Direito Penal contra terroristas tem mais o comprometimento de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico; o Direito Penal do cidadão e a garantia da vigência do Direito mudam para converter-se no “anatemizado Direito Penal do inimigo, em defesa frente a um risco” (JAKOBS, 2012, p. 60).

AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Nos dias de hoje, é comum ouvir-se a frase “bandido bom é bandido morto”. O nível de criminalidade está tão abrasivo na sociedade, que está se sentindo no direito de opinar, e mais, de expressar seus sentimentos de forma irracional diante da existência de um Código Penal e de uma Constituição, que, acabam sendo inexistentes na visão das vítimas de potencial agravo.

No entanto, apesar do descrédito por muitos ao Direito Penal, é importante que o cidadão exerça sua função de ser humano e desmistifique essa visão desqualificada em relação às ações criminológicas, dando mais credibilidade às instituições jurídicas.

O termo “Velocidade do Direito Penal” está relacionado ao tempo em que o Estado leva para punir o autor de uma infração penal, tendo sua característica de atuação conforme a gravidade do delito.

De acordo com Bispo (2017), as velocidades do Direito Penal foram criadas pelo espanhol Jesús-María Silva Sánchez (2013), considerado um dos mais respeitados penalistas da atualidade; seus ensinamentos exercem grande influência no pensamento pena brasileiro.

Ainda citando o autor, para compreensão do termo velocidade penal, é necessário o entendimento de que há duas espécies de injuridicidade: pena privativa de liberdade e pena alternativa à privativa de liberdade. No caso da pena privativa de liberdade – primeira velocidade - o Estado responde de maneira mais lenta na prática de um delito com a possibilidade de prisão no final do processo, dando ao acusado todas as garantias constitucionais e processuais do devido processo legal. o caso da pena alternativa à privativa de liberdade – segunda velocidade - o Estado responde de maneira imediata, impondo prisão e restringindo direitos e garantias fundamentais, podendo inclusive, atribuir penas alternativas não privativas de liberdade.

Para Moraes (2006, p.200), a primeira está pautada no modelo liberal-clássico, esta, traduz a ideia de um Direito Penal de prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios iluministas, a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, associada à adoção de penas não privativas de liberdade; pecuniárias ou restritas de direitos.

A terceira velocidade não estaria ajustada às duas anteriores, pois a mesma se enqua-

draria no Direito Penal do inimigo, num dialeto diferenciado, Sánchez (2013, p.189), faz referência a um Direito Penal amplo e flexível, convertendo-o em um soft law¹, e um Direito Penal mínimo e rígido, certamente impossível, com o intuito de encontrar um parâmetro mediano entre o dualismo.

Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma de um Direito Penal “mínimo”. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um Direito Penal “máximo”. A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social, pode dar lugar a um produto, que seja, por um lado funcional e por outro lado, suficientemente garantista. (SÁNCHEZ, 2013, p.189-190).

Terceira velocidade do processo penal

A discussão sobre a terceira velocidade do Direito Penal, além de ampla, é polêmica. O debate sobre o tema parte da premissa de uma inconstitucionalidade do Direito Penal, de acordo com a visão de alguns autores. Contrapondo às opiniões alheias, Günther, Meliá, Cirino e outros, defendem a necessidade da adesão de uma política criminal mais efetiva e eficaz, mesmo que haja uma deslegitimação de garantias penais e processuais e da institucionalização de um Direito Penal permanentemente preventivo. Moraes (2006, p.30) adverte que:

Enquanto a política criminal não for pensada a partir de uma realidade viva, nua e crua, em momento histórico dado e em funções de exigências morais ainda vigorantes (...); enquanto inversamente, for concebida com o material especulativo, livresco, acadêmico, o laxismo penal continuará transitando com desenvoltura, vendendo suas fantasias e entoando seu canto de sereia.

Sánchez (2013) questiona se há espaço para uma terceira velocidade no Direito Penal, já que, as duas primeiras suprem as necessidades e garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Como que, respondendo a si mesmo, o autor justifica que:

(...) levamos em conta a existência, para não dizer mais, de fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado. (SÁNCHEZ, 2013, p.193).

Diante de tais considerações, o referido autor se nega a não aceitação da necessidade da terceira velocidade do Direito Penal, e acrescenta que:

A existência de um espaço de direito Penal de privação de liberdade com regras de imputações e processuais menos estritas que as do direito penal de primeira velocidade, com certeza é, e em alguns âmbitos excepcionais e inevitáveis (SÁNCHEZ, 2013, p.194).

Direito Penal do Inimigo

O termo Direito Penal do inimigo origina-se em 1985 pelo doutrinador alemão Günther Jakobs (2007). O autor reconhece como inimigo do Estado os terroristas, criminosos econômicos, autores de delitos sexuais, delinquentes organizados, e outros que cometam infrações de agravos penais perigosas.

De acordo com Gomes (2004, in: MORAES, 2006, p. 200):

¹ Expressão utilizada no âmbito do Direito Internacional Público que designa o texto internacional, sob diversas denominações, que são desprovidos de caráter jurídico em relação aos signatários. São, portanto, facultativas, ao contrário do que ocorre com o jus cogens, que são normas cogentes. Por sua vez, são também conhecidas como droit doux (direito flexível) ou mesmo soft norm. Dicionário Jurídico.

O Direito penal do cidadão é um direito para todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanente contra o estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece garantia.

Como foi visto, tanto Jakobs (2007), como Gomes (2004), separam o cidadão do inimigo, separando também o Direito Penal; “O Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da Norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos” (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 21).

Os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 ao World Trade Center, em Madrid e Londres, ocorridos em 11 de março de 2004 e 07 de julho de 2005 e por fim o atentado a cidade de Paris em 13 de novembro de 2015, foram o estopim para que Jakobs iniciasse uma coleção de adeptos que ficaram chocados, junto com a humanidade, com as barbáries monstruosíssimas em pleno século XXI.

Jakobs (2007. in MORAES. 200, p.159), sustenta sua teoria em diversos filósofos do jus naturale – Direito Natural – tais como:

O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); em caso de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); quem ameaça constantemente a sociedade e o estado, quem não aceita o Estado comunitário-legal, deve ser tratado como inimigo (Kant). (MORAES, 2011, p.159).

A coerência existente entre a visão de Jakobs e os demais pensadores, está justamente no entendimento de que o delinquente não pode mais usufruir dos seus benefícios, e não participará mais de uma relação jurídica junto aos demais.

Complementando a teoria de Jakobs e Gomes, Veiga (2014) confirma que o tratamento para pessoas hostis deva ser excludente juridicamente, visto que, estes indivíduos são considerados como não pessoas pela sociedade, “pode-se dizer que o direito penal do inimigo é um tipo penal ideal de um Direito Penal que não enxerga o autor do fato como pessoa, mas, antes, como fonte de perigo e que, por isso, pretende neutralizá-lo” (VEIGA, 2014, p. 144).

Para os defensores dos direitos humanos, tais constatações seriam totalmente excludentes, mediante as diferenciações entre o criminoso “cidadão” e o criminoso “inimigo”. O “não direito” do criminoso seria uma reação defensiva para justificar a exclusão, sem se perceber que, o “direito” do ofendido pode ter sido usurpado sem o seu consentimento.

Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do autor

Existe uma incompatibilidade entre o Direito Penal do inimigo e o princípio do Direito Penal do fato. No Direito Penal do fato, o objeto do crime é o fato em si, enquanto que, no Direito Penal do inimigo, o autor é o objeto do crime. Nesta perspectiva, abre-se a possibilidade de que “(...) o autor venha a praticar atos criminosos, ou seja, defende a aplicação antecipada da pena como segurança para impedir fatos futuros, com função de neutralização da periculosidade do autor, fundamentada na teoria das medidas de segurança”. (BISPO, 2017).

Gomes (2009), confirma a citação de Bispo (2017), através do ordenamento jurídico brasileiro que pode ser identificada no chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, (introduzido na lei de execução penal, art. 52, pela Lei 10.792/2003). “Neste, pune-se o indivíduo, o

preso pelo o que ele “é” (ou pelo que se pensa que ele ‘é’), não pelo que ele fez. Claramente dogmáticas muito parecidas com direito penal do inimigo, o qual prevalece o direito penal do autor” (GOMES, 2009, p.298).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal do inimigo é uma teoria defendida por Günther Jakobs que antevê punições mais severas e rígidas a indivíduos que se torna inimigo do Estado através de condutas delinquentes que colocam em risco a sociedade ou mesmo a economia de um país, a exemplo, os terroristas. O referido autor prevê a separação dos criminosos em duas categorias, cidadãos e inimigos; ao primeiro, a garantia da lei, o segundo, perderia os direitos e garantias previstas na lei.

Tal teoria tem adeptos que concordam com Jakobs, visto que, existem atos criminosos que vão muito além de um simples delito, e o Direito Penal utiliza-se de suas leis como, pena de reclusão ou penas alternativas, para tais infrações. Para estes seguidores, a lei é condescendente com tais criminosos, pois, penas levam, os levam a reincidências contínuas, ampliando assim, a rede de crimes bárbaros, que infelizmente está se tornando cada vez mais frequente nos dias atuais.

Porém, alguns doutrinadores criticam a teoria de Jakobs alegando dentre outros motivos, o desrespeito aos Direitos Humanos. No Brasil, tal teoria fere o art. 5º da Constituição Federal que dispõe que todos são iguais perante a lei. Diante de tal artigo, não poderá haver diferenciação entre cidadão e inimigo.

Portanto, diante das exposições teóricas apresentadas neste artigo, conclui-se que há grande divergência entre autores e direitos, mas não é passível de negativa o fato de que existem duas correntes doutrinárias; uma majoritária embasada no Direito Penal e na Constituição, outra minoritária, embasada num tratamento diferenciado aos indivíduos criminosos com o intuito de instaurar a ordem social, esta última, com base na teoria do Günther Jakobs através do Direito Penal do Inimigo.

REFERÊNCIAS

MENDES, André Pacheco Teixeira. Direito Penal Geral. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio . Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da FGV Direito Rio. FGV Direito Rio. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/direito_penal_geral_2016-2_1.pdf. Acessado em 08/04/2019.

ARAÚJO, Eugenio Rosa de. TEORIA GERAL DO DELITO. Juiz Federal da 17ª vara Federal. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 23, p. 285-310, 2008. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrrj/arquivo/86-285-1-pb.pdf>. Acessado: 10/04/2019.

BECCARIA, Cesari. Dos Delitos e das Penas. Edição: Ridendo Castigat Mores. Fonte digital (www.jahr.org). Versão para eBook – eBooks Brasil.com.

BONFIN, Edilson Mougnot. Os Reflexos da Constituição Cidadã no Processo Penal. Campo Grande: Revista OAB, Mato Grosso do Sul, ano I, n. 1, “Os Dez Anos da Constituição Cidadã e os seus reflexos

nos demais ramos do Direito”, 1999. In: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’. Dissertação de Mestrado: PUC-SP, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. 7.ed. Rio de Janeiro: ed., Elsevier, 2004.

_____. BOBBIO, Norberto. Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Editora da Universidade Estadual Paulista. São Paulo - SP, 1995.

BONHO, Luciana Tramontin. Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8439>>. Acesso em: 20/04/2019.

CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral. Campinas: LZN, 2002, v. II. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’. Dissertação de Mestrado: PUC-SP, 2006.

DAHRENDORF, Ralf. A Lei e a Ordem. Tradutora: Tamara D. Barile. Brasília, DF: Instituto Tancredo Neves. Bonn, Alemanha: Friedrich Naumann (representante (Ulrich N. Günther, representante no Brasil), 1987.

Dicionário de Direito. Soft-law <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1042/Soft-law>. Acessado em: 16/05/2019.

Direitos Humanos. – 4. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. 441 p. ISBN: 978-85-7018-532-7.

FICHTE, Johann Gottlieb Grudlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, em: Sämtliche Werke, ed. a cargo de J. H. FICHTE, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts – und Sittenlehre, tomo primeiro, s.f., p. 260. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo: noções e críticas / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. atual. e ampl., 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-792-3.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, São Paulo, outubro de 2004. In: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’. Dissertação de Mestrado: PUC-SP, 2006.

HOBBS, T. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Coleção Os Pensadores. (1º volume). 4ª Edição, Nova Cultural, 1988. in: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo: noções e críticas / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. atual. e ampl., 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-792-3.

JAKOBS, Günther Direito Penal no inimigo: noções e críticas / Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed., - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. 81 p.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo: noções e críticas / Günther Jakobs,

Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. atual. e ampl., 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-792-3.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'. Dissertação de Mestrado: PUC-SP, 2006.

MOREIRA, Deodoro José. 11 de setembro de 2001: construção de uma catástrofe nas primeiras páginas de jornais impressos. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004. Orientador: José Luiz Aidar Prado. Disponível em: https://www.google.com/search?ei=Vg7KXPz-HKfQ5OUP7-CBsAk&q=MOREIRA%2C+Deodoro+Jos%C3%A9+.+11+de+setembro+de+2001%3A+constru%C3%A7%C3%A3o+de+uma+cat%C3%A1strofe+nas+prim-7%C3%A3o+de+uma+cat%C3%A1strofe+nas+primeiras+p%C3%A1ginas+de+jornais+impressos.&gs_l=psy-ab.12...2288.2288..4292...0.0..0.0.....0....2j1..gws-wiz.DPrIFbKhiRY. Acessado em 02/04/2019.

MORGADO, Isabel Salema. Direitos do Homem, Imprensa e Poder. Livros LabCom 2009. Créditos: Editora: Livros LabCom Covilhã, Portugal, 2009 www.livroslabcom.ubi.pt Communication Studies Series Director: António Fidalgo Cover Design: Madalena Sena Paginação: Marco Oliveira Legal Deposit number: 308683/10 ISBN: 978-989-654-032-6 Este trabalho de investigação foi financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Direito Penal do Inimigo e o seu Eco na Sociedade Brasileira: Estudo de Caso na Fundação Educacional no Município de Assis (FEMA). Revista do Laboratório de Estudos da Violência UNESP/Marília. Maio de 2017, ed. 19. ISSN 1983 - 2192.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 21ª ed. São Paulo, Saraiva, 1994. In: MORAES, Alexandre Rocha Almeida de A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'. Dissertação de Mestrado: PUC-SP, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato Social. Traduzido: Rolando Roque da Silva. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Fonte digital (www.jahr.org). Versão para eBook – eBooks Brasil.com 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução, Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª edição. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SHALDERS, André. 'Pacote anticrime' de Sérgio Moro: por que alguns advogados e juristas questionam a proposta. Repórter da BBC News Brasil em São Paulo - 4 fevereiro 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47125522>. Acessado em: 10/04/2019.

VEIGA, Eduardo de Lima. TERRORISMO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: contornos e legitimidade à luz do Direito Internacional. Dissertação de Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, sob a orientação de Bruno Heringer Jr., pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, RS, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução: Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2007, 3ª ed, 2011; segunda reimpressão, 2014. 224p.

_____. Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Editora Revan. 5 ed. Rio de Janeiro, 2001.



**As graves violações ao princípio
da dignidade da pessoa humana no
sistema prisional brasileiro**

**Serious violations to the principle of
the dignity of the human person in the
brazilian prison system**

Larissa Corsino Farias

Acadêmica de Direito No Centro Universitário do Norte

Paula Clavelina Brito Martins Neta

Acadêmica de Direito No Centro Universitário do Norte

Willian Sapito dos Santos Torres Junior

Professor

Maxwell Marques Mesquita

Professor Orientador e Coordenador do Nucle de Prática Jurídicas no Centro Universitário do Norte

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.145.4

RESUMO

Num estado de direito democrático, a realização da dignidade humana para todos os cidadãos é crucial, porque é uma característica inerente ao estado do homem e deve ser garantida. Este trabalho compreenderá se o veredicto está desempenhando suas funções sociais, se no Brasil ocorrer uma ressocialização da pessoa presa por cometer um crime. O surgimento da punição e sua evolução na sociedade serão valorizados. No passado, para aqueles que cometeram crimes, o castigo era considerado um tipo de castigo, de alto valor e extremamente relacionado a visões religiosas. A punição se aplica ao corpo, a punição da punição corporal também discutirá os princípios aplicáveis à punição, esses princípios orientam o pessoal da aplicação da lei no processo de personalização da punição, sempre considerando o princípio da dignidade humana. Por fim, o desenvolvimento do regime não tem sido utilizado como meio para realizar a ressocialização dos condenados, nem tem garantido as funções preventivas e repressivas da pena. Ao contrário, dada a superlotação das unidades prisionais, tem sido utilizada como meio de esvaziamento das unidades prisionais, portanto, mesmo que reconheçam o problema, não propõem medidas para resolvê-lo, diante do exposto o presente trabalho visa revisar o contexto da ressocialização de presos no Brasil.

Palavras-chave: direitos humanos. sistema prisional. ressocialização.

ABSTRACT

In a democratic state of law, the realization of human dignity for all citizens is crucial, because it is an inherent characteristic of the state of man and must be guaranteed. This work will understand if the verdict is performing its social functions, if in Brazil there is a resocialization of the person arrested for committing a crime. The emergence of punishment and its evolution in society will be valued. In the past, for those who committed crimes, punishment was considered a type of punishment, of high value and extremely related to religious views. Punishment applies to the body, corporal punishment punishment will also discuss the principles applicable to punishment, these principles guide law enforcement personnel in the process of customizing punishment, always considering the principle of human dignity. Finally, the development of the regime has not been used as a means to carry out the resocialization of convicts, nor has it guaranteed the preventive and repressive functions of the sentence. On the contrary, given the overcrowding of the prison units, it has been used as a means of emptying the prison units, so even if they recognize the problem, they do not propose measures to solve it, in view of the above, the present work aims to review the context of the resocialization of prisoners in Brazil.

Keywords: human rights. prison system. resocialization.

INTRODUÇÃO

Em várias tentativas que exigem eras modernas e novas e o roubo do sucesso de sociedades mais desenvolvidas, não podemos permanecer calados, nem esquecemos os fundamentos de nosso país democrático regidos por lei, especialmente os princípios da dignidade humana.

O poder da punição é inteiramente determinado pelo Estado, porque é um meio natural de combater o crime: as penas são repressivas, o Estado tem objetivos e o Estado tem o objetivo

de reeducar e socializar os criminosos. A inclinação é a execução de sanções, mas ainda é um prazer idílico expor alguns dos males reais do sistema prisional, suas imperfeições e desejo de reforma.

Por esse entendimento, os presos são um grupo minoritário altamente degradado que precisa ouvir e ajudar porque são humanos como qualquer outra pessoa e podem até ser úteis à sociedade novamente; na maioria dos casos, raramente existem oportunidades suficientes para resolver este problema.

A atual Constituição Federal do Brasil proíbe tratamentos desumanos ou degradantes. No entanto, deve-se lembrar que os interesses salvaguardados pelo sistema constitucional podem dar origem à proteção das minorias, assim como a proteção da saúde física e mental dos presos. Dessa forma, podemos provar as concessões do legislador, ou seja, com base no princípio da igualdade, a fim de buscar uma sociedade justa e forte, algumas particularidades para os acusados e separados da coexistência normal.

No Brasil, os recursos de ressocialização listados no Artigo 10 do Código Penal dificilmente foram realizados, com poucas exceções. Nossas instalações de detenção estão desatualizadas e nem mesmo atendem às principais condições exigidas pela lei e pelos cientistas sociais para ressocializar os prisioneiros. Para imaginar essa bela palavra como o mundo aos pés da terra, devemos ressocializar para reintegrar indivíduos na sociedade e integrar aqueles que escaparam da coexistência normal devido a oposição insignificante e censurável.

Portanto, será um local na prisão em que o agressor se isola de outros membros da comunidade no primeiro momento da sentença para refletir sobre o comportamento ilegal que cometeu. Esse confinamento também impedirá outros agentes e, mais tarde, os detidos de futuros crimes supostamente recorrentes.

No entanto, tornar prisioneiros humildes na sociedade não é a principal função das prisões de isolamento. Quando se trata de atividades criminosas, deve ser reinserida na sociedade original, pouco a pouco. Enquanto ele ainda estava na prisão sob custódia do Estado, era responsabilidade do Estado garantir a saúde física e mental do tutor.

No entanto, essa referência é um orgulho social que afasta o Brasil da realidade ou prática. No entanto, isso ainda é impossível: sabemos que há 200.000 detidos em necessidade neste país continental, segundo relatos da mídia e mostram que o país é o culpado que levou à entrada de criminosos no submundo. O país produziu bandidos, prendeu-o, libertou-o, prendeu-o novamente e manteve esse círculo vicioso.

Portanto, não temos a intenção de esgotar esta pesquisa, porque é complexa e fascinante, e resolve os problemas que podem surgir na solução das desigualdades sociais. Também esperamos que, por meio de nossa pesquisa, forneçamos informações e façamos sugestões importantes e façamos maiores reflexões sobre legisladores, funcionários do governo e toda a sociedade, e contribuamos para manter os princípios constitucionais da igualdade.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Origem e evolução da dignidade humana

Inicialmente, é necessário analisar a origem e a evolução da dignidade da pessoa humana, que ganhou o significado legal indiscutível em vários eventos históricos. Existem vestígios da dignidade da pessoa humana na antiguidade clássica, e algumas preocupações relacionadas a esse tópico podem ser encontradas em relação ao estabelecimento de disposições destinadas a proteger e proteger o indivíduo, como o Código Hamurabi e o Código Manu (MIRABETE, 2017).

Na Grécia antiga, há sinais de reflexão filosófica sobre o homem e sua dignidade. No caso, era na Grécia que todas as pessoas tinham o direito de respeitar, pelo simples fato de a humanidade nascer, associada a uma instituição social de grande importância: lei escrita, regra que se aplica igualmente a todas as pessoas vivas na sociedade organizada (VIGGIANO, 2001).

Historicamente, os autores apontam que a garantia da dignidade da pessoa humana está associada ao cristianismo e se baseia na ideia de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, o que por si só lhe confere um valor específico (CABRAL, 2010).

No final do século XVIII, o conceito de dignidade começa como um atributo de uma pessoa que será obrigatória atualmente e influenciará o pensamento filosófico e constitucional no Ocidente. O homem é entendido como um objeto de conhecimento e, portanto, pode ser responsável por suas próprias ações e estar ciente de seus deveres (PANCERI, 2020, p. 15).

Uma pessoa que é considerada um ser humano, isto é, um objeto que é uma razão moral prática, é elevado acima de qualquer preço, porque, como ser humano uma ontologia sinônima, não deve ser encarado apenas como um meio de valor. O objetivo de outros, mesmo para seus próprios propósitos, mas como seu próprio objetivo, ou seja, possui uma dignidade um valor interno absoluto através do qual exige que todos os outros seres racionais do mundo respeitem, compreensível que todas as ações que levem a tornar as pessoas uma ferramenta para atender a outros requisitos sejam proibidas por restrições absolutas à dignidade humana (MACHADO, 2008).

O desrespeito à dignidade humana foi revelado durante a Segunda Guerra Mundial por causa dos atos infames representados pelo extermínio de pessoas. Nesse sentido, ao entrar em um prisioneiro de um campo de concentração nazista, ele perdeu não apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior, foi privado não apenas de todos os objetos físicos, mas também de seu livre arbítrio e personalidade, com uma substituição altamente simbólica do nome por um número, muitas vezes gravado no corpo, como se fosse um sinal de uma pessoa. propriedade. O prisioneiro não se considerava mais um homem de razão e livre arbítrio, uma vez que toda a sua força estava concentrada na luta contra a fome, a dor e a exaustão (ASSIS, 2008).

Após o fim do conflito global e a confirmação dos abusos, principalmente contra os judeus, buscou-se uma consagração constitucional da dignidade da pessoa humana, e os amplos direitos do indivíduo foram confirmados na maioria das constituições ocidentais e na Declaração das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. A declaração é um marco no processo de reconstrução dos direitos humanos, caracterizando-se pela universalidade dos direitos humanos, porque exige a ampliação desses direitos e pressupõe que o status humano seja digno. Requisitos básicos e propriedade dos direitos (JULIÃO, 2006).

Portanto, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal da Revolução Francesa foi restaurado e foi promovida uma forte e vibrante influência na compilação gradual dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. De fato, o atual preâmbulo dos principais instrumentos legislativos dos países democráticos se refere à Declaração de 1948 e expressa sua preocupação em garantir a dignidade humana (MACHADO, 2008).

Note-se que no Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 reconheceu formalmente o ideal de proteger a dignidade humana de uma forma positiva. O surgimento de nossa Constituição fortaleceu o valor da dignidade humana como o mais alto princípio e declarou a fundação da República Federal do Brasil, nesta forma, criou uma verdadeira disposição geral sobre a proteção da humanidade (BOTELHO, 2017).

Conceito de dignidade humana

O conceito de dignidade evoluiu ao longo do tempo, o que é consistente com os eventos e atividades realizadas pelos seres humanos. Coisas que inicialmente apareceram apenas como reflexões filosóficas ou pensamentos religiosos evoluíram para deveres efetivos para proteger a dignidade humana (SOUZA; NEVES, 2006).

Expressa em linguagem natural em um dicionário comum, dignidade é conceituada como comportamento respeitoso; honra à autoestima, autoridade, nobreza; distinção entre qualidade decente e honestidade. Em busca de um conceito mais formal a palavra dignidade vem do latim dignitas, que significa virtude, honra, atenção, e geralmente é entendida como um traço moral igual à pessoa que ele é a fundação (CARVALHO; NASCIMENTO, 2012).

A dignidade humana é o valor mais alto que atrai todos os direitos humanos básicos e o direito à vida. Considerado um ponto de referência constitucional unificado para todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade humana requer uma avaliação mais aprofundada, levando em consideração sua ampla Significado normativo e constitucional, não qualquer conceito de direitos humanos: as pessoas de cima para baixo, mas o senso de dignidade das pessoas, não podem ser reduzidas a defender os direitos tradicionais da personalidade, ignorando casos de direitos sociais ou estabelecendo uma teoria central da personalidade pessoal, mas ignorando essa dignidade garante o fundamento da existência humana (SANTOS, 2019, p. 44).

Portanto, a ordem econômica deve se esforçar para garantir as necessidades decentes de todos, a ordem social deve se esforçar para alcançar justiça social, educação, desenvolvimento humano e preparação para o exercício da cidadania. Não apenas como uma declaração formal, mas também como um indicador do conteúdo normativo eficaz da dignidade humana (TRIGUEIRO, 2016).

Nesse momento, a importância da dignidade expressa por França (2019) na qual ele menciona:

A dignidade é uma propriedade inerente aos seres humanos, e a única pessoa que entende que seu valor intrínseco é superior a qualquer preço que não permita a mesma substituição. Então a dignidade entra e confunde a própria natureza humana (FRANÇA, 2019).

E o mesmo autor, continua a conceituar a pessoa humana quando mostra:

Todo mundo é uma pessoa sem distinção, isto é, existe um espírito e, ao mesmo tempo, é a fonte e a atribuição de todos os valores. Consciência e auto experiência, todos se reproduzem uns aos outros e refletem sua espiritualidade, razão pela qual ignorar uma pessoa significa, em última análise, ignorar a si mesma. É por isso que o homem é o centro

da presunção da lei, porque a lei existe por causa dele e promove seu desenvolvimento (FRANÇA, 2019).

A dignidade humana é inalienável e qualifica-o. Ele diz que existe no indivíduo, embora a lei não o reconheça. No entanto, a ordem jurídica desempenha um papel importante na implementação de suas garantias. De fato, embora saibamos que a dignidade existe fora da lei e, mesmo que seja estipulada pela Constituição, é necessário realizar ações efetivas para tornar realidade os direitos básicos derivados de princípios maiores e defender verdadeiramente a vida de todas as pessoas.

Dignidade é o valor espiritual e moral inerente de uma pessoa, incorporando-se especialmente na autodeterminação consciente e responsável e implica respeito pelas reivindicações dos outros. Este é um requisito mínimo indestrutível que deve ser estipulado por qualquer lei, portanto, existem apenas direitos básicos excepcionais use, mas sempre subestime o respeito que todos merecem (CARVALHO, 2016).

Há respeito pela vida humana e saúde física e mental, não há condições mínimas para uma vida digna, nenhuma restrição de poder e liberdade e autonomia, direitos e dignidade. A igualdade e os direitos básicos não são reconhecidos, a garantia mínima não será um lugar de dignidade humana e, por sua vez, as pessoas são vulneráveis a tratamentos injustos (DOS SANTOS; RODRIGUES, 2010).

A dignidade humana como princípio constitucional

No sistema jurídico democrático, é um privilégio buscar o bem-estar do povo e defender a dignidade do povo de acordo com nossa constituição federal, que é um dos fundamentos da definição clara (CAVALCANTI, 2005).

Portanto, a lista de princípios básicos é estabelecida no artigo 1 da Constituição Federal de 1988, que inclui o princípio da dignidade humana. Assim, a origem de tal regra se refere à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, ou mais precisamente em seu Artigo 5 pontos 1 e 2, divulgados pelo Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992 e publicado no Jornal Oficial Federal em 9 de novembro de 1992. A importância do Estado de Direito democrático como o maior valor da sociedade como um todo (BRASIL, 1988).

A dignidade humana é o valor mais alto de qualquer sociedade em que todos os direitos humanos básicos possam ser restaurados. “Isso é inerente e característico de todos e merece o mesmo respeito e respeito do país e da sociedade. Nesse sentido, significa uma série de direitos e obrigações básicos que fornecem todas as ações para os seres humanos, e Todas as ações insultuosas e desumanas, pois proporcionam as condições mínimas de vida para uma vida saudável, além de garantir e promover sua responsabilidade ativa e compartilhada em seu próprio destino de sobrevivência e na comunicação com os outros (NÓBREGA, 2019).

As constituições de quase todas as democracias modernas como os brasileiros começam com este princípio, dignidade humana em um país governado por um regime autoritário, não há obrigação de garantir os direitos humanos. Num ambiente social justo e pacífico, a dignidade humana é, sem dúvida, o fundamento. De fato, se queremos avaliar o desenvolvimento da sociedade, basta testar o grau de proteção da dignidade humana na mesma sociedade (SILVA, 2009).

Seguindo os passos de outros países, a Constituição Brasileira enfatiza a importância

do adido militar nacional para as pessoas porque ele está com elas. É por isso que os homens entendem a motivação de todas as atividades nacionais (GADELHA, 2007).

A dignidade humana está se tornando o principal objetivo da Commonwealth, e atividades econômicas privadas, empresas, propriedades e relações com os consumidores estão se movendo em sua direção. Não é mais uma questão de individualismo do século XVIII caracterizada pela superioridade da liberdade individual, mas uma unidade completamente diferente, de acordo com os objetivos sociais estabelecidos na Constituição, a autonomia privada e as leis subjetivas são transformadas e, enfim, enfocam o desenvolvimento da personalidade (GRAZIANO *et al.*, 2001).

No entanto, parece que o status dogmático domina e, de acordo com isso, a dignidade humana excede os direitos e garantias básicos contidos no art. O artigo 5 da Constituição é o princípio norteador de outros regulamentos (BRASIL, 1988). O princípio da dignidade humana inspirou direitos básicos típicos, levando em consideração o respeito à vida, a liberdade, a integridade do corpo e da intimidade de cada pessoa e os requisitos iguais para a dignidade e segurança de todas as pessoas. O princípio da dignidade humana exige fórmulas que limitam o poder, impedem a arbitrariedade e a injustiça. Pelo menos em geral, os direitos básicos podem ser considerados como atendendo aos requisitos da dignidade humana (FRANÇA, 2019).

A dignidade pessoal fornece direitos e garantias básicos à unidade é uma parte indispensável da personalidade. Essa base elimina a ideia de um estado e estado que domina o ultra individualismo, minando assim a liberdade individual. Dignidade é o valor espiritual e moral inerente a uma pessoa, especialmente ao se expressar em uma vida de autodeterminação consciente e responsável e ao expressar respeito pelas reivindicações dos outros. Este é um requisito mínimo indestrutível que deve garantir todo o status legal, portanto, existem apenas exceções restrinja o exercício dos direitos básicos, mas nunca ignore o respeito que todos merecem, uma sociedade trará todos os princípios básicos da humanidade ao maior valor da sociedade (MIRABETE, 2017, p. 20).

Portanto, é compreensível que o círculo eleitoral de 1988 tenha se dedicado a provar a dignidade humana, isto é, como fundamento da República Federal do Brasil, sob a perspectiva da democracia e do Estado de Direito, para mostrar que o indivíduo é o objetivo. Estrutura legal moderna e esclarece qualquer prática que não permita que ela se restrinja ao estado de coisas ou cujo objetivo seja privá-lo dos meios necessários para manter o estado (FLAUZINA, 2006).

Não existe um princípio que possa compensar a unidade material da Constituição mais do que o princípio da dignidade pessoal, a eficácia normativa da regra e acrescentou que ela está relacionada à regra em questão. Portanto, sua densidade legal deve ser a maior do sistema constitucional e, se um princípio superior for reconhecido no trono que regula o sistema hierárquico, o princípio não poderá ser outra coisa, mas deverá incluir toda a ética da personalidade (CABRAL, 2010).

SISTEMA PENITENCIÁRIO

Breve histórico

No Brasil, vingança e tortura são uma forma comum de punição para os povos indígenas. Portanto, esses crimes violentos não afetaram o direito penal brasileiro (FLAUZINA, 2006).

A primeira constituição brasileira foi editada durante o Império, que anunciou a criação de um código criminal. Nesse período histórico, o castigo corporal é substituído pela prisão como castigo e, portanto, há sinais de sua futura hegemonia sobre outros métodos criminais. No Brasil, a prisão como prisão era usada apenas quando o condenado aguardava julgamento. Isso continuou durante os regulamentos de Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que defendiam o direito penal com base em abuso físico e métodos brutais (ASSIS, 2008).

Em 1830, nova legislação criminal foi criada juntamente com a declaração de independência. Dom Pedro I ratificou o Código Penal do Império, que revelou seu caráter liberal. Esse estatuto foi inspirado no direito penal europeu e materializou a individualização da punição, antecipando a existência de fatores agravantes e atenuantes e estabelecendo um processo especial para menores. Naquela época, não havia separação entre a igreja e o estado no Brasil, mas havia várias formas criminais no direito penal representando crimes contra a religião do estado (JULIÃO, 2006).

No final do século XIX, o direito penal mudou muito devido à abolição da escravidão e à proclamação da república. O Código Penal da República já prevê vários tipos de prisão, como prisão de celas, prisão, prisão por trabalho forçado e detenção disciplinar. No início do século XX, as prisões brasileiras já estavam em condições precárias porque sofriam de superlotação e não separaram os presos sob custódia durante investigações criminais de presos condenados (VIGGIANO, 2001).

Em 1940, o atual Código Penal Brasileiro foi publicado pelo Decreto-Lei 2848, que introduziu uma série de inovações e introduziu a moderação da autoridade criminal pelo Estado. No entanto, a situação na prisão naquele momento já apresentava um problema de superlotação, desobediência aos princípios das relações interpessoais e falta de incentivos para que os presos promovessem sua regeneração (CAVALCANTI, 2005).

Em 1963, novas regras para a aplicação do direito penal foram criadas, incluindo a possibilidade de cumprir uma sentença em um sistema aberto. A intenção de sanção criminal focou-se em cautela especial e começou a procurar recuperar o condenado social, a partir de 1964, juntamente com o golpe militar e o Código Penal de 1969, a pena de morte, prisão perpétua e 30 anos por crimes políticos reapareceram (DOS SANTOS; RODRIGUES, 2010).

A superlotação nas prisões se tornou uma realidade séria que se tornou uma questão política importante. Tentativas foram feitas para resolver esse problema, aprovando leis e decretos, mas sem muito sucesso. Nasceram pensamentos que visavam solucionar esse problema e começaram a ser discutidas punições alternativas. Essa questão não era vista como mero esvaziamento de prisões, mas como uma maneira de criar uma alternativa à sentença de prisão. Por exemplo, a Lei 6.416/77, que estabeleceu vários sistemas para cumprir penas de prisão aberta, semiaberta e fechada (BOTELHO, 2017).

Esse período foi muito importante devido ao surgimento de pensamentos e ideias que acabariam por coincidir com julgamentos alternativos tão usados atualmente e muito importantes para a aplicação do direito penal e do direito penal atual. Em 1984, a reforma criminal visava aliviar os efeitos negativos da prisão, criando um regime progressivo voltado à socialização do criminoso (ALMEIDA, 2020).

Da situação do sistema penitenciário

Atualmente, há uma situação em que podemos reconhecer que a maturidade da ciência jurídica exige respeito aos direitos humanos, integridade física e moral pessoal, ao mesmo tempo, descobrimos que o direito penal é o principal método. Instrumento de política pública que busca suprir as carências e deficiências dos conflitos sociais que outros campos jurídicos deveriam suportar. Então, pode-se considerar este o primeiro grande problema a ser resolvido, pois o combate ao crime não depende da causa raiz do crime, mas se limita ao desespero e impotência para mitigar suas consequências (PANCERI, 2020)

Portanto, a única forma de amenizar as consequências do crime nos leva à realidade de um descontrole total no sistema prisional brasileiro, onde é impossível punir efetivamente um indivíduo e reintegrá-lo à sociedade. Em seguida, criamos um centro de aprendizagem de crime onde muitas pessoas melhoraram suas habilidades criminais, e é raro encontrar pequenos criminosos com crimes hediondos nessas instituições. Devido a essa falência do sistema prisional brasileiro, tem-se um grande número de detentos retornando à sociedade sem qualquer recuperação. Em vez disso, eles retornam à liberdade quando estão próximos ao crime e seus agravantes (SANTOS, 2019).

Como parte da causa do crime, é possível verificar a corresponsabilidade do Estado pelos atos ilícitos causados por pessoas privadas de seus direitos naturais (como o direito à vida, à saúde e à educação) e, portanto, até mesmo excluídas da sociedade. O Núcleo Metropolitano de Maringá anunciou em seu site no dia 23 de março de 2009, que o gasto do estado do Paraná com presidiários é quatro vezes maior que o gasto com estudantes. Isso nos leva a crer que os problemas de insuficiência de recursos e má gestão dos escassos recursos recebidos não são exclusividade do sistema prisional brasileiro, afetando também muitos outros setores da sociedade (SANTOS, 2019).

Apesar dos problemas no sistema prisional, a Constituição estipula objetivamente a responsabilidade do detido pelas perdas sofridas durante a detenção no sistema prisional. Se o detido provar a relação causal entre o delito e o detento, os danos materiais e morais devem ser indenizados. Essa responsabilidade leva em consideração tanto as ações das instituições prisionais quanto a inação das instituições prisionais. Desta forma, a morte do detido dá direito a indenização à família do detido falecido, mesmo que este tenha sido morto por um colega de cela. Nesse caso, mesmo que tenha sido praticado por terceiro, a responsabilidade civil do Estado no dever de proteger o tutor não foi extinta (GRAZIANO *et al.*, 2001).

O requisito objetivo exige o cumprimento de pelo menos um sexto das sentenças do sistema anterior. Por outro lado, os requisitos subjetivos incluem o mérito do agente, o que é relevado pelo bom comportamento prisional da instituição onde o detento se encontra. (CARVALHO; NASCIMENTO, 2012).

Em vista do exposto, pode-se observar que o sistema penitenciário está com defeito. O condenado deve ser restaurado, mas o que está acontecendo na realidade é exatamente o oposto: a ressocialização do condenado é, na maioria dos casos, impossível devido a condições incertas nas prisões. O preso depois de cumprir uma sentença e retornar à sociedade tem sérios problemas. Ele deve lidar com os preconceitos da sociedade por causa de seu estigma como ex-prisioneiro, porque ele mal consegue voltar ao trabalho. As empresas temem que o prisioneiro

volte a cometer crimes como pessoa instável. Também existem preconceitos dos colegas e da sociedade como um todo (CARVALHO; NASCIMENTO, 2012).

Na medida do possível, cabe ao Estado tomar medidas preparatórias para devolver o condenado à vida social. Os valores humanos minam a abordagem de segregação. A ordem jurídica atual estabelece o direito de um prisioneiro de se mudar para o local onde tem suas raízes, com o objetivo da assistência necessária dos membros da família (SOUZA; NEVES, 2006).

Nosso sistema visa privação de liberdade, a fim de proteger a sociedade e garantir que o condenado esteja preparado para a reintegração, mas o que vemos é uma situação completamente diferente, a ressocialização não pode ser alcançada em uma instituição como uma prisão. Centros de execução penal, centros penitenciários, tornam-se um microcosmo no qual grandes contradições que ocorrem no sistema social externo são reproduzidas e aprofundadas. A privação da liberdade não ressocializa, pelo contrário, condena o preso, impedindo sua plena reintegração no ambiente social. A prisão não cumpre sua função de ressocialização. Serve como uma ferramenta para manter a estrutura social de dominação (TRIGUEIRO, 2016).

Nunca devemos esquecer que os prisioneiros ainda são humanos e, em países onde a morte e as condenações perpétuas não podem ser aplicadas, eles voltarão à sociedade em um curto ou longo tempo. Dessa forma, podemos contribuir para sua melhoria ou deterioração. É por isso que é nosso dever minimizar a marca da prisão, apreciando um homem que embora estivesse errado ainda pertence ao corpo social (SANTOS, 2019).

Pode-se afirmar que não é apenas o Estado que deixa de cumprir suas obrigações com relação à assistência na colocação do condenado de volta na esfera social. Não é por acaso que o número de crimes é excessivo em nosso país. Observou-se que o público também não está preparado (FLAUZINA, 2006).

As pessoas condenadas à prisão são afetadas pela dignidade todos os dias, lutando com problemas como superlotação, espancamento, falta de programas de reabilitação. A ressocialização da saída é quase uma tarefa impossível, porque não há programas governamentais para sua reintegração social que a sociedade não perdoa aqueles que já foram condenados por cometer um crime, observou-se que, durante muito tempo, acreditava-se que a prisão poderia recuperar um prisioneiro. No entanto, agora é difícil encontrar o criminoso novamente através da prisão (LEÃO, 2016).

O trabalho como forma de ressocialização

Por muitos anos, essa ideia prevaleceu e somente através da ocupação profissional da pessoa condenada sua reintegração social poderia ser alcançada. Além disso, o artigo 6 da Constituição Federal estabelece que o trabalho é um dos direitos sociais de qualquer cidadão.

Art. 6º: São direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

No entanto, devido às restrições impostas pelas sanções, os presos não puderam realizar nenhuma atividade de trabalho enquanto estavam na prisão. Portanto, o estado deve alocar trabalho que possa ser executado em uma instituição de direito penal e, portanto, a instituição tem direito a remuneração (SILVA, 2009).

Portanto, percebe-se que, no sistema penitenciário, o trabalho desempenha funções destinadas a dar aos presos a possibilidade de desenvolver determinadas atividades produtivas, e essas atividades também podem contribuir para a redução de multas, ou seja, os dias úteis reduzem o número de sentenças período (MACHADO, 2008).

O trabalho criminoso tem significado e significado útil para a sociedade capitalista, não como uma atividade de produção e cópia de um sistema econômico, político e social, mas porque transmite um poder estrito que realmente dá os criminosos trazem a possibilidade de reintegrar através do trabalho as regras e hábitos ideais para estabelecer um bom relacionamento social (CABRAL, 2010).

A atual lei criminal brasileira reconhece apenas que algumas sentenças foram reduzidas pelo trabalho. Portanto, pode-se observar que, no sistema prisional dos países ocidentais, o trabalho apenas atinge os objetivos de reduzir os custos operacionais” e “manter o prisioneiro vivo, evitando o lazer e libertando-o de atividades ilegais (CARVALHO; NASCIMENTO, 2012).

No entanto, deve-se notar que a realidade no Brasil mostra que o criminoso costuma ter muito tempo livre na prisão, geralmente por lazer. Os efeitos nocivos, preguiça, egoísmo, desemprego, jogo, contágio moral e desequilíbrio desse tipo de mãe de todos os males podem ser usados para abandonar a esperança condenada de adaptação social (FRANÇA, 2019).

Nesse sentido, os presos também têm direito a benefícios de seguridade social, porque o trabalho é de responsabilidade dos presos, portanto, os direitos de seguridade social devem ser semelhantes aos obtidos no trabalho livre, ou seja, os presos devem ter benefícios garantidos. Segurança social, incluindo a segurança resultante de acidentes de trabalho, embora essa premissa seja muito controversa entre os estudiosos (TRIGUEIRO, 2016).

Atividades culturais

Os presos têm o direito de participar de atividades profissionais, intelectuais e artísticas, desde que essas atividades sejam consistentes com a execução da sentença. Embora essas acusações raramente sejam aceitas por instituições criminais brasileiras (CARVALHO, 2016).

Cabe ressaltar que atualmente, apesar de não haver disposições legais, os quinze estados do Brasil propõem reduzir a sentença por meio de atividades educacionais baseadas nas decisões de cada juiz. Portanto, independentemente do uso da salvação, o aprendizado é um direito inalienável das pessoas privadas de liberdade (ALMEIDA, 2020).

Paradoxalmente, o direito à educação não é a principal preocupação de um prisioneiro, talvez porque eles aprenderam a não ter uma vida assim, porque para eles, ir à escola significa um sentimento de fracasso e frustração (LEÃO, 2016).

A educação nas prisões também é um direito de todos, porque afeta mais de 10 milhões de pessoas. No entanto, mesmo com muitas iniciativas tomadas nos níveis local e nacional, a comunidade educacional internacional não é impossível. As pessoas que geralmente lutam pelo desenvolvimento de atividades educacionais em instituições prisionais são organizações não-governamentais e alguns governos (NÓBREGA, 2019).

O nível de escolaridade da maioria dos criminosos na maioria das prisões do mundo é baixo em comparação com a média nacional. Podemos dizer que as pessoas nas prisões são

muito pobres, economicamente muito pobres, muitas vezes excluídas das escolas formais ou nunca tiveram a oportunidade de frequentar escolas formais. No Brasil, 10,5% dos presos são analfabetos, enquanto 70% do ensino fundamental ainda não foram concluídos (SANTOS, 2019).

Requisitos para concessão da progressão de regime

Um dos propósitos da sentença é ressocializar o condenado. Para tanto, uma das formas que o ordenamento jurídico brasileiro adota é o desenvolvimento do sistema em três etapas (sistemas fechado, semiaberto e aberto), havendo a exigência, o condenado será imposto de acordo com a Lei de Execução Penal (LEP) brasileira, nº 7.210, do mais severo ao menos severo (CARVALHO, 2016).

Assim, a legislação incentiva os condenados, principalmente os condenados a penas longas, pois, por meio de seu comportamento satisfatório e do cumprimento de parte da pena, é possível que se livrem de um regime cuja liberdade é totalmente restrita (FRANÇA, 2019).

Portanto, o artigo 33, parágrafo 2, do Código Penal, estipula que a pena de prisão deve ser imposta gradualmente, de acordo com as circunstâncias da pessoa condenada. Por sua vez, o artigo 112 da LEP, estabelece que os criminosos devem obter requisitos subjetivos e objetivos para obter o direito de progredir no poder político (BRASIL, 1988). O primeiro ponto de concessão do progresso do regime é a exigência de tempo. Portanto, é muito importante que o infrator cumpra pelo menos 1/6 do total da pena de sua condenação (GADELHA, 2007).

É importante observar que, em caso de postergação, o tempo para o próximo andamento é calculado a partir das multas remanescentes ao invés do total das multas. Por exemplo, Alexandre foi condenado seis anos de prisão em regime fechado. Depois de cumprir 1/6 da sentença e propor requisitos subjetivos para bom comportamento, ele entrou em sistema semiaberto. Seu novo andamento ao regime aberto considerará a multa remanescente, que é 1/6 dos cinco anos, ao invés da multa básica em seis (LEÃO, 2016).

O artigo 75 da Lei Penal estipula que a pena privativa de liberdade não pode ser superior a trinta anos. Nesse sentido, surgiram algumas dúvidas sobre a possibilidade de aplicar a progressão da sentença com base nesse máximo legal em vez de usar uma sentença específica na decisão final. Dessa forma, se condenado em outros casos, o tribunal de execução vai somar todas as sentenças para unificar a pena a ser condenada, o que também se tornará a base para estabelecer os interesses progressistas do regime (MACHADO, 2008).

O segundo requisito para aprovar o desenvolvimento do regime tem um aspecto subjetivo e está relacionado ao bom comportamento prisional. Nesse sentido, artigo 112, inciso I da LEP, estipula que, além de cumprir 1/6 da pena, o condenado também deve ter bom comportamento prisional e ser certificado pelo chefe do órgão (BRASIL, 1988). Desta feita, com a promulgação da Lei nº 10.792 / 2003, a sociedade foi privada do direito à proteção do Estado, e as pessoas foram reincorporadas ao meio social sem a devida avaliação psicossocial, em razão do “bom comportamento prisional atestado pelo diretor do órgão”. Portanto, a procuradoria e a defesa podem requerer uma fiscalização, e então o juiz pode decidir conceder os benefícios legais com base em sua autoridade (SOUZA; NEVES, 2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo especial, tentamos fornecer subsídios para mostrar que o Artigo 7.210 / 84 da Lei, o Código Penal Brasileiro, segue a lei moderna, enfatizando as características humanísticas do sistema penitenciário, especialmente na reintegração de pessoas condenadas à sociedade.

Não há dúvida de que o sistema penal e o sistema penitenciário evoluíram com o tempo. Portanto, a antiga visão de retribuição de “mudar o mal pelo mal” deu lugar à prevenção e recuperação do crime. Ser condenado a se reintegrar à sociedade de maneira digna, embora ainda seja um castigo, um dos propósitos do castigo, como forma de retribuir e reconhecer o mal causado pelo crime.

À luz desses argumentos, deve-se notar que a Lei de Execução de Penalidades é um diploma relacionado à ressocialização de prisioneiros prescritos por organizações internacionais, mas não é respeitado em termos dos vários direitos dos prisioneiros. Pessoas socializadas. na sociedade. Portanto, se a maioria das instituições penais não possui condições básicas de saúde, é difícil reintegrar-se à sociedade. Os legisladores temem que o Estado garanta a dignidade de todas as pessoas. Portanto, é necessário fornecer condições normativas para o princípio da dignidade humana e entendê-lo como um dos fundamentos da democracia e do Estado de Direito.

A prisão deve ser tratada e fortalecida; caso contrário, a permanência do prisioneiro terá o efeito oposto ao esperado, porque esse se tornou um período de “especialização criminal”, no qual a vítima compartilha seu conhecimento criminal com outras pessoas. Dado o estado atual do sistema penitenciário brasileiro, deve-se notar que é importante não apenas para o estado, mas também para o público discutir esta questão.

Portanto, é importante reavaliar o que temos e o que precisamos para mudar o atual sistema penitenciário brasileiro e torná-lo mais interessado em implementar os princípios da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Henrique Bissoli. Análise crítica da progressão de regime no sistema penal brasileiro. *Intertem* s ISSN 1677-1281, v. 39, n. 39, 2020.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, p. 74-78, 2008.

BOTELHO, Luís Felipe Rodrigues. Competência do Juízo Corregedor Federal responsável pelos presídios federais quanto à concessão da progressão de regime. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2020.

CABRAL, Luisa Rocha; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. *Revista do centro acadêmico Afonso Pena*, n. 1, 2010.

CAVALCANTI, Vítor Cardoso. Possibilidade de progressão de regime prisional nos crimes hediondos em face da lei 9.455/97 (Lei de Tortura). 2005.

DE CARVALHO, Grasielle Borges Vieira; DO NASCIMENTO OLIVEIRA, Yonara Maria; DE GOES MENDES, Karoline Batalha. A aplicabilidade e eficácia dos institutos da execução penal: a progressão de regime, o exame criminológico e o livramento condicional. Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-SERGIPE, v. 1, n. 1, p. 89-101, 2012.

DE CARVALHO, Ivo César Barreto. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS NOS CASOS DE CRIMES HEDIONDOS. THEMIS: Revista da Esmec, v. 5, n. 2, p. 137-163, 2016.

DE FRANÇA CAMPOS, Larissa. Os mecanismos de ressocialização na sociedade durante a execução penal e sua eventual redundância: o sistema de progressão de regime da pena privativa de liberdade, o livramento condicional eo indulto. Derecho y Cambio Social, n. 57, p. 294-311, 2019.

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

DOS SANTOS, Juliana Coelho; DA SILVA JUNIOR, Carlos Reis. A importância da realização do exame criminológico quando da progressão de regime prisional. Revista JurisFIB, v. 10, n. 10, 2019.

DOS SANTOS, Maria Alice de Miranda; RODRIGUES, Gustavo Bernardes. A ressocialização do preso no Brasil e suas consequências para a sociedade. E-civitas, v. 3, n. 1, 2010.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GADELHA, Emanuel Lopes. A progressão de regime nos crimes hediondos. 74f. (Trabalho de Conclusão de Curso - Monografia), Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande – Sousa- Paraíba - Brasil, 2007.

GRAZIANO, Sergio Francisco Carlos *et al.* A progressão de regime no Sistema Prisional do Brasil. 2001. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. Educação e Trabalho como propostas políticas de execução penal. Alfabetização, p. 73, 2006.

LEÃO, Saimon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O Investimento no Regime Semiaberto como Forma de Redução da Reincidência Criminal no Rio Grande do Norte. Revista Transgressões, v. 4, n. 1, p. 46-58, 2016.

MACHADO, Stéfano Jander. A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal. Monografia de conclusão de Curso de Bacharelado em Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, SC, 2008.

MACHADO, Stéfano Jander. A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal. Binguauçu/SC, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, R.N. Execução penal. Atlas, 2017.

NÓBREGA, Vinícius Gonzalez. O adimplemento da multa cumulativa como condição para a progressão de regime. 2019. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

PANCERI, Thaise; WINCK, Daniela Ries. ANÁLISE DO TRABALHO PRISIONAL APLICADO A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO. Ponto de Vista Jurídico, p. 105-116, 2020.

SILVA, Francisco Benilton Serafim da. O sistema brasileiro de progressão de regime e a problemática efetivação frente à lei de execução penal. 2009.

SOUZA, Ariagne Cristine Mendonça; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. CRÍTICA A PROGRESSÃO DE REGIME APLICADA AOS CRIMES. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 2, n. 2, 2006.

TRIGUEIRO, Leonardo Cartaxo. Direito de punir e impunidade: uma busca pela redefinição da aplicação da punição no sistema penal brasileiro. 2016. Dissertação de Mestrado. Brasil.

VIGGIANO, Fernando Braga. Endurecimento das penas e da execução penal: retrocesso inigualável. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 25, n. 1, p. 25/35-25/35, 2001.



A ressocialização do preso perante o sistema penitenciário brasileiro

André Roman Alonso Soares

Centro Universitário São Lucas

Marcelo Lima De Oliveira

Professor orientador

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.145.5

RESUMO

Este estudo surgiu da necessidade de conhecer melhor os métodos de reabilitação dos presidiários brasileiros. Dados sobre as prisões do Brasil foram coletados em um esforço para melhorar o estado geral de respeito e dignidade. Além disso, trabalhos adicionais foram concluídos para resolver a falta de emprego fora da prisão, as prisões lidam com educação e violência. Para entender melhor os problemas apresentados, os presos serão estudados para saber se conseguem encontrar emprego após o cumprimento das penas. Além disso, os presos que buscam se reintegrar à sociedade serão avaliados. Além disso, soluções para o problema, como a ressocialização, serão incluídas na lista. A realização de trabalhos importantes para a reabilitação do preso é demonstrada por esta pesquisa. Isso dará ao prisioneiro a oportunidade de ter uma carreira profissional, bem como participar de um comércio que pode ser valioso para futuras oportunidades de carreira. A penitenciária do Brasil deve servir melhor à sociedade, proporcionando atividades construtivas aos seus internos. Dessa forma, os prisioneiros ainda estão conectados ao mundo exterior, mas separados uns dos outros de forma prejudicial.

INTRODUÇÃO

A ressocialização do preso atualmente, no sistema prisional brasileiro é algo que quase que impensável ante um sistema arruinado, fracassado acarretando males físicos e mentais não só ao apenado, mas também aos seus familiares.

Hoje o Poder Público à frente de sua efetiva omissão e carência de investimento em todos os setores do sistema carcerário não tem as mínimas condições de ressocializar alguém. Outro grande problema na ressocialização do apenado é a falta de efetivação de seus direitos fundamentos garantidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A ressocialização atual do preso é examinada para determinar a importância de vários métodos de reinserção na comunidade. Este trabalho inclui dois capítulos.

O primeiro detalha as conclusões de um exame inicial do preso libertado. Isto é, para ver se eles foram ressocializados e podem viver uma vida normal. Foi feito um estudo sobre porque os presos voltam a cometer crimes depois de supostamente terem sido ressocializados. Foi feita uma investigação para saber se os presos podem sair da penitenciária com sucesso e viver como um indivíduo totalmente ressocializado. Além disso, diferentes ideias de ressocialização foram estudadas. Uma recapitulação das origens do sistema prisional percorreu toda a narrativa.

Já no segundo capítulo, as condições atuais são vergonhosas e precisam de melhorias imediatas, incluindo falta de assistência médica, alimentação e saneamento. Além disso, o acesso à educação e ao trabalho vocacional pode provocar violência. Este estudo comprova que a ressocialização é importante para a sociedade. No entanto, a implementação incorreta desse processo pode causar mais problemas para o preso.

A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO APÓS SUA SAÍDA

Detentos voltam a cometer crimes após saírem dos presídios

O artigo 63 do Código Penal descreve a reincidência como o ato de crimes cometidos após a saída da prisão. Isso geralmente é lembrado quando vemos infratores reincidentes.

Depois de participar de um programa de reinserção na prisão, muitos presos no Brasil acabam infringindo a lei novamente. Isso se deve ao fato de que oito em cada dez participantes retornam a um ato criminoso. O sistema penal do país passou a aceitar essa triste realidade.

De acordo com Trindade (2003, p. 30):

Encarcerar um indivíduo não o restaura automaticamente à sociedade; em vez disso, os afasta de qualquer pessoa que eles conheceram. Também os faz perder o contato com seu senso de identidade e humanidade. A prisão é a principal fonte de comportamento criminoso, bem como um lugar onde os criminosos repetem seus crimes. Também causa deficiência mental e exclusão social. Na verdade, a prisão é considerada o ambiente mais criminogênico da terra. A prisão é literalmente uma sementeira de criminalização. Quando os prisioneiros saem, eles já foram criminalizados ainda mais. (TRINDADE, 2003, p. 30).

A prisão atualmente resiste à ressocialização; ele se transforma em um ambiente de aprendizagem para a criminalidade futura. Muitos presos saem do local com mais violência do que quando entraram; conseqüentemente, muitas vezes voltam a cometer crimes e se tornam criminosos habituais.

É fundamental criar um método viável de ressocialização para os presos, proporcionando-lhes condições adequadas que os permitam sair prontos para retomar as interações sociais com dignidade.

Como os presídios não fornecem o suporte necessário para que ocorra a ressocialização, é difícil que os objetivos do estudo sejam alcançados. Isso ocorre porque muitos presos acham difícil mudar seu estilo de vida.

Roure (1998, p. 15-17) afirma que discutir reabilitação é praticamente o mesmo que discutir uma fantasia. Na verdade, está provado que as penitenciárias não ajudam os presos a se recuperarem; em vez disso, eles os tornam piores e menos propensos a se reintegrar à sociedade.

Os reclusos tornam-se mais violentos quando saem da prisão não porque estão numa prisão, mas porque a forma como são geridos pelas prisões cria este problema. É por isso que os presos que saem da prisão voltam a cometer crimes.

Para Foucault (1997, p. 221- 222):

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade; em vez disso, eles podem aumentar o número de criminosos e crimes se multiplicando, oferece aos ex- presidiários uma chance melhor de retornar à prisão do que antes do encarceramento. Isso ocorre porque a prisão faz com que as pessoas cometam reincidência depois que saem. [...] Na verdade, muitos presos que não voltam para a prisão são ex-presidiários que não se saíram bem em sua soltura. Deixar os presos corrigidos soltos resulta na proliferação de escória criminosa entre o público em geral. A prisão inevitavelmente produz qualquer contrabando que encontra. Resolver problemas através da introspecção, ou contemplação abstrata, é essencial para a compreensão da humanidade. Isso porque exige que as pessoas pensem sobre a sociedade e como os indivíduos interagem uns com os outros. Alcançar essa façanha

exige a circunstância de vida de um preso. Em alguns casos, eles podem ser isolados em uma cela ou forçados a trabalhar inutilmente. A prisão é um sistema designado para educar os presos e fazer cumprir a lei com punições. No entanto, um sistema de educação dos alunos que também combate a natureza pode ser inútil. Estudar as leis e respeitá-las na prisão repete o que o sistema foi criado para fazer: ensinar o respeito pelas leis e aplicá-las. Todo o sistema gira em torno do abuso de poder. (FOUCAULT, 1997, p. 221- 222).

É claro que o escritor acredita que a prisão é um lugar para onde os delinquentes vão para se tornar ainda mais criminosos. Quem escreve opiniões sobre esse assunto costuma chegar a essa conclusão.

Para romper com a crença errônea de que os presos degeneram em razão do encarceramento, devemos examinar como eles são tratados, pois frequentemente sofrem violações e são obrigados a realizar tarefas impróprias ao ser humano.

Conseqüentemente, podemos observar que os agentes penitenciários e agentes da lei não possuem a educação necessária para operar uma unidade penitenciária adequadamente. Conseqüentemente, eles muitas vezes implementam o tratamento desumano dos prisioneiros, além de deixá-los em situação pior do que antes.

Nessa linha, continua Foucault (1997, p. 222):

O caráter contraditório da pena privativa de liberdade está presente desde a sua criação. Como os prisioneiros se sentem tratados injustamente pelo sistema, esse sentimento de injustiça alimenta sua vontade de sobreviver. Eles desenvolvem instintos de sobrevivência devido a conseqüências imprevistas da lei sobre a qual o sistema não tem controle. Ele não acredita mais que é culpado, e sua raiva diz respeito a tudo ao seu redor. Ele acredita que os policiais são todos executores sem respeito pela justiça. (FOUCAULT, 1997, p. 222).

O prisioneiro despreza todos ao seu redor por serem seus inimigos. Ele acredita que os guardas da prisão estão atrás dele porque ele não acredita que eles tenham as qualificações necessárias. Como resultado, ele frequentemente age de forma agressiva e injusta.

Ao examinar os efeitos da ressocialização, devemos considerar como os agentes penitenciários afetam o processo. Eles podem fornecer uma oportunidade de aprendizado para si mesmos e ajudar os presos a se tornarem mais ajustados socialmente. Isso ocorre porque a maioria dos ex-detentos retorna ao comportamento criminoso depois de receber alta, proporcionando uma melhor forma de reintegração do preso na sociedade.

A reinserção do preso na sociedade

Adultos condenados criminalmente ainda enfrentam preconceito significativo do público em geral. Essa discriminação decorre do fato de muitos presos terem idade ou grau inferior aos de seus pares, bem como antecedentes criminais. Muitos presos continuam a enfrentar o preconceito por sua falta de educação também. Incorretamente, o histórico criminal de um ex-detento é muitas vezes anexado aos membros de sua família que não têm envolvimento com a prisão. Isso resulta em um preconceito indevido contra eles por serem da mesma família de seu parente encarcerado.

Nery e Júnior (2006, p.164):

É necessário que o Estado minimize qualquer dano aos direitos do apenado antes de reintegrá-lo à sociedade. O sistema legal popular concede aos presos o direito de serem

transferidos para um local onde tenham raízes. Isso ajuda os membros da família a fornecer apoio crucial. (NERY E JÚNIOR, 2006, p.164).

Nery e Junior (2006) acreditam que o Estado deve tomar medidas para ajudar os presos a retornarem à sociedade assim que forem soltos. Esses indivíduos precisam ser capazes de continuar de onde pararam em suas vidas sociais enquanto também trabalham para ressocializar suas famílias.

De acordo Mirabete (2002, p. 24):

A prisão coloca pouca ênfase em reavaliar a perspectiva de alguém. As prisões geralmente abrigam penitenciárias, que fornecem uma abordagem mais deliberada para a reforma. Uma réplica em pequena escala de um macrocosmo observado externamente. O sistema penitenciário exacerba ainda mais as discrepâncias em grande escala que o mundo exterior observa. As prisões não ressocializam os presos; pelo contrário, estigmatizam-nos, impedindo-os de se integrarem plenamente na sociedade. Na verdade, as prisões nem sequer funcionam como ferramenta de reintegração social. Em vez disso, servem como um instrumento de controle social que mantém o status quo. (MIRABETE, 2002, p. 24).

Mirabete (2002) acredita que os presos precisam encontrar novas maneiras de se ressocializar depois de serem presos. Isso ocorre porque a prisão corrói suas habilidades sociais e os torna ainda mais marginalizados da sociedade.

Ao planejar um amplo programa de ressocialização, os detentos encontram segurança e confiança para retornar à sociedade. Essa autoestima lhes dá motivação para ficar longe do crime.

Segundo Molina (1998, p. 381) acredita-se que o fator decisivo não seja punir os culpados de crueldade ou dogmatismo. Em vez disso, é importante usar a punição para alcançar algum propósito.

Ao lidar com prisioneiros, o mais importante é evitar punições severas. Em vez disso, punições alternativas devem ser implementadas, aquelas que não piorem as condições do prisioneiro, mas também o ajudem a se preparar para se reintegrar à sociedade quando for solto (MOLINA, 1998, p. 381).

Ainda Molina (1998, p. 383):

A correção do processo de execução e o melhor cumprimento das penalidades são dois componentes fundamentais do modelo ressocializador. Idealmente, este modelo também encoraja a intervenção positiva ao lidar com o estigma do presidiário. Isso porque acredita que remover qualquer dano possível da punição é fundamental. Ao facilitar o cumprimento e remover qualquer trauma, limitação ou condição especial, esse modelo ajuda os condenados a participarem da sociedade de maneira respeitável e ativa. (MOLINA, 1998, p. 383).

Um preso saindo de uma prisão deve ser devidamente qualificado para participar da sociedade; caso contrário, sua saída violenta se destacará. Todos os prisioneiros hoje lutam com a maneira como são tratados, portanto, qualquer tentativa de discutir qualquer coisa que não seja esse fato é insuficiente. Nossa compreensão atual do assunto está enraizada em uma falsa realidade.

De acordo com Mirabete (1997, p. 99):

Os presos precisam de necessidades básicas, incluindo políticas que atendam às suas necessidades e às de suas famílias. Eles também precisam recuperar sua força, uma parte importante da vida quando as pessoas estão em seu ponto mais baixo de força e

esperança. Isso os leva a precisar de educação na prisão por meio do trabalho. (MIRABETE, 1997, p. 99).

Mirabete (1997) considera a maioria dos presos como trabalhadores ociosos, as famílias precisam de necessidades básicas, é imperativo que os prisioneiros se reúnam e percebam seu potencial enquanto encarcerados. Isso lhes dá a oportunidade de aproveitar seu potencial inexplorado e aplicá-lo fora da vida na prisão.

O egresso e o mercado de trabalho

Quando um ex-recluso sai definitivamente da prisão, egresso é o termo usado para identificá-lo. Durante o estágio probatório, ocorre a liberação condicional do egresso.

O artigo 25 da Lei de Execução Penal elenca as diversas formas de assistência ao egresso em sua legislação.

Então, consiste, no artigo 25:

A assistência ao egresso consiste:

- Na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;
- Na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

É necessário que a LEP receba apoio e orientação para se reintegrar com sucesso à sociedade depois de sair da prisão. Isso ocorre porque acredita-se que algum tipo de moradia temporária seja necessário por até dois meses. Eles precisam aumentar sua autoestima e encontrar um emprego para que possam se juntar à população em geral.

Convencer potenciais empregadores a contratar alguém com antecedentes criminais é extremamente difícil. Isso ocorre porque seus registros criminais dificultam a localização de empregos. Como resultado, muitas empresas fecham suas portas para ex-presidiários.

Para Bitencourt (2001, p. 75) ao se candidatar a um emprego, a maioria dos empregadores exige um certificado de registro criminal. Isso já mostra que o requerente foi excluído e estigmatizado devido ao seu passado criminoso. É por isso que se diz que “a estigmatização torna mais difícil para os delinquentes conseguirem a reabilitação.

Pessoas encarceradas têm dificuldade em fazer a transição de volta à sociedade depois de liberadas. Isso ocorre porque já existem barreiras entre eles e a população em geral.

Embora o encarceramento e a punição sejam necessários para a justiça e proteção, as sociedades modernas precisam ir além, tentando reinserir os condenados no trabalho produtivo tanto fora quanto dentro. Além das prisões, eles podem ser encontrados fora das prisões (PASTORE, 2011, p. 30).

Por causa de seus antecedentes criminais, as pessoas precisam esquecer que uma pessoa pode mudar suas vidas obtendo uma nova chance. Todos precisam deixar essa história para trás e dar uma segunda chance ao condenado. Isso é extremamente importante por vários motivos. É imperativo ajudar o condenado a seguir em frente com uma vida melhor e melhorar o

estado geral do Brasil. Além disso, menos crimes no Brasil significam menos encarceramento de presos, o que beneficiará a todos no país.

O esporte como meio de ressocialização

Novos projetos e ideias são sempre necessários quando se pensa em como ressocializar alguém. Como esse processo é difícil, muitas pessoas têm novas ideias.

Uma abordagem diferente é necessária para entender a importância do esporte para a sociedade. Isso porque os esportes já existem, mas raramente são usados para ajudar as pessoas a se ressocializarem. Encontrar novas maneiras de analisar o esporte pode ajudar as pessoas a criar interações sociais há muito desejadas.

O Artigo 41 da LEP estabelece que os presos podem praticar hobbies não institucionalizados, como arte e esportes. Eles também podem seguir carreiras intelectuais e profissionais. Essas profissões devem coincidir com a pena que está sendo cumprida.

Um prisioneiro libertado a meio caminho do status aberto seria obrigado a participar de um programa destinado a ajudá-lo a se reintegrar à sociedade. Isso incluiria várias horas de esporte por semana.

O estado estabelece adequadamente um professor de educação física e uma equipe estagiária para concluir a tarefa. Cada preso semiaberto praticando o esporte de sua preferência.

Os presos estão planejando se unir a outros prisioneiros de mente aberta em competições esportivas amistosas. Isso os ajudará a facilitar a socialização depois de anos passados em confinamento solitário. Ao competir contra equipes do mundo exterior, eles também promoverão a integração e a boa vontade. Este grupo de prisioneiros pode formar laços significativos uns com os outros graças às suas interações com esta sociedade.

De acordo com Mirabete (2004, p. 123):

Ao exercer sua independência, um prisioneiro pode se recuperar de uma doença enquanto preserva seu senso de identidade. Ele também pode usar sua imaginação para mergulhar no sublime ou se concentrar em voltar ao normal. De qualquer forma, a recriação lhe dá a chance de manter sua individualidade. Manter as necessidades do corpo sob controle e manter o equilíbrio emocional e físico apropriado são necessários para manter um padrão de vida. (MIRABETE (2004, p. 123).

O esporte pode ser uma maneira eficaz de os presos se recuperarem e se reintegrarem à sociedade. Isso ocorre porque eles fornecem uma saída muito necessária para os prisioneiros, ajudando-os a fazer a transição de volta à sociedade.

Segundo Porto (2007, p. 28) a falta de programas de reajuste dos detentos mostra que eles são educados por seus pares e não pelos supervisores penitenciários. Um programa esportivo deve ser planejado e implementado com a ajuda de guardas prisionais e professores de educação física.

Ainda segundo o autor, os presos vão se auto-reformar se nenhum programa de reeducação for implementado. O resultado será falha e deterioração. Esse processo provavelmente resultará na adoção de ideias de desorientação social.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Em 1818, e Nova Iorque construiu a primeira prisão do Sistema Penitenciário, chamada de Auburn Prison, foi a primeira prisão existente nos Estados Unidos. Seu nome vem da palavra portuguesa para silenciar ou quietude, pois era extremamente rígido. Quando os prisioneiros foram colocados na prisão de Auburn, eles não podiam nem falar uns com os outros. Além disso, eles foram isolados uns dos outros, nem mesmo capazes de interagir, o que ficou conhecido como “Sistema Silencioso” devido à sua grande rigidez.

Para Mirabete (2004, p. 386):

A partir do século XVIII, novas teorias penais foram desenvolvidas em resposta a falhas percebidas nos sistemas existentes. Uma dessas teorias levou à criação de penitenciárias que implementavam conceitos como solidão e celas sem comunicação. Com o tempo, isso levou à criação do Sistema Filadélfia – uma das primeiras penitenciárias a ser criada nos Estados Unidos. O sistema irlandês alcançou um sistema de progresso de trabalho silencioso quando se tratava de Auburn e do Sistema Progressivo. Isso envolvia primeiro colocar os prisioneiros em confinamento solitário e depois liberá-los em etapas. A segunda fase do sistema envolvia punição pública. A liberdade condicional e a quarta forma de prisão aludem a sistemas progressivos de prisão. Tanto a liberdade condicional quanto o isolamento noturno com trabalho e estudo durante o dia já estão contemplados em diversas legislações. (MIRABETE (2004, p. 386).

Embora seu trabalho na penitenciária não tenha proporcionado compensação, ajudou os prisioneiros a mudar drasticamente quem eles são. As ações propositais de Frei Caneca na prisão não foram muito significativas, como evidenciado pelo insucesso. Frei Caneca abrigava uma variedade de criminosos de todas as classes socioeconômicas. Com a falta de educação, os indivíduos com baixos níveis de inteligência são mais propensos a cometer crimes. Nem as finanças de um indivíduo nem seu status familiar determinam o tipo de criminoso que ele é.

As classes pobres da sociedade vivenciam atualmente o Sistema Penitenciário de forma desproporcional. Uma razão para isso é que eles não têm outras opções disponíveis; eles precisam cometer crimes para sobreviver. No entanto, isso não justifica tratar os criminosos dessa maneira.

A maioria das pessoas encarceradas são jovens, de baixa renda e analfabetas. Na verdade, descobriu-se que a maioria dos presos não compartilha nenhuma característica além de sua pobreza e analfabetismo. Há exceções, pois alguns presos de todas as classes foram encontrados dentro de prisões.

A assistência médica inadequada é um problema significativo nas prisões. Muitos presos vivem em um ambiente instável com pouco apoio. A superlotação leva ao aumento da violência na prisão por causa das circunstâncias precárias em que vivem. Para restaurar totalmente um prisioneiro ao mundo exterior, esse importante ato é difícil.

As prisões poderiam reformar os criminosos de dentro para fora. Como observa Bitencourt (2006, p. 129) essa crença persistiu por muito tempo. Como meio para alcançar a ressocialização completa, esta pena pode ser um instrumento adequado.

Falta de dignidade e assistência aos detentos

Acreditamos que todos os infratores perdem seus direitos quando são presos. Isso é evidenciado pelas deploráveis condições de vida que vemos nas prisões quando visitamos nossos detentos. Eles são jogados em qualquer posição e esquecidos dentro da prisão. Eles são como qualquer outra pessoa e merecem os mesmos direitos que qualquer outra pessoa. Não importa onde eles estejam, as escolas domiciliares dos alunos permanecem sempre acessíveis.

Em nosso país, o sistema penitenciário não oferece o devido suporte aos presos. Como resultado, eles ficam cada vez mais irritados e isolados por serem negligenciados e esquecidos dentro da prisão. Isso torna muito mais difícil para os presos se ressocializarem com o mundo exterior e requer maior apoio.

Conforme Zaffaroni (2001, p. 31):

O prisioneiro suporta todo tipo de humilhação devido à falta de espaço e privacidade. A miserável comida fornecida pela prisão também diminui sua autoestima. E os baixos padrões de higiene e cuidados de saúde causam-lhe angústia adicional. Além disso, a maioria das prisões está superlotada e oferece acomodações e nutrição inferiores. Não importa o que aconteça, ele também deve enfrentar a discriminação quando se trata de pagar por acomodações. (ZAFFARONI, 2001, p. 31).

Não importa quantas violações de direitos ocorram, os sistemas prisionais atuais ignoram a Constituição e tratam os presos como animais. Na verdade, os presos se revoltam com mais frequência porque as autoridades recorrem ao uso da força contra eles. Consequentemente, nasce uma prisão rebelde que muitas vezes leva a mais violações e abusos dos direitos dos presos.

Falta de acesso à educação e ao trabalho profissionalizante

Em última análise, está fora de questão um prisioneiro passar o tempo ocioso ou com a mente vazia. Isso ocorre porque qualquer estado de confinamento deixa o prisioneiro ansioso para se libertar.

É difícil melhorar as condições dos presos, pois eles raramente têm uma experiência de vida positiva. Isso ocorre porque a maioria dos presos se sente mal com suas vidas e pensa demais em coisas negativas. Mesmo que tenham a mente vazia, ainda considerarão pensamentos negativos.

Os prisioneiros devem viver com uma variedade de pessoas, algumas amigáveis e outras frias. Muitos acham o arranjo de vida difícil devido à falta de previsibilidade e ao fato de nunca mais verem a luz do dia.

Ninguém pode viver uma vida normal sem emprego. Isso ocorre porque a ausência de uma ocupação faz com que muitos internos experimentem estresse e dificuldade. Fazer tarefas mantém as pessoas ocupadas e evita sofrimento mental. E a vida na prisão já é estressante o suficiente, seria ainda mais se um preso acreditasse que sua vida acabou quando foi encarcerado.

Presos sem trabalho, sem estudo acabam sofrendo ainda mais e passam a perceber incorretamente os valores e as visões do mundo. Essa angústia faz com que fiquem ainda mais abalados mentalmente.

Os ensinamentos de Foucault (1987, p. 102) afirma que as prisões devem empregar presos em oficinas para pagar sua manutenção. Além disso, as prisões devem forçar os presos a trabalhar duro para reparar qualquer dano que possam ter causado à prisão. Finalmente, as prisões devem punir os presos devolvendo-os a um sistema econômico estrito.

A prisão agrava os problemas que eles já têm; eles desenvolvem novos hábitos que pioram seus problemas anteriores. Eles também desenvolvem problemas psicológicos adicionais que não tinham antes de irem para a prisão. Além disso, seu atual estado de doença mental torna-se ainda mais grave do que era antes de entrar na prisão.

Conforme Mirabete (2004, p. 90):

O trabalho é extremamente importante por vários motivos. Ajuda a manter a ordem e evita a ociosidade através de uma perspectiva disciplinar. Também contribui para a manutenção do equilíbrio físico e emocional da pessoa através de uma perspectiva de saúde. O trabalho melhora a educação, pois constrói a personalidade do indivíduo e lhe ensina habilidades. Também ajuda financeiramente os presos, fornecendo-lhes dinheiro para suas necessidades e apoio para suas famílias. E beneficia a economia educando as pessoas e criando empregos. (MIRABETE, 2004, p. 90).

As prisões não permitem que os presos estudem ou se concentrem em qualquer assunto específico. Em vez disso, eles são forçados a chafurdar em sua existência miserável. Assim, esse tempo passado atrás das grades pode ser uma oportunidade para desenvolver uma especialização especial. Isso lhes permitiria sair com uma mente focada e maior autoestima.

Tanto a Lei de Execuções Penais quanto a LEP exigem que os presos tenham acesso a uma biblioteca. Esta é uma das disposições mais importantes de ambas as leis, pois dá aos presos educação adicional e habilidades profissionais. Além disso, os artigos 18 e 19 da Lei de Execução Penal determinam a obrigatoriedade do ensino primário para todos os cidadãos.

Mirabete (2004, p. 78) comenta:

Utilizar a biblioteca para fins educacionais, bem como monitorar o desempenho dos alunos e o crescimento intelectual, ajuda a manter o estabelecimento sob controle. Também útil para quem tem apetite literário, a biblioteca proporciona distrações saudáveis, despertando o interesse pela leitura. A leitura nas células ainda pode ser implementada através de um sistema de biblioteca circulante. Isso permite que pessoas presas acessem informações. (MIRABETE, 2004, p. 78).

Atualmente, o Sistema Penitenciário coloca muitas dificuldades na obtenção de empregos para os detentos. Isso se deve à crença de muitos de que os criminosos são maus funcionários. No entanto, os presos têm uma vantagem sobre os outros trabalhadores quando se trata de encontrar empregos; eles são mais baratos.

As empresas e a sociedade perdem quando os presos não têm a oportunidade de provar suas habilidades. Eles são tipicamente subestimados por causa de seus crimes.

Uma educação prisional profissional pode ajudar os presos a conquistar seus valores materiais e morais, bem como compreender melhor os valores culturais. Também os ajuda a aliviar os problemas profissionais e culturais que enfrentam, permitindo que façam cursos quando são libertados da prisão. Isso permite que muitos presos sigam uma carreira no mercado de trabalho.

Devido à crença de que os criminosos perdem sua humanidade após a prisão, preci-

samos mudar essa ideia. Por causa disso, a sociedade como um todo sente que um criminoso preso não acrescenta nada à sociedade e perde toda a dignidade (ZACARIAS, 2006, p. 61).

A incongruência surge do fato de que os presos não precisam trabalhar ou estudar. Isso reduziria a ociosidade nos centros de detenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encontrar doutrinas específicas para usar no estudo foi uma grande dificuldade. Também foi difícil encontrar uma meta adequada para a ressocialização. Muitos problemas com a pesquisa foram encontrados, incluindo dificuldade em encontrar respostas para essas perguntas.

A compreensão das descobertas aprofundadas desse projeto levou à percepção de que é fundamental ajudar os detentos a alcançar a ressocialização. Isso pode ser feito fornecendo-lhes habilidades e oportunidades para conseguir empregos. Além disso, o tempo que passam ociosamente na prisão lhes concede algum benefício. Levando isso em consideração, é óbvio que ajudar os detentos quando eles saem da prisão é importante. Isso os ajuda a conseguir um emprego e ganhar poder. Com honra, retorne à sociedade.

No que diz respeito ao aspecto específico do estudo que tratou do trabalho e do esporte, percebemos que ambos os assuntos são fortemente regulamentados devido à sua significativa importância. A importância descrita é frequentemente atribuída à necessidade de as empresas aumentarem a cooperação com outros funcionários, ele escolhe os presos que trabalharão com eles assim que eles aceitarem.

As empresas relutam em contratar alguém com antecedentes criminais. Por muitas razões, eles pedem um registro criminal durante a entrevista. Este registro acompanhará o requerente ao longo de sua vida. Encontrar uma maneira de contornar esse obstáculo é imperativo. As empresas devem encontrar algo que um trabalhador isento de antecedentes criminais possa fazer bem por elas.

Encarcerar prisioneiros em prisões está se tornando um problema hoje. Isso se deve ao fato de que precisam ser ressocializados, pois são seres humanos que erraram. Fazer isso reduzirá a probabilidade de cometer crimes novamente; isso ocorre porque muitas prisões já estão superlotadas. Por isso, é importante proporcionar a eles um ambiente adequado para se ressocializar.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10.ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2001. FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis: Vozes, 1986.

_____. Vigiar e punir. Petrópolis- RJ: Vozes, 1997.

_____. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução penal: comentários a Lei nº 7.210, de 11-07- 84. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Execução Penal. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____ Execução Penal. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação. São Paulo: Atlas, 1997.

MOLINA, Antônio Pablos Garcia de. Criminologia: Uma Introdução aos seus Fundamentos Teóricos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

PASTORE, José. Trabalho para ex-infratores. São Paulo: Saraiva, 2011. PORTO, Roberto. Crime organizado e sistema prisional. São Paulo: Atlas, 2007.

ROURE, Denise de. Panorama dos Processos de Reabilitação de presos. Revista CONSULEX.

TRINDADE, Lourival Almeida. A Ressocialização...uma (Dis)função da pena de Prisão. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. Execução Penal Comentada. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



A licitude da utilização da carta psicografada como meio de prova no plenário do júri

The legality of using the psychographed letter as a means of evidence in the jury plenary

Beatriz Brito Dos Santos Silva

Acadêmico de Direito no Centro Universitário do Norte

Flaide Flaviane Galvão Ferreira

Acadêmico de Direito no Centro Universitário do Norte

Samuel Caio Rodrigues de Oliveira

Acadêmico de Direito no Centro Universitário do Norte

Wellington Silva de Lima

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Advogado. Docente do curso de Direito da UNINORTE.

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.145.6

RESUMO

Este trabalho foi feito com o objetivo de analisar a carta psicografada como um meio de prova no plenário do júri, averiguar acerca da possibilidade de sua admissão em concordância com os princípios constitucionais e penais. Para uma análise mais profunda, primeiro iremos apresentar os conceitos básicos e fundamentais de o que vem a ser a prova e as suas tipificações no processo penal, juntamente com seus princípios e funções. Por fim, apresentaremos a carta psicografada e como ela pode ter seus efeitos em meio a um processo penal, os seus pontos positivos e pontos negativos. A metodologia usada para este estudo foi a quali-quantitativa com pesquisas em fontes primárias e secundárias, como livros, artigos científicos e casos específicos onde a carta psicografada foi um meio crucial para a sentença condenatória. Portanto, os estudos feitos mostram que a carta psicografada trata-se de um documento que é analisado minuciosamente através da perícia para provar sua autenticidade, tendo potencial de vir a ser de grande auxílio no processo, podendo complementar o conjunto probatório usado para chegar à uma decisão judicial.

Palavras-chave: prova. processo penal. carta psicografada. plenário do júri.

ABSTRACT

This work was done with the objective of analyzing the psychographic letter as a means of proof in the plenary of the jury, to investigate the possibility of the admission in accordance with constitutional and criminal principles. For a deeper analysis, we will first present the basic and fundamental concepts of what constitutes evidence and the typifications in criminal proceedings, along with the principles and functions. Finally, we will present the psychographed letter and how it can have its effects in the midst of a criminal process, the positive and negative points. The methodology used for this study was quali-quantitative with research in primary and secondary sources, such as books, scientific articles and specific cases where the psychographed letter was a crucial means for the conviction. Therefore, the studies carried out show that the psychographed letter is a document that is analyzed in detail through the expertise to prove its authenticity, having the potential to be of great help in the process, being able to complement the evidence used to arrive at a Judicial decision.

Keywords: evidence. criminal procedure. psychographed letter. jury plenary.

INTRODUÇÃO

A licitude da utilização da Carta Psicografada como meio de prova no plenário do júri, é algo incomum, porém permitido por nosso código de processo penal, é um meio de prova documental referente ao fato em análise, contém valor pleno ou indiciária, e indireta, pois é possível chegar ao fato provado por raciocínio lógico-dedutivo/indícios, devendo ser submetida a exames grafotécnicos realizados por peritos e laudos técnicos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 veda taxativamente a produção de provas ilícitas com fulcro no artigo 5º inciso LVI, e na mesma inteligência o caput do artigo 157 do Código de Processo Penal afirma: “são inadmissíveis devendo ser desentranhadas do processo, as provas

ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Provas ilícitas são aquelas não admitidas no Processo Penal, sua utilização é vedada considerando terem sido originadas de maneira alheia às normas do direito material, como por exemplo as provas advindas de contravenções penais ou de crimes, conforme a teoria da árvore do fruto envenenado: Se a árvore está envenenada todos os frutos que dela advirem também estarão.

A problemática em questão se origina em bases religiosas, a psicografia é vinculada de modo geral ao espiritismo e charlatanismo, um fator a ser levado em consideração que dificulta a introdução da psicografia como algo real, material e lícito, em um país que desenvolve sua fé e costumes no cristianismo, como consequência disso, no nicho jurídico do plenário do júri a prova da carta psicografada chega carregada de estigmas.

Resinificar a psicografia como pseudociência é um dos objetivos gerais desse artigo, tendo como objetivos principais: cessar os estigmas religiosos, conceder ao perito grafotécnico seu espaço e reconhecimento, e mostrar que o uso das cartas psicografadas como provas não deve ser considerada mero “*ad verecundiam*” apelo a autoridade, sempre de mãos dadas com racionalidade das práticas probatórias e a garantia da correta administração da justiça.

Para uma compreensão cristalina sobre o objeto de estudo abordado utilizaremos da metodologia de pesquisa quali-quantitativa, tendo como sua característica principal trazer um conteúdo descritivo e apresentação de dados que serão úteis para a análise da natureza do tema.

A PROVA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Conceito de prova

Para Flávio Cardoso de Oliveira (2011, p.132) “Prova é todo elemento pelo qual se procura mostrar a existência e a veracidade de um fato. Sua finalidade, no processo, é influenciar no convencimento do julgador.” Portanto, a prova tem a função de levar ao magistrado o entendimento da existência ou inexistência do fato discutido.

No pensamento de Juarez Tavares (2020), prova é uma palavra polissêmica, ou seja, o tipo de palavra que contém dois ou mais significados, podendo ser conceituada como uma “atividade” com fim de demonstrar o acontecimento de um fato, ou até mesmo podendo ser chamada por alguns de “prova jurídica” com o elemento capaz de determinar o fato perante ao juiz.

Segundo Souza (2011, p. 22) “o Direito Penal objetivo é a fonte onde o titular do direito de punir irá buscar fundamento para consecução dos seus fins.” Desta forma, podemos entender que sem a total fundamentação para aplicação da decisão judicial correta, o titular do direito de punir não pode agir. A prova é um dos principais meios para a fundamentação de uma decisão judicial justa.

A respeito da convicção do juiz, o Código de Processo Penal explica:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos

informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Segundo Juarez Tavares (2020), nas diversas “tradições jurídicas” é possível analisar sentidos diferentes para a conceituação do que vem a ser a prova. Na Civil Law, a prova é considerada uma busca pela “verdade”, com fim de que se torne justa uma decisão judicial. Já na Common Law, a prova vem a ser um recurso usado por uma parte em um confronto de duas versões de um fato, triunfando o relato mais plausível.

Mediante todos esses conceitos de prova, não importa qual seja, todos eles estão interligados ao princípio da verdade real, onde é estabelecido que o julgador deve sempre buscar estar mais próximo da veracidade ocorrida no fato.

Acerca do direito à prova, Flávio Cardoso de Oliveira explica:

Não se pode esquecer que, no Direito Processual Penal moderno, uma das garantias fundamentais da parte é a do direito à prova. Não se trata, apenas, de se cumprir uma obrigação legal de produzi-la com vistas ao já mencionado princípio da verdade real, mas de efetivamente garantir que a parte tenha liberdade para requerer a produção de prova, acompanhar a referida produção e ter a prova avaliada pelo julgador. (OLIVEIRA, 2011, p. 132)

Portanto, Juarez Tavares (2020, p. 19) conclui que “No processo judicial, a funcionalidade do conceito de prova é sempre o direcionamento à verdade, com respeito aos limites éticos, epistemológicos e legais.” Sendo a prova, o elemento fundamental para que ocorra a validação do fato julgado na ação processual.

Meios de prova

Para Juarez Tavares (2020) a prova tem como objetivo demonstrar a verdade dos fatos a fim de que se alcance uma sentença justa e adequada ao caso, chegando-se, para tanto, à verdade real.

Acerca da prova como meio de buscar a veracidade, Capez comenta que:

Prova é uma palavra derivada do latim, que refere o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar o magistrado à convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2013, p. 372)

Podem ser considerados meios de prova toda maneira de se enriquecer o processo com informações que permitam esclarecer o que aconteceu, tanto quanto ao fato como quanto à autoria, para se chegar à verdade real a fim de formar a convicção do juiz de maneira justa. O magistrado irá se utilizar dos meios de provas sejam eles previstos em lei ou não.

O Código de Processo Penal relaciona como meios de prova: os exames de corpo de delito e perícias, a confissão, as perguntas ao ofendido, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos, os indícios e a busca e apreensão. Além de outras provas que poderão ser produzidas, desde que não sejam consideradas ilegais.

Acerca dos meios de prova, Aury Lopes diz que:

a) Meio de prova: é o meio através do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados direta-

mente na decisão. São exemplos de meios de prova: a prova testemunhal, os documentos, as perícias etc. (LOPES, 2020, p. 586)

Segundo Aury Lopes (2020), é importante diferenciar os meios de prova e os meios de obtenção de prova. Apesar de parecidas, são duas coisas distintas, enquanto os meios de prova servem para o conhecimento da veracidade do fato, os meios de obtenção de provas irão buscar coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, podendo ter como destinatários a polícia judiciária.

São exemplos de obtenção de provas: a delação premiada, buscas e apreensões, interceptações telefônicas, entre outras. Estas, por si só, não são provas absolutas, mas são consideradas um meio para chegar à prova.

Conforme a doutrina de Dário Mariano da Silva, mesmo a legislação mostrando os meios de prova, é impossível que a lei seja taxativa, tendo em vista as inúmeras possibilidades de meios de prova:

Via de regra, a lei estabelece os meios de prova que poderão ser utilizados no processo. Todavia, isso não implica que o elenco discriminado pela lei seja taxativo, uma vez que o legislador nunca poderia pensar em todos os meios de prova existentes, sendo certo que alguns lhe escapariam. De tal forma, todos os meios de prova existentes são aptos a demonstrar a ocorrência de algum fato, desde que legais e morais (SILVA, 1999, p.18).

Para que o meio de prova usado no processo seja legítimo, é obrigatório a sua concordância com os preceitos instituídos nos códigos de processo. Apesar de nenhum meio de prova ser absoluto, todo meio de prova deve ter sua total coerência no decorrer do procedimento, caso contrário, a prova se tornará ilegítima. (TAVARES, 2020)

Exame de corpo de delito

O Código de Processo Penal fundamenta o uso do exame de corpo de delito através dos artigos 158 a 184. Deixando claro que quando a infração deixar vestígios, o exame de corpo de delito será indispensável, de forma direta ou indireta.

Para Greco Filho (2010), a expressão corpo de delito possui duas origens, no sentido mais amplo e histórico vem a ser a própria infração no que ela tem de exterior, por outro lado, em um sentido técnico profissional, o corpo de delito vem a ser todas modificações físicas do mundo exterior causada pelo crime.

Nos termos de Evinis Talon (2018), o exame de corpo de delito indireto vem a ser usado a partir da coleta de vestígios e através do raciocínio dos peritos que estão analisando o fato. No melhor dos casos, o corpo de delito é realizado baseado nos vestígios cuidadosamente analisados pelos peritos, onde apresentam as suas conclusões em um laudo. Porém, muita das vezes não é possível fazer essa análise direta, então é exatamente nessa falta de contato direto com os vestígios que os peritos são obrigados a fazer sua análise a partir do depoimento das testemunhas e das provas documentais, como por exemplo as fotografias.

Apesar de que em via de regra, o exame de corpo de delito indireto deveria ser uma exceção, ocorre que é usado muita das vezes justamente pela grande falta de agentes/peritos para suprir a demanda.

Para Aury Lopes (2020), apesar de a ciência ter um grande peso no Direito, é importante

não se esquecer de que a ciência não está imune a erros:

Assim, nenhuma dúvida temos do valor do conhecimento científico, mas não há que en-deusá-lo com o absolutismo, pois mesmo o saber científico é relativo e possui prazo de validade. Dizemos isso para, desde logo, advertir que não existe “a rainha das provas” no processo penal, e muito menos o é a prova pericial. (LOPES, 2020, p. 676)

O exame de corpo de delito, como prova pericial, tem um valor técnico, uma vez que somente é realizado a partir do domínio de um determinado saber técnico, ou seja, o juiz vem a carecer dos conhecimentos científicos especializados do perito, para analisar algum fato ou circunstância que tenha sido obtido por diferentes meios de averiguação, e que possa ser necessário para que haja continuidade no processo de investigação

Confissão

Ao analisar uma parte específica da evolução histórica das provas, Aury Lopes Junior (2020) mostra que existiu um sistema de valoração hierarquizada da prova, em que era chamado de sistema legal das provas, onde tudo era previamente estabelecido na lei, sem considerar nenhuma mudança quanto as individualidades para com cada caso julgado.

Neste sistema, a confissão era tida como um meio de prova absoluto, sem nenhum tipo de contestação, mesmo que houvesse uma só testemunha para contrariar o que tinha sido dito pelo confessor, não iria existir valor nas palavras da testemunha.

Acerca do sistema legal de provas, Aury Lopes Junior mostra resquícios de tal sistema na legislação brasileira:

Resquícios da estrutura lógica desse modelo podem ser observados no sistema brasileiro, em que o art. 158 do CPP exige que a prova nas infrações que deixam vestígios deve ser feita por exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. É um exemplo de que a lógica do sistema legal de provas não foi completamente abandonada, na medida em que existem limitações no espaço de decisão do juiz a partir de critérios previamente definidos pelo legislador na lei. (LOPES, 2020, p. 607)

Com a necessidade da superação de tal modelo de prova tarifada ou tabelada, considerado ultrapassado, surge o princípio da íntima convicção. Lopes diz que com o novo sistema adotado “O juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critérios de avaliação das provas.” Tendo então, o julgador se tornado livre para valorar a prova, sem necessariamente ter a obrigação de fundamentar a sua decisão.

No pensamento de Juarez Tavares:

A íntima convicção se assenta exclusivamente num juízo subjetivo, sem qualquer necessidade de justificação; a convicção motivada decorre de um juízo formulado sobre elementos materiais. O direito processual moderno, com algumas poucas exceções, se baseia no sistema da convicção motivada. (TAVARES, 2020, p. 51)

Doutrinariamente, é possível encontrar opiniões divergentes acerca do uso do princípio da íntima convicção no sistema brasileiro. Aury Lopes argumenta:

Contudo, é adotado no Brasil, até hoje, no Tribunal do Júri, onde os profanos julgam com plena liberdade, sem qualquer critério probatório, e sem a necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. Isso signi-

fica um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar. (LOPES, 2020, p. 608)

Por outro lado, contrariando a opinião de Lopes, Juarez Tavares traz outra linha de pensamento:

Na realidade, em que pese ao prestígio da expressão “princípio do livre convencimento motivado”, não há uma verdadeira “liberdade” do juiz para analisar o conjunto probatório e formar sua convicção, uma vez que o julgador está, em certa medida, condicionado tanto pela tradição em que está inserido quanto por fatores ligados ao inconsciente. O “livre convencimento” é, portanto, um mito. De toda sorte, a necessidade de motivar o valor dado a cada prova permite reforçar a natureza cognitiva e reduzir os espaços potestativos e potencialmente arbitrários do juízo, “vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e de fato, à prova das hipóteses acusatórias”. (TAVARES, 2020, p. 51, *apud* FERRAJOLI, 2002, p. 497)

Em consequência do sistema atualmente usado (princípio da íntima convicção), a confissão atualmente tem um papel com suas próprias limitações, conforme a espécie do procedimento. A confissão só irá ter uma função probatória se estiver em total conformidade com as demais provas que apontam a veracidade dos fatos. Portanto, somente uma confissão isolada não tem valor algum, salvo se for confirmada em juízo, em todos os seus termos (LOPES, 2020).

Depoimento do ofendido

Acerca do depoimento do ofendido, que é justamente a parte passiva do processo criminal, o Código de Processo Penal explica no artigo 201 que o ofendido sempre deverá ser qualificado e perguntado sobre os acontecimentos da infração penal, tanto sobre será o suposto autor do crime, quanto para possíveis provas.

Segundo Nucci (2012a), o depoimento da vítima pode vir a ser um meio de prova, porém não se pode creditar o mesmo valor que o depoimento de uma testemunha imparcial. Isso se dá ao fato de que por todo sofrimento, constrangimentos e agressões que a vítima pode ter sofrido, ocorre distorções naturais em seu depoimento.

Aury Lopes disserta sobre o compromisso do depoimento da vítima:

A vítima não presta compromisso de dizer a verdade e tampouco pode ser responsabilizada pelo delito de falso testemunho (mas sim pelo crime de denúncia caluniosa, art. 339 do CP, conforme o caso). Também não é computada no limite numérico das testemunhas. (LOPES, 2020, p. 726)

Em consequência dos possíveis traumas causados à vítima, automaticamente a sua palavra não tem o mesmo valor do que a de uma testemunha imparcial, logo, a palavra da vítima não pode justificar uma sentença condenatória em nenhum caso. Caso não haja prova robusta de que o fato realmente aconteceu, o réu não poderá ser condenado. (LOPES, 2020)

De acordo com a doutrina de Aury Lopes (2020), a justiça brasileira faz duas ressalvas ao se tratar da palavra vítima para justificar uma sentença condenatória: crimes contra o patrimônio como roubo e extorsão, quando se faz uso de violência ou grave ameaça; crimes sexuais e crimes praticados em dependências domésticas, no caso da violência doméstica.

Esses tipos de crimes são praticados de forma que não haja nenhum outro tipo de testemunha, só restando a palavra da vítima como meio de prova, portanto, faz-se necessário a apreensão dos objetos em posse do réu, nos casos dos crimes patrimoniais. Já nos casos de crimes sexuais, além da palavra da vítima, é feita a identificação de material genético. Nesses casos, a palavra da vítima realmente vem a ter um valor probatório. (LOPES, 2020)

Provas testemunhais

Segundo Aury Lopes (2020), as provas testemunhais acabam por ser o meio de prova principal em nosso processo criminal, devido a restrições técnicas que a polícia judiciária brasileira tem, em via de regra. Portanto, a prova testemunhal é o motivo pela maioria das sentenças ordenatórias ou absolutórias que são proferidas no Brasil.

Acerca da inquirição, Lopes diz:

Quanto à ordem em que ocorrerá a inquirição, no rito comum ordinário (art. 400), inicia-se com a tomada de declarações do ofendido, passando-se em seguida à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, bem como os esclarecimentos dos peritos, às acareações, reconhecimentos e, por derradeiro, com o interrogatório do acusado. (LOPES, 2020, p. 745)

O Código de Processo Penal nos artigos 202 a 225 fundamenta acerca das testemunhas, como o compromisso de dizer a verdade, traz os impedimentos, fala sobre a incomunicabilidade, sobre a inquirição e o conteúdo das perguntas e do depoimento.

Reconhecimento de pessoas

O reconhecimento de pessoas é um meio de prova usado quando alguém é chamado para analisar e tentar dizer se a pessoa analisada teve ou não participação em um determinado contexto. Previsto no artigo 226 do Código de Processo Civil, tendo a obrigação de seguir um procedimento que assegure a sua idoneidade, pode ser realizado tanto na fase pré-processual como também na fase processual.

Aury Lopes (2020), parte da premissa de que o reconhecível vem a ser tudo aquilo que somos capazes de perceber, ou seja, o reconhecimento só é possível para aquilo que é conhecido pelos sentidos humanos. Ou seja, o reconhecimento visual é previsto no Código de Processo Penal, por outro lado, acerca do reconhecimento que dependa de outros sentidos, como o acústico, olfativo ou tátil, o Código de Processo Penal nada nos diz.

Acerca da problemática no reconhecimento de pessoas envolvendo o “livre convencimento do julgador”, Aury Lopes argumenta que:

É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”. Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do “livre convencimento do julgador”, a prática pode ensejar nulidade. (LOPES, 2020, p. 771)

Lopes (2020) exemplifica uma problemática acerca do reconhecimento de pessoas em audiência, onde o Código de Processo Penal afasta somente o inciso III, podendo ser totalmente utilizado. Em consequência disso, não pode ser reconhecimento quando o juiz pede para a víti-

ma reconhecer o réu (que encontra-se sozinho e algemado, sem o acompanhamento de outras pessoas que possuam qualquer semelhanças físicas, como é dito no inciso II), pois pode ser tratado como um ato induzido e descumpra a forma, podendo resultar em um grande risco de nulidade processual, já que esse tipo de atitude pode quebrar a igualdade de tratamento, oportunidades, fere a imparcialidade e, por último, pode negar a eficácia do direito ao silêncio e de não fazer prova contra si mesmo.

Em seus termos, Renato Lima (2020, p 210) diz que “Por força do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere), o investigado tem o direito de não colaborar na produção da prova sempre que se lhe exigir um comportamento ativo [...]”. Portanto, o réu pode se recusar a participar do reconhecimento pessoal, tratando-se do direito de não autoincriminação.

Os métodos de reconhecimento ou identificação do imputado, que possam ser adquiridos por meio de novas tecnologias desenvolvidas após a época em que foi criado o Código de Processo Civil (DNA, dactiloscópicos, palatoscopia, queiloscopia, etc), irão se inserir no campo de provas periciais (LOPES, 2020)

PROVAS DOCUMENTAIS

De início se faz necessário conceituar o que o processo penal considera como “documentos”. O Código de Processo Penal, em seu artigo 232, define como sendo “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. Ainda assim, a doutrina jurídica sentiu a necessidade de ampliar esse conceito, a fim de que se tornasse mais apropriado aos casos concretos analisados, bem como instruisse melhor a produção de provas.

Sendo assim, Capez diz que:

Documento é a coisa que representa um fato, destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo. Em sentido estrito, documento é o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato de relevância jurídica. É a coisa ou o papel sobre qual o homem insere, mediante qualquer expressão gráfica, um pensamento. (CAPEZ, 2013, p. 467)

Nucci (2008, p. 500) explica que o documento, para ser considerado meio de prova, não pode vir em pedaços ou com partes faltando, deve vir inteiro, sem defeitos, rasuras ou borrões, a fim de não comprometer o seu sentido e ser compreensível a quem os analisa. Se estiver codificada ou ainda se tiver sua veracidade contestada, dependerá do parecer de um perito e então poderá passar a ser considerada prova pericial.

PROVAS INDICIÁRIAS

O Código de Processo Penal no artigo 239 tipifica como indicio “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize por indução concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”, ou seja, indícios indiretos que exigem raciocínio e interpretação para interligar as circunstâncias dos fatos probatórios, podendo o magistrado ter como norte por indícios por meio de ilações de que o fato narrado realmente ocorreu.

Indícios são provas indiretas que não perdem seu significado ou seu valor sejam diferentes ou menor que as outras, vale lembrar que as provas indiciárias devem formar juntas um conjunto probatório. Nucci (2008, p. 503-504) diz sobre a prova indiciária: que o único fator – e

principal – a ser observado, é que o indício, solitário nos autos, não tem força suficiente para levar uma condenação, visto que essa não prescinde de segurança.

Por meio da indução, é permitido aumentar o campo do conhecimento do caso e por esse motivo, é possível fazer a junção de diversos indícios que possibilitam formar, com segurança, um quadro compatível com o que se deseja para a formação da verdade real, sendo concebível, fundamentar uma condenação ou uma absolvição. A prova indiciária, de maneira isolada é considerada de extrema sensibilidade e fragilidade para atuar sozinha, devendo sempre ser analisada com os demais elementos probatórios.

Provas nominadas e inominadas

Provas nominadas são aquelas que estão previstas no Código de Processo Penal ou em legislação expressamente específica. Conforme citado pelo próprio Código de Processo Penal, são elas: declarações do ofendido, depoimento de testemunhas, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, interrogatório do acusado, confissão, perícias, documentos, indícios e objetos apreendidos.

São consideradas provas inominadas, aquelas que não estão expressas na legislação específica e nem no Código de Processo Penal e que seriam admitidas em casos excepcionais, não sendo a regra no Processo Penal. Nesse sentido, há uma discussão doutrinária acerca da questão: os róis das provas descritas no Código de Processo Penal são taxativos ou não?

Capez (2013) coloca que em virtude do Princípio da Verdade Real vigente no Processo Penal, a prova não deve sofrer limitação, uma vez que poderia frustrar o interesse que o Estado possui na justa aplicação da lei. Diz ainda que tanto a doutrina quanto a jurisprudência são unânimes em aceitar que os meios de prova descritos pelo Código de Processo Penal são exemplificativos, o que torna possível a produção de outras provas, que não as elencadas na legislação e, sendo assim, favorece o esclarecimento dos fatos, chegando-se à Verdade Real.

Nucci, coloca que desde que não contrariem o ordenamento jurídico, todas as provas podem ser produzidas no processo penal, exceto as que disserem respeito ao estado das pessoas (casamento, menoridade, filiação, cidadania), por vedação do artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal. (2008, p. 506), dessa forma, a carta psicografada pode ser classificada como prova inominada, uma vez que não está incluída no rol das provas nominadas do Código de Processo Penal, mas sendo plenamente aplicável no processo criminal.

Provas lícitas e ilícitas

O termo latino para provar é usado para descrever evidências que foram formadas pela coleta de fatos de uma determinada maneira. Porque este termo é tão comumente usado, é também a fonte do termo em inglês provas ilícitas. Essencialmente, as provas recolhidas de forma imprópria são ilícitas. Os limites desta definição são estreitos quando aplicados a leis e mais amplos quando usados para descrever princípios gerais de bons costumes e bons costumes. Em outras palavras, as provas recolhidas de forma imprópria são contrárias à moral, aos costumes e à lei (PITTELLI, 2010).

É ilegal coletar provas obtidas através da violação de regras materiais e concretas que concedem direitos. Isso também exige que a violação direta ou indiretamente viole o princípio

constitucional. O cerne do sistema jurídico de um país é composto por direitos que são considerados éticos por natureza. Esses direitos, denominados liberdades fundamentais, são atacados quando se produz provas ilícitas em circunstâncias em que se impõe o confronto com os direitos (FARIA, 2015).

É necessário defender a justiça e a precisão a todo custo ao buscar a verdade. Isso deve ser feito mesmo que seja um dos objetivos da investigação. A lei não se justifica em desconsiderar os fatos para proteger as pessoas de danos. Embora esse comportamento seja ilegal, a lei rotineiramente incorpora achados que produzem efeitos negativos na psique humana (THEODORO, 1999).

Os magistrados sempre enfrentam o desafio de manter um estado democrático de direito com o devido processo legal. Eles são livres para investigar e coletar evidências, mas devem sempre cumprir a lei. Ao proibir a introdução de provas ilegais, o sistema legal ajuda a preservar os valores educacionais reconhecidos pelo sistema. Também desencoraja as pessoas de usarem provas ilegais, protegendo os direitos dos perseguidos. Isso é fundamental no processo penal porque impede o uso de provas ilícitas e garante a regularidade da atividade persecutória do Estado (GRECO, 2005).

Ônus da prova

Ao quebrar o processo legal, o ônus da prova refere-se à responsabilidade de encontrar a verdade sobre o assunto em questão. Essa atividade processual é necessária para manter a legitimidade de um caso. Se uma pessoa não conseguir provar um determinado fato, sua alegação será desconsiderada e seu caso não será considerado legítimo pelo tribunal. Este princípio é vital para manter a vitória em uma causa (KRIGER FILHO, 2006).

Segundo Marinoni, a finalidade do ônus da prova é dupla: primeiro, serve como regra de encerramento do caso que auxilia o juiz a determinar como julgar com base na incerteza sobre os fatos relevantes; segundo, orienta advogados e partes na produção de provas para que possam saber como será a decisão judicial caso não sejam encontradas provas suficientes (CAMBI, 2000).

Como juiz, você deve seguir o ônus da prova ao formar sua condenação. Isso porque o juiz pode reduzir os requisitos de prova a fim de atender ao padrão de prova e circunstância estabelecido pela norma. Uma vez formada, sua convicção permanece em vigor para sua decisão. No entanto, isso só importa para o juiz como destinatário. Quando é réu, esse método de formação não afeta o veredicto (HARTMANN, 2003).

Aspectos da credibilidade da evidência são examinados a partir de duas perspectivas diferentes. Uma é subjetiva e a outra objetiva. A perspectiva subjetiva considera quem tem o ônus de provar os fatos específicos em questão. Isso geralmente é considerado depois que os sistemas de disputa apresentam evidências durante um cenário semelhante a um julgamento. A perspectiva objetiva considera as circunstâncias que cercam a criação da evidência. Se essas circunstâncias indicarem que os fatos não puderam ser comprovados, elas invalidam quaisquer alegações. Uma ausência especificada de provas exige um julgamento que declare qual das partes está sobrecarregada com as repercussões de resultados sem provas. Isso serve como regra referente ao corpo julgador (EFRAIM; COSTA, 2019).

Ampla defesa

Defender-se com um advogado técnico e de legítima defesa é necessário. No entanto, a legítima defesa deve ser feita por meio de um advogado credenciado pela OAB. Isso porque combinar defesa técnica e legítima defesa cria uma defesa mais ampla que cumpre as garantias do réu. Duas condições são necessárias para que isso aconteça: a garantia dada ao réu e ampla defesa (DE VASCONCELLOS, 2018).

Durante a investigação e/ou audiência no tribunal, o acusado ou testemunha tem o direito de legítima defesa. Isso ocorre porque a verificação da autodefesa permite que eles se defendam em qualquer situação. Claro que isso não é verdade em todas as situações; aplica-se apenas a determinadas circunstâncias (PITTELLI, 2010).

Ao utilizar os elementos originais do devido processo legal, a Constituição dos EUA estabelece uma base para um sistema de processo penal que toma emprestado os princípios do contraditório e da ampla defesa. Esse sistema, então, inspira inúmeras ideias utilizadas em sistemas jurídicos de outros países (FARIA, 2015).

Contraditório

Muitas pessoas utilizam a inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase de investigação criminal como meio de provar que as investigações são tarefas administrativas. No entanto, esse argumento perde credibilidade ao se considerar a previsão expressa da constituição em sua base para o direito brasileiro. Eles dizem o contrário (GRECO, 2005).

O princípio do contraditório é um aspecto importante do direito penal. Está escrito na constituição federal e é um elemento-chave do devido processo legal e isonomia. Devido à sua importância, este princípio é ainda mais significativo por ser um aspecto central de outros princípios processuais penais (KRIGER FILHO, 2006).

Declarações conflitantes requerem um processo através do qual duas ou mais partes podem chegar a um entendimento mútuo e a um acordo. Este processo é contraditório e requer ação ritualística para ser eficaz. Começa com a crença dos protestantes nas contradições e termina com uma conclusão dialética reconhecendo o argumento de ambos os lados. A resolução precisa ser baseada nesse sistema de crenças (CAMBI, 2000).

Antes que um réu possa apresentar provas em sua defesa, ele precisa ter a oportunidade de se comunicar com o acusador. Isso inclui ser informado sobre as cobranças pretendidas, bem como sobre quaisquer evidências e razões legais para essas cobranças. Também é crucial que esses esforços de comunicação sejam feitos antes que o réu tenha conhecimento suficiente das provas e da lei subjacentes às acusações (HARTMANN, 2003).

A ORIGEM DA PSICOGRAFIA

A psicografia origina-se do grego “psyché”, que significa escrita da mente ou da alma, nada mais é do que o ato de escrever praticado por um indivíduo com capacidades espirituais elevadas influenciada por espíritos, em outras palavras é a mensagem (escrita) um espírito através de um médium (EFRAIM; COSTA, 2019).

Define-se a mediunidade como a capacidade humana que permite uma comunicação entre homens e espíritos, esta capacidade se manifesta de forma mais ou menos intensa em todos os seres humanos. Contudo, algumas pessoas apresentam um maior grau de perceptibilidade, que são chamadas médiuns sendo consideradas pessoas com dom pessoal (DE VASCONCELLOS, 2018).

O espírito que deseja comunicar-se entra em contato com a mente do médium e, por esse meio, se comunica oralmente ou por meio da escrita. Vale lembrar que a letra e a assinatura do escrito psicográfico são da pessoa falecida, possibilitando assim o exame pericial e facilitando sua confirmação (PITTELLI, 2010).

A psicografia é classificada como um de acontecimentos natural conhecido por mediunidade, essa pratica faz parte da história da humanidade há muito tempo, não sendo restrito apenas a uma religião, cultura, povo ou crenças, podendo acontecer em qualquer lugar. Um dos médiuns mais famoso na pratica das cartas psicografadas é o brasileiro Chico Xavier que morreu em 2002, escreveu mais de 450 livros e psicografou mais de 10 mil cartas e não cobrava valor nenhum aos destinatários dessas cartas, seus feitos ultrapassaram as barreiras religiosas e é reconhecido como o maior brasileiro de todos os tempos recebendo honrarias e homenagens durante e pós vida (FARIA, 2015).

A carta psicografada usada como documento

Documentos são o meio formal pelo qual se pode provar um fato ou a realização de algum ato juridicamente relevante. Na inteligência do artigo 232 do Código de Processo Penal “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, público ou particulares” (THEODORO, 1999).

De modo geral em sentido amplo, pode-se afirmar que documento é qualquer objeto hábil utilizado para provar uma verdade e, em sentido estrito, documentos são de forma apenas escritos, quando a lei faz referência a “quaisquer escritos”, entende-se que os escritos psicografados podem ser considerados como documentos (GRECO, 2005).

Ocorrendo a possibilidade de falsidade da carta psicografada, facilmente poderá ser submetida à verificação de sua autenticidade, por meio da perícia grafoscopia conforme artigo 235 do Código de Processo Penal: A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade (KRIGER FILHO, 2006).

É inexistente no ordenamento jurídico brasileiro qualquer regra que faça a proibição da apresentação de documento produzido pela pratica da carta psicografada, podendo ser utilizada como meio de prova em processo penal (CAMBI, 2000).

É relevante lembrar que a lei brasileira faz referência a quaisquer escritos, de maneira que os escritos psicografados devem e podem ser considerados como documentos em sentido amplo, uma vez que a única limitação quanto à produção de prova documental trata-se de documentos ilícitos. Devidamente provada a legitimidade da carta psicografada não há razões jurídicas para que a carta psicografada não seja aceita como meios de provas legítima (HARTMANN, 2003).

Das pericias

Todo material psicografado apresentado em processos criminais para valoração probatória tem a natureza de prova documental é submetida a realização de pericias com peritos especializados e exames específicos, tais como: exames grafotécnicos e grafoscopia.

De acordo com Estulano (2006, p. 24, 25):

No exame pericial devem ser confrontadas as grafias da mensagem psicografada e a grafia da pessoa quando viva. Aqui não se trata de “adivinhação”, e sim de exame respaldado cientificamente, porquanto são comparados vários hábitos gráficos (pontos característicos) tais como, pressão, direção, velocidade, ataques, remates, ligações, linhas de impulso, cortes do t, pingo do i, calibre, gênese, letras (passantes, não passantes e dupla passantes), alinhamento gráfico, espaçamento gráfico, valores angulares e curvilíneos.

O Dr. Carlos Augusto Perandréa, advogado, criminólogo e perito credenciado pelo Poder Judiciário, em seu trabalho científico intitulado “A Psicografia à Luz da Grafoscopia”, durante 13 anos trabalhou nas mensagens psicografadas por meio da grafoscopia, avaliando diversas assinaturas de bancos e no Judiciário.

Reconhecido pelas suas diversas faculdade mentais, Carlos Perandréa ganhou reconhecimento nacional na área em razão da pesquisa realizada durante 14 anos (1977 a 1991) para análise da veracidade das cartas psicografadas pelo conhecido médium mineiro Francisco Xavier, que faleceu em 2002. O resultado desse extenso e necessário trabalho foi publicado na revista Semina da UEL em 1991 e até os dias atuais auxilia e encoraja a utilização por advogados de cartas psicografadas por Francisco Xavier.

O citado perito atua como perito judiciário em documentos copia desde 1965 e é professor do departamento de Patologia, Legislação e Deontologia da Universidade Estadual de Londrina, desde 1974, na disciplina de Identificação Datiloscópica e Grafotécnica. O nobre perito, em sua vida profissional, conta com cerca de setecentos laudos técnicos e nenhuma contestação em todos esses longos anos de atuação.

Segundo Perandréa (1991, p. 35): “O que é de mais notável é que uma certa caligrafia se reproduz constantemente com determinado espírito, sendo às vezes idêntica à que este tinha em vida”

Segundo Caccuri no parecer dado no livro de Perandréa(1991, p. 14) explica: “Limita-se o trabalho a mostrar o relacionamento que há entre a Grafoscopia e Psicografia e a proclamar a possibilidade de identificação da autoria de mensagens espirituais”.

É importante ressaltar um fenômeno intrigante da psicografia, o médium que está escrevendo a carta psicografada assume a caligrafia idêntica e algumas faculdades intelectuais do espírito que está se comunicando por meio da carta como, por exemplo: fluência em outros idiomas, e outros conhecimentos específicos.

Um dos casos analisados pelo especialista Perandréa foi da senhora Ilda Mascaro Saulo, italiana, falecida em Roma as mensagens foram psicografadas em 1978 por Chico Xavier, a carta foi grafada em três folhas, no idioma italiano, mesmo não tendo o médium Xavier nenhuma noção de italiano, por tratar-se de pessoa muito simples e de pouco estudo.

O laudo do estudo em questão resultou no seguinte conteúdo (1991, p. 56):

A mensagem psicografada por Francisco Cândido Xavier, em 22 de julho de 1978, atribuída a Ilda Mascaro Saullo, contém, em “número” e em “qualidade”, consideráveis e irrefutáveis características de gênese gráfica suficientes para a revelação e identificação de Ilda Mascaro Saullo como autora da mensagem questionada.

A carta foi minuciosamente analisada em exames periciais usando técnico científico de grafoscopia foi confirmada a autenticidade sem margem de dúvidas que a letra da psicografia pertencia a Ilda Mascaro Saulo falecida em 1977.

Exame grafotécnico

O exame grafotécnico que como objetivo comprovar a veracidade ou falsificação dos documentos por meio de análise das caligrafias realizada por peritos.

A Grafoscopia, nas palavras do perito e criminólogo Perandréa (1991, p. 22) é:

O conjunto de conhecimentos norteadores dos exames gráficos, que verifica as causas geradoras e modificadoras da escrita, através de metodologia apropriada, para a determinação da autenticidade gráfica e da autoria gráfica.

A finalidade da perícia grafotécnica é para analisar de modo geral a autenticidade, autoria (ou não) de uma escrita (assinaturas, manuscritos, contratos, cheques e documentos), os documentos com escrita autêntica são usados como peça padrão para esta análise grafotécnica. Este documento autêntico se faz necessário para seja feita as comparações caligráficas.

Esse exame minucioso é possível porque é usado um princípio fundamental escrito por Edmond Solange Pellat, que é o pai da Grafoscopia, “A escrita é Individual”, ou seja, a caligrafia é o resultado de estímulos cerebrais que determinam nossos movimentos e estes criam as formas gráficas próprias.

Desta forma, por mais que se tente imitar uma escrita de um indivíduo, após o exame pericial grafotécnico, será possível identificar as imperfeições, determinando a falsificação.

Diante disso, o exame grafotécnico consegue avaliar a forma de construção e de formação dos caracteres de qualquer grafia, assim como também todos os “maneirismos” gráficos as características exatas de quem escreveu o documento.

Logo após isso, é emitido pelo perito um Laudo Pericial Grafotécnico e este será um documento devidamente analisado com base na boa fé pública, com validade legal, com conclusão detalhada da perícia grafotécnica, no laudo deve conter a descrição da peça questionada e dos padrões de confronto utilizados na perícia, a conclusão final e os respectivos exames grafotécnicos realizados.

Como é feita a produção de grafia

A produção de grafia é constituída por três fases, são elas: a ideação, que é o ato de recordar símbolos gráficos; a evocação, que significa o planejamento da escrita, e a execução propriamente dita. As etapas de produção do grafismo são originárias do movimento involuntário do cérebro, ou seja, havendo alguma mudança voluntária será denunciado a modificação no grafismo.

Segundo Monteiro (2008, p. 20):

Sempre que o indivíduo tentar macular sua escrita esta sofrerá alterações, acarretando um esforço ser empregado de forma diferenciada. Quando o escritor não emprega esforço oriundo do movimento voluntário do cérebro, sua escrita se dá de forma genuína.

A lei da grafoscópia diz que o indivíduo não pode macular sua escrita original, que é realizado pelo movimento natural do cérebro, sem inclusão de paradas, tremores, indecisões, retomadas, sobrecarga de tinta, bem como divergência quanto a dinâmica, força de pressão e progressão, além do comprometimento da sua espontaneidade.

A gênese gráfica estuda a constituição da grafia, ou a unidade gráfica realizada por movimentos involuntários do nosso cérebro, em outras palavras cada punho possui uma gênese gráfica única e individual. Dessa forma, fica evidente que a pessoa que falsifica nunca irá reproduzir, total ou parcial, a gênese pertencente à escrita do documento que se objetivar macular.

Psicografia como meio de prova

É inevitável que o assunto deste presente artigo se incline de maneira involuntária a religiosidade e crenças espíritas, porém, nossa pesquisa tem como dedicação pelo desenvolvimento científico, com o objetivo de afastar as sombras da religião se distanciando de temas polêmicos e controversos que o fanatismo gera, tendo foco pleno na admissão da carta psicografada como meio de prova no processo penal brasileiro.

Deve ser considerado que a psicografia não é um fenômeno espírita, mas natural que homem vem desenvolvendo ao longo de muito tempo da nossa existência, contudo a única religião a estudar e sistematizar é a espírita.

O advogado Doutor Lúcio Constantino (2009, p. 01), que fez o uso da carta psicografada no julgamento de sua cliente Iara, afirma:

Com relação à religiosidade, frise-se que a carta psicografada não se confunde com religião. Trata-se, sim, de uma consequência da espiritualidade que qualquer humano carrega consigo. Ora, o nosso Estado se funda na laicidade, não pertence a uma ordem religiosa, mas admite a espiritualidade, como se vê do preâmbulo da Constituição Federal.

Baseando-se no preâmbulo da Constituição Federal (BRASIL, 2009, p. 18) que diz, “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático... promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

No ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer lei que permita ou defina como ilícita a aplicação da psicografia como meio de prova. Sendo assim, é de livre escolha do julgador decidir se recebe ou não a Psicografia como prova, levando em consideração que a carta psicografada só pode ser apropriadamente aceita em um processo se reforçar outras provas ou trazer fatos novos.

Existem incontáveis depoimentos de juízes, advogados e juristas em geral, relatando que após terem contato com as cartas psicografadas para construir suas decisões, ficaram surpresos com a riqueza imperiosa de detalhes dos fatos narrados, tais esses que foram tão claros e inequívocos de forma que somente a pessoa falecida poderia obter conhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito é uma ciência em constante metamorfoses, acompanha o desenvolvimento cultural, tecnológicas, o surgimento de novos desafios sócio econômicos, mudanças territoriais, buscando de maneira evolutiva e insaciável novas formas de buscar justiça com ética e humanidade.

Uma das questões mais polemicas do nosso ordenamento jurídico atualmente é a carta psicografada, não é algo novo em nosso mundo, e tampouco dificilmente é utilizado, porém a sua não aceitação no nicho jurídico está atrelado a marginalização das práticas espiritualistas e ao ceticismo equivocado de que as cartas psicografadas podem ser facilmente fraudadas.

É lamentável também perceber nos casos que envolvem as cartas psicografadas a falta de valorização dos exames periciais grafotécnicos querendo de todas as formas minimizar a importância e veracidade dos valorosos peritos e suas análises.

Cabe lembrar que a carta psicografada para ser aceita como prova no plenário do júri depende de maneira conjunta as outras provas e sempre apresentando fatos novos, nunca deve ser aceita de maneira absoluta como prova única e independente sendo indispensável uma ampla investigação dos fatos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum, 4 ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. Constituição Federal. Vade Mecum, 4 ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. Da prova no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 34, 2000.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSTANTINO, Lúcio. Carta psicografada como meio prova no tribunal do júri: Disponível em: <luciodeconstantino.adv.br/arquivos/carta.doc>.

DA SILVA, César Dario Mariano. Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal. Leud, 1999.

DE VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 13, n. 2, p. 695-721, 2018.

EFRAIM, Rosely; COSTA, Jaqueline Almeida. A psicografia como meio de prova no processo penal brasileiro. Revista Dissertar, v. 1, n. 31, 2019.

ESTULANO, Ismar Garcia. Psicografia como prova judicial. Revista Jurídica Consulex. Brasília, Ano X, n 229, junho de 2006.

FARIA, Liliana Carina Barreiro. A Prova por reconhecimento de pessoas produzida ex novo em sede de audiência de julgamento: fiabilidade e impacto na descoberta da verdade material. 2015. Tese de Doutorado.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. Saraiva Educação SA, 2015.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. Estudos de direito processual, p. 468, 2005.

HARTMANN, Érica. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 39, 2003.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento. Revista de Processo 138, v. 277, 2006.

LIMA, Renato B. Manual de processo penal: volume único. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

LOPES JR, Aury. Direito Processo Penal-17ª Edição 2020. Saraiva Educação SA, 2020.

MONTEIRO, André Luís Pinheiro. A Grafoscopia A Serviço Da Perícia Judicial. Curitiba: Juruá, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, São Paulo: RT, 2006.

_____. Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 9ª edição. Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. Direito Processual Penal. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 286 p. ISBN 9788502103931.

PERANDRÉA, Carlos Augusto. A Psicografia à Luz da Grafoscopia. 1 ed. São Paulo: Jornalística FE, 1991.

PITTELLI, Mirna Policarpo. Psicografia como meio de prova judicial. Revista Vianna Sapiens, v. 1, n. 1, p. 26-26, 2010.

SOUZA, Luiz Antônio de. Direito Penal. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 281 p. ISBN 9788502103979

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Prova e Verdade. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TALON, Evenis. O exame de corpo de delito indireto. In: Direito Penal. [S. l.], 2018. Disponível em: <<https://evinistalon.com/o-exame-de-corpo-de-delito-indireto/>. Acesso em: 16 nov. 2022.>

THEODORO, Humberto. Prova—Princípio da Verdade Real—Poderes do Juiz—Ônus da prova e sua Eventual Inversão—Provas Ilícitas—Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade (DNA). Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, n. 03, p. 05, 1999.



**A legitimidade da autoridade
policial para celebrar acordos de
colaboração premiada e a anuência
do Ministério Público como condição
de eficácia, à luz do Supremo Tribunal
Federal**

Rachel Lima de Alencar

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.145.7

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a legitimidade da Autoridade Policial para celebrar acordos de colaboração premiada e a necessidade de anuência do Ministério Público como condição de eficácia, à luz do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, é necessário conceituar e fixar um panorama geral acerca da colaboração premiada, traçar a compatibilidade dos parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) com a Constituição da República, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/DF e, ainda, analisar a Petição 8482/DF, referente à necessidade de manifestação favorável do Ministério Público como condição de eficácia do referido acordo, conforme preliminar suscitada pela Procuradoria Geral da República. Realiza-se, então, uma pesquisa de finalidade básica descritiva, a partir do método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e com estudo da lei, doutrina e jurisprudência. Diante disso, verifica-se que a Autoridade Policial tem legitimidade para celebrar acordos de colaboração premiada, com parecer vinculante do Ministério Público, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no curso da ADI 5508/DF e da Petição 8482/DF.

Palavras-chave: colaboração premiada. autoridade policial. ministério público. legitimidade. vinculação.

ABSTRACT

This research aims to analyze the legitimacy of the Police Authority to enter into collaboration agreements and the need for consent of the Public Prosecutor as a condition for effectiveness, in the light of the Supreme Court. For this, it is necessary to conceptualize and set a general overview about the awarded collaboration, trace the compatibility of paragraphs 2 and 6 of art. 4 of Law n. 12. 850/13 (Law of Criminal Organizations) with the Constitution of the Republic, according to the position of the Supreme Court in judging the Direct Action of Unconstitutionality 5508/DF and, further, analyze the Petition 8482/DF, referring to the need for favorable manifestation of the Public Prosecutor's Office as a condition for effectiveness of that agreement, as a preliminary raised by the Attorney General of the Republic. The basic purpose of this research is descriptive, based on the hypothetical-deductive method, with a qualitative approach and a study of the law, doctrine and jurisprudence. Therefore, it is verified that the Police Authority has legitimacy to enter into agreements of awarded collaboration, with binding opinion of the Public Ministry, as decided by the Supreme Court in the course of ADI 5508/DF and Petition 8482/DF.

Keywords: awarded collaboration. police authority. public prosecutor's office. legitimacy. binding.

INTRODUÇÃO

A colaboração premiada é prevista na Lei 12.850/13 (BRASIL, 2013) como meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual. Estende-se para além da Lei de Crime Organizado, mas é neste diploma que ganha maior detalhamento e notoriedade. Especificamente quanto à legitimidade para firmar acordos de colaboração premiada, a citada Lei (artigo 4º, §§ 2º e 6º) atribui ao Delegado de Polícia poderes para tanto. Neste cenário, considerando as divergências doutrinárias que surgiram, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de In-

constitucionalidade nº 5508/DF (BRASIL, 2018), tendo sido julgado improcedente o pedido para declarar a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/13, fixando a legitimidade do Delegado de Polícia para celebração do acordo, e estabelecido, neste momento, o caráter não vinculante da manifestação do Ministério Público.

Recentemente, contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao analisar o Agravo Regimental na Petição 8482/DF (BRASIL, 2021), mudou parcialmente de entendimento, decidindo nesta oportunidade que a anuência do Ministério Público é condição de eficácia do acordo de colaboração premiada formulado pelo Delegado de Polícia. Restaram vencidos os Ministros Roberto Barroso, Marco Aurélio, Rosa Weber e Carmen Lúcia, que rejeitavam a preliminar suscitada pela Procuradoria Geral da República.

A relevância do presente tema se aflora no contexto do avanço da criminalidade organizada, exigindo a utilização de técnicas especiais de investigação para combatê-las. Ganhou maior repercussão e notoriedade nos últimos anos quando dos acordos de colaboração premiada firmados pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal em delitos de lavagem de capitais. Para além disso, multiplicou-se para demais outros casos, e vem sendo frequentemente utilizada. Por isso, a relevância desta discussão, uma vez que a delimitação dos legitimados, bem como, os procedimentos necessários para sua consecução são condições de validade dos acordos realizados.

COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual personalíssimo firmado entre o Ministério Público ou o Delegado e o investigado (art. 3º-A da Lei 12.850/2013), inserida no âmbito do Direito Premial, podendo ser celebrada durante a investigação preliminar, no curso do processo e até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, a qualquer tempo, conforme consta no artigo 1º, §5º, da Lei 9.613/98 e artigo 4º, §5º da Lei 12.850/13 (VASCONCELLOS, 2017).

Na legislação brasileira, possui previsão desde as Ordenações de Filipinas de 1603 (CORDEIRO, 2020). Já no período da República, essa figura encontra previsão na: a) Lei 7.492/1986, que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro; b) Lei 8.072/1990, Lei dos crimes hediondos; c) Lei 8.137/1990, que prevê os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; d) Lei 9.034/1995, revogada e que estabelecia os meios de investigação de organizações criminosas; e) Lei 9.613/1998, que dispõe sobre a lavagem de capitais; f) Lei 9.807/1999, que prevê a proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores; g) Lei 10.409/2002, já revogada e que dispunha acessoriamente sobre drogas; h) Lei 11.343/2006, denominada Lei de Drogas; i) Lei 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e j) Lei 12.850/13, Lei do Crime Organizado.

Apesar de estar prevista no Ordenamento Jurídico brasileiro, somente com a Lei de Crimes Hediondos sofreu a primeira mudança paradigmática, ao ser introduzida uma causa especial de redução de pena mais benéfica para o agente que colaborasse com o processo penal (SILVA, 2019). Mas foi só com o advento da Lei 12.850/13, especificamente nos artigos 3º-A a 6º, que ganhou regramento disciplinando a matéria a fundo, com melhor organização e regulamentação do instituto.

Como bem assinala a doutrina (MASSON; MARÇAL, 2015), através da colaboração premiada o investigado ou acusado, visando obtenção de algum prêmio (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.), colabora com o Estado fornecendo informações quanto à materialidade ou autoria da infração penal.

Régis Prado (2021), compreende que este instituto não visa tão somente ao bom andamento das investigações preliminares, mas busca revelar a empreitada criminosa, e isso se depreende da admissibilidade da colaboração após a sentença condenatória (art. 4º, §5º, 12.850/13). Reveste-se de suma importância no combate à corrupção generalizada, obtendo provas que muitas vezes não seriam localizadas com o rotineiro trabalho dos órgãos de persecução penal, dado o grau de evolução da estrutura e do funcionamento da complexa criminalidade (MENDES; CORDEIRO, 2020).

Importa ressaltar que não se confunde com a simples confissão, sendo indispensável aferir a relevância e a eficácia objetiva das declarações prestadas pelo colaborador. Dessa forma, a confissão deve vir acompanhada de elementos concretos que possibilitem o desmantelamento da empreitada, a identificação dos demais comparsas, a localização da vítima com integridade física preservada, recuperação do produto ou proveito dos crimes e a prevenção de novos crimes, alcançando um resultado prático positivo. (BRASILEIRO, 2021)

Aspectos Gerais

A colaboração premiada é também denominada de “delação premiada”, “confissão delatatória”, “chamamento de corréu”, “negociação premial” (MASSON; MARÇAL, 2015). Apesar de ser assim comumente chamada, a colaboração premiada é gênero, do qual uma de suas espécies é a delação premiada. Na lição de Vladimir Aras *apud* Marcos Paulo Dutra Santos (2017, p. 82):

“Na modalidade ‘delação premiada’, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de agente revelador. Na hipótese de ‘colaboração para libertação’, o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém. Já na ‘colaboração para localização e recuperação de ativos’, o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem. Por fim, há a ‘colaboração preventiva’, na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita”.

Isto é, a delação premiada é uma das formas de exercer a colaboração premiada, em que o investigado ou acusado colabora com as autoridades delatando os comparsas, ou seja, apontando as outras pessoas que também praticaram as infrações penais. Assim, toda delação premiada é uma forma de colaboração premiada, mas nem sempre a colaboração premiada será feita por meio de uma delação premiada.

A Lei 12.850/13 (BRASIL, 2013) estipula em seu art. 4º formas pelo qual o investigado ou acusado poderá colaborar com a persecução penal, a fim de que obtenha o prêmio legal, devendo, para isso, alcançar pelo menos um dos resultados descritos (tais como, a identificação dos demais coautores e partícipes, a revelação da estrutura hierárquica, modos de prevenção e repressão de infrações penais similares, a recuperação do produto ou proveito da infração, bem como, a localização de eventuais vítimas).

Para Nucci (2019), tais requisitos são alternativos entre si, mas cumulativos com a necessidade de colaboração efetiva e voluntária com a persecução criminal, devendo levar em

conta a personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade, repercussão do fato criminoso e eficácia da colaboração, de modo que toda colaboração deve observar essas duas exigências.

Conforme Badaró (2015), a colaboração possui a primeira fase, de negociação e acordo; a segunda fase, de homologação judicial; e a terceira fase, de sentença, na qual se decidirá o cumprimento do acordo e o benefício correspondente.

O Ministro Dias Toffoli ao julgar o Habeas Corpus 127.483/PR, assinalou que aceita a proposta, forma-se o acordo de colaboração, e uma vez formalizado por escrito, passa a compor o plano da existência. Prosseguiu em suas razões, extraindo os comandos esculpidos no art. 6º da Lei 12.850/13, os quais formam o plano da existência, devendo ser observado. Adentrando no plano da validade, consignou que (BRASIL, 2015, p. 32):

Quanto ao plano subsequente da validade, o acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável.

Nesse sentido, aliás, o art. 4º, caput e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13 exige, como requisitos de validade do acordo de colaboração, a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos seus termos. Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração

Por fim, entendeu que a esfera da eficácia apenas se realiza se o acordo for devidamente submetido à homologação judicial, na forma do art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13.

A legitimidade da Autoridade Policial para celebrar acordos de colaboração premiada

A Lei 12.850/13 no artigo 4º, §§ 2º e 6º prevê a possibilidade do Delegado de Polícia celebrar acordo de colaboração premiada, in verbis (BRASIL, 2013):

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Apesar da literalidade legal, ao compatibilizar a legitimidade conferida com o sistema acusatório (art. 3º-A do Código de Processo Penal), a doutrina diverge, tratando-se de tema não pacífico no âmbito acadêmico, formando duas correntes sobre o assunto.

A primeira corrente defende a possibilidade da Autoridade Policial celebrar o acordo, entendendo que a própria Lei delega tal atribuição sem fixar obstáculos, cujo fundamento-base é a própria Constituição Federal, em seu art. 144, §4º. Segundo Anselmo (2016, p. 84) *apud* Vascon-

celos (2017, p. 128), “a posição que considera o Ministério Público como única autoridade com legitimidade a propor a colaboração premiada não encontra amparo na legislação”.

Nesse diapasão, a Constituição Federal ao atribuir às polícias judiciárias a condução de investigações criminais e a presidência de inquéritos policiais, conferiu meios para a consecução de tais resultados, pela Teoria dos Poderes Implícitos. Disso extrai-se a possibilidade da Autoridade Policial representar por prisão preventiva, interceptação telefônica, medidas cautelares reais e colaboração premiada.

A capacidade postulatória é entendida como aptidão para a prática de atos processuais (PINHO, 2019). A doutrina defensora desta tese entende que o Delegado ao representar por medidas cautelares (pessoais, probatórias ou reais) exerce capacidade postulatória imprópria, ou seja, uma legitimação extraordinária, por não ser parte no processo.

Além disso, em razão da proximidade com os fatos, a fase preliminar é a mais adequada para tal acordo, uma vez que o contato íntimo com os fatos indica um acordo mais justo e proporcional, atendendo às peculiaridades concretas.

É justamente nesse sentido a doutrina do professor Nefi Cordeiro (2019, p. 55):

Na negociação, previu a Lei da Criminalidade Organizada a representação estatal por meio do Ministério Público ou do Delegado de Polícia (art. 4º, §§ 2º, 6º e 9º, assim como no art. 6º). Muito se criticou a negociação pelo Delegado de Polícia, que não é parte nem possui a titularidade do direito de ação. Não obstante, é de observar que a Lei da Criminalidade Organizada apenas manteve o critério de favor de pena, a ser aplicado exclusivamente pelo juiz, de modo que o simples requerimento (ainda que promovido em razão de negociação) pelo delegado não o torna indevidamente parte do processo penal. Apenas reconhece a lei que não precisa o juiz da concordância ministerial para aplicar minorante em dosimetria da pena. Adiante, será esposada compreensão de que o favor de pena independe da negociação, podendo ser concedido de ofício pelo magistrado, responsável pela aplicação da lei e especialmente pela dosimetria da pena do culpado. Se pode o favor de pena ser aplicado sem intervenção das partes, mal nenhum haveria ser o requerimento do favor baseado em negociação feita diretamente com a autoridade policial. Ademais, como se salientou ser indiretamente a colaboração premiada também fonte de conhecimento investigatório, torna-se então natural a intervenção do delegado de polícia.

Por outro lado, a segunda corrente (MASSON; MARÇAL, 2015) entende pela impossibilidade de celebração do acordo pelo Delegado de Polícia, por entender que há ofensa a titularidade da ação penal conferida ao Ministério Público pela Constituição Federal (art. 129, I), bem como sustenta a ausência de capacidade postulatória do Delegado, uma vez que havendo o indeferimento da representação policial, a Autoridade Policial não poderá recorrer, por não ser parte no processo.

Segundo Pacelli (2021), há inconstitucionalidade evidente na instituição de capacidade postulatória e de legitimação ativa do delegado de polícia para encerrar a persecução penal, ou para dar ensejo à redução ou substituição de pena e à extinção da punibilidade pelo cumprimento do acordo de colaboração.

Corroborando com o entendimento, Renato Brasileiro de Lima (2020) entende que embora o acordo de colaboração premiada seja celebrado durante a investigação, possui natureza processual, uma vez que a própria Lei nº 12.850/13 impõe a necessidade de homologação judicial. Por isso, conclui que o Delegado não pode firmar o acordo, por não possuir capacidade postulatória e legitimação ativa, sob pena de impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, ferindo o art. 129, I, da Constituição Federal.

Fixado o panorama doutrinário, no próximo capítulo será explanado qual a solução jurídica deu o Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/DF.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508/DF

A Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5508/DF) em face dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, impugnando as expressões “*e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público*” e “*entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso*”, contidas nos referidos dispositivos, que conferem legitimidade ao delegado de polícia para entabular acordos de colaboração premiada. Alega o *Parquet* ofensa a titularidade do Ministério Público para a ação penal e princípio acusatório (art. 129, I, CF/88), bem como ofensa a exclusividade do exercício das atribuições do Ministério Público (BRASIL, 2018).

O tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo ao final, julgado improcedente a ação para assegurar a legitimidade do Delegado de Polícia na propositura dos acordos de colaboração premiada, assim como, o caráter não vinculante da manifestação do Ministério Público (BRASIL, 2018):

O delegado de polícia pode formalizar acordos de colaboração premiada, na fase de inquérito policial, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial. Os §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que preveem essa possibilidade, são constitucionais e não ofendem a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (art. 129, I). STF. Plenário. ADI 5508/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 20/6/2018 (Info 907).

A Advocacia do Senado Federal (BRASIL, 2018) entendeu pela constitucionalidade dos dispositivos, ressaltando a atuação das Comissões de Constituição e Justiça na realização de controle prévio de constitucionalidade material das leis. Apontou a unicidade do ordenamento jurídico, o princípio da eficiência, as finalidades constitucionais exercidas pela autoridade policial, entendendo que o instituto está inserido em típica atividade policial.

Por sua vez, a Presidência da República, por meio da Consultoria-Geral da União, manifestou-se também pela constitucionalidade dos preceitos, no sentido de descaber centralizar no Ministério Público todos os papéis do sistema de persecução criminal. Nesse sentido, consigna que a colaboração premiada está inserida nas atribuições inerentes à atividade policial, sendo, portanto, legítimo o Delegado de Polícia para tanto. (BRASIL, 2018)

A Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2018), também se posicionou pela total improcedência do pedido. Destacou que a atuação de delegados de polícia em acordos de colaboração premiada faz parte das atribuições constitucionais, dispostas no art. 144 da Constituição Federal. Ressaltou que as eventuais contrapartidas entabuladas tais como perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade, mudança de regime de cumprimento ou substituição por restritiva de direitos, submetem-se à reserva de jurisdição, não estando situada no exercício da ação penal em si. Em razão disso, entendeu por não existir ofensa ao sistema acusatório, ao devido processo legal e à moralidade administrativa.

O Relator Ministro Marco Aurélio, ao votar consignou que o Delegado de Polícia é o

agente público que está em contato direto com os fatos e com as necessidades da investigação criminal, devendo compatibilizar as atuações dos órgãos de forma equilibrada, de modo que a concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual interpretação de prerrogativas deve ser feita mediante visão global e sistemática.

Prossegue argumentando que a polícia é a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, de forma que surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei. Nesse sentido assinalada o eminente Ministro “Retirar a possibilidade de utilizar, de forma oportuna e célere, o meio de obtenção de prova denominado colaboração premiada é, na verdade, enfraquecer o sistema de persecução criminal, inobservando-se o princípio da vedação de proteção insuficiente.” (BRASIL, 2018)

Nesse contexto, assinala que não se afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada, ainda que ocorrido entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, de modo que a titularidade da ação penal resta preservada, surgindo a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada como uma forma de desburocratizar o instituto, sem que isso macule as regras inerentes ao Estado Democrático de Direito, pois embora o Ministério Público seja o titular da ação penal de iniciativa pública, não o é do direito de punir.

Dessa forma, entende o Ministro Relator (BRASIL, 2018):

Mostram-se inconfundíveis o objeto da delação com o efeito concreto, em termos de viabilizar investigações, elucidando práticas criminosas, e os benefícios a serem implementados em sentença pelo órgão julgador. Definida a natureza jurídica do instrumento, tendo em conta o arcabouço constitucional e infraconstitucional, nada impede que seja formalizado, na fase de investigação pelo delegado de polícia, com manifestação do Ministério Público, como dispõe a legislação, uma vez que as vantagens previstas na Lei de regência somente poderão ser implementadas pelo juiz.

O argumento segundo o qual é privativa do Ministério Público a legitimidade para oferecer e negociar acordos de colaboração premiada, considerada a titularidade exclusiva da ação penal pública, não encontra amparo constitucional.

Além disso, acrescenta que a presença do Ministério Público desde o início e em todas as fases de elaboração de acordos de delação premiada não se mostra indispensável, tampouco o parecer da instituição se mostra obrigatório e vinculante. Por fim, julga improcedente o pedido assentando a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013.

O Min. Rel. Marco Aurélio foi acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Luís Roberto Barroso e Celso de Mello.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu pela improcedência da Ação, com base no art. 144 da Constituição Federal, entende a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, no âmbito das atividades de investigação criminal de atribuição também da atividade policial, “penso que a autoridade judicial pode perfeitamente lançar mão da colaboração premiada, pois, ao celebrar o acordo nos termos do § 2º e § 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013, não estará extrapolando os limites da atividade de investigação criminal.” (BRASIL, 2018). Consigna também que nem mesmo os casos de perdão judicial como prêmio resultante dos acordos poderia impedir o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, na medida em que a implementação de todo o qualquer benefício necessidade da deflagração de ação penal e, ao final, de decisão judicial, em nada interferindo na atuação do Ministério Público.

O Min. Gilmar Mendes, ao acompanhar o Relator e julgar improcedente a Ação (BRASIL, 2018), ressaltou constitucional a representação do delegado pela aplicação do perdão judicial, não como uma manifestação de disposição da ação penal, mas por inexistir previsão legal que vede aplicação do perdão judicial contra a opinião do Ministério Público.

A Min. Carmen Lúcia (BRASIL, 2018) julgou improcedente a Ação para declarar a constitucionalidade dos dispositivos, assinalando que quando o delegado de polícia celebra acordo de colaboração premiada, atua em típica atividade investigativa de colheita de elementos de convicção sobre a materialidade e a autoria do delito. Além disso, fixou entendimento que a atribuição do Ministério Público de titularidade exclusiva da ação penal não é absoluta, sofrendo limitações (art. 5º, inciso LIX e o art. 129, da CF/88).

Por sua vez, o Min. Celso de Mello, ao acompanhar o Min. Relator, votando pela improcedência da Ação, defendeu (BRASIL, 2018, p. 251/252):

Posta a questão nesses termos, mostra-se imperioso reconhecer, considerados os aspectos subjacentes à controvérsia constitucional em exame, a plena legitimidade da autoridade policial para negociar, para celebrar e para formalizar o acordo de colaboração premiada com potenciais agentes colaboradores, desde que esse procedimento tenha lugar no curso das investigações criminais promovidas pela Polícia Judiciária, no âmbito dos respectivos inquéritos policiais.

7. Conclusão

Sendo assim, Senhora Presidente, em face de todas as razões expostas, e acolhendo, integralmente, os fundamentos que dão suporte ao douto voto proferido pelo eminente Ministro Relator, acompanho Sua Excelência para julgar improcedente a presente ação direta, confirmando, em consequência, a plena validade constitucional das expressões legais ora impugnadas neste processo de fiscalização normativa abstrata.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, entendeu que o delegado de polícia pode concluir o acordo de colaboração, em fase de investigação, mas que não pode negociar benefícios, nem interferir nas prerrogativas do Ministério Público. No que tange aos acordos que não interfiram nas prerrogativas do Ministério Público, ainda assim o Ministério Público deve se manifestar previamente à decisão judicial. Quanto ao art. 4º que trata do perdão judicial, redução ou substituição da pena privativa de liberdade, defendeu que só é possível o acordo com a adesão do Ministério Público (BRASIL, 2018, p. 107).

O Ministro Alexandre de Moraes julgou improcedente o pedido, para conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao § 2º do art. 4º, da Lei 12.850/13, entendendo que o juiz somente poderá homologar acordo com a polícia que oferecer o perdão judicial se houver concordância do Ministério Público. Consigna que o § 6º do art. 4º da lei é constitucional, autorizando o delegado de polícia a formalizar o acordo de colaboração com investigado e seu defensor. Prossegue defendendo que a manifestação do Ministério Público não é vinculante, decidindo o Juiz pela homologação. Diverge quanto à concessão de perdão judicial pelo Delegado, ao entender que a concordância do Ministério Público é imprescindível, em face da previsão da privatividade da titularidade da ação penal (BRASIL, 2018, p. 281).

Divergindo, a Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2018) julgou improcedente o primeiro pedido, no qual se busca a declaração de inconstitucionalidade das expressões previstas nos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei. Quanto ao pedido sucessivo, deferiu em parte, conferindo interpretação conforme a Constituição, que atribui efeito vinculante à manifestação do Ministério Público, quanto

ao acordo celebrado com o Delegado de Polícia Judiciária, sendo a participação do Ministério Público obrigatória. Dessa forma, consigna que tal anuência figura como uma condição de procedibilidade da própria colaboração, ou seja, o juiz sequer conheceria da colaboração se não houvesse a anuência do Ministério Público.

Por seu turno, o Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2018) julgou parcialmente procedente a presente ação para, sem redução de texto, excluir interpretação aos §§ 2º e 6º da Lei 12.850/13, que contemple poderes aos Delegados de Polícia para celebrar, sem a manifestação do Ministério Público, acordo de colaboração premiada em que se estabeleça transação envolvendo o poder punitivo estatal. Por arrastamento, declarou como sentido excluído da expressão “ou do delegado de polícia” constante do IV do art. 6º da Lei 12.850/13 de firmar, sem a manifestação do Ministério Público, acordo de colaboração premiada. Entendeu o Ministro que somente o Ministério Público pode concluir o acordo de colaboração premiada, embora o Delegado possa negociar e o juiz possa atribuir efeitos à colaboração unilateral, figura a opinião da Autoridade Policial meramente opinativa. Ressalta que muito embora a colaboração premiada seja meio de obtenção de prova, não se mostra constitucional conceder a autoridade policial disponibilidade do direito de punir.

O Min. Luiz Fux acompanhou o voto da Min. Rosa Weber, para acolher o pedido subsidiário do Ministério Público, dando uma interpretação conforme, no sentido de que o delegado tem legitimidade para a delação premiada, mas depende da anuência do Ministério Público para depois, então, ser remetida ao juízo, para homologação. Dessa forma, para o Ministro, essa delação perante o delegado de polícia só se perfectibiliza com a manifestação do Ministério Público, e, se o Ministério Público não estiver de acordo, essa delação não pode ser homologada. (BRASIL, 2018)

O Min. Dias Toffoli julgou parcialmente procedente o pedido, entendendo que o Delegado é autoridade legítima para celebrar acordo de colaboração premiada, mas não para negociá-lo, de modo que os benefícios são de aplicação privativa pelo magistrado (BRASIL, 2018, p. 291):

dar interpretação conforme ao art. 4º, § 2º, da Lei 12.850/2013, para assentar a legitimidade da autoridade policial para, diante da relevância da colaboração prestada, representar nos autos do inquérito policial ao juiz, para a concessão de perdão judicial ao colaborador, ouvido, previamente, o Ministério Público; 2) dar interpretação conforme ao art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/2013, para assentar a legitimidade da autoridade policial para firmar acordos de colaboração premiada, desde de que, nas condições de sua proposta – art. 6º, inciso II, da Lei 12.850/2013 -, somente figurem, de modo genérico, as sanções premiais expressamente previstas no art. 4º, caput e seu § 5º, da Lei 12.850/2013, a que poderá fazer jus o colaborador, a critério do juiz, em razão da efetividade de sua cooperação, exigindo-se, antes de sua homologação, a manifestação, sem caráter vinculante, do Ministério Público. Esse é o dispositivo de meu voto.

Por fim, consignou que a proposta do não oferecimento de denúncia (art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13), deve ser reservada exclusivamente ao Ministério Público, por derivar diretamente da titularidade da ação penal pública.

Nesse diapasão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido, assentado a constitucionalidade do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13. Restaram vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Reajustaram seus votos, para acompanhar o Relator, os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso.

A ANUÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DO ACORDO FIRMADO PELO DELEGADO DE POLÍCIA

O plenário do Supremo Tribunal Federal, em 31/05/2021, em análise ao Agravo Regimental na Petição 8482/DF, de relatoria do Min. Edson Fachin, mudou parcialmente o entendimento fixado na ADI 5508/DF, ao acolher a preliminar suscitada pela Procuradoria Geral da República, decidindo que a anuência do Ministério Público é condição de eficácia do acordo de colaboração premiada formulado pelo Delegado de Polícia (BRASIL, 2021).

Trata-se da homologação do acordo de colaboração premiada celebrado entre o Sr. Sérgio Cabral e a Polícia Federal, cujo inteiro teor de todos votos não se encontra disponível, pois o processo se encontra em sigilo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021). Como destacado no voto do Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2021), antes do início das tratativas com a autoridade policial, o Sr. Sérgio Cabral pleiteou a celebração de acordo de colaboração premiada com a Força Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro, em 2017. Nesta época, o proponente já contava com doze condenações em ações penais movidas pelo Ministério Público Federal no Rio de Janeiro e com uma condenação nos autos de ação penal movida pelo Ministério Público Federal em Curitiba/PR. A soma das penas privativas de liberdade chegava a 267 anos.

Consignou o Ministro que em 2017 a Força Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro entendeu que o proponente não satisfazia as condições legais objetivas para a celebração do acordo de colaboração premiada, uma vez que o pretense colaborador teria se omitido quanto às informações sobre pessoas e fatos importantes para a persecução penal.

Em razão disso, a PGR considerou que diante das omissões e mentiras selecionadas pelo Sr. Sérgio Cabral durante as negociações, não preenchia os requisitos legalmente estabelecidos, bem como ausente a boa-fé e lealdade para formalização do pacto, destacando, ainda, que o proponente era líder de organização criminosa.

Pois bem, uma vez rejeitado o acordo pelo MPF, foi que o pretense colaborador iniciou as tratativas e fechou colaboração premiada com a Polícia Federal. Instruído o feito, o Relator determinou a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República. Em sua manifestação, o Ministério Público Federal registrou nova oposição à celebração e homologação do acordo de colaboração premiada, pelas razões acima expostas. Apesar disso, em decisão de 5 de fevereiro de 2020, o Relator homologou o acordo de colaboração premiada celebrado entre o Sr. Sérgio Cabral e a Polícia Federal, aduzindo que, embora imprescindível, a manifestação do Ministério Público não seria vinculativa, razão pela qual seria possível homologar o acordo celebrado exclusivamente pela autoridade policial, desde que não fossem pactuados benefícios que interfiram nas prerrogativas constitucionais do Ministério Público.

Diante dessa decisão, a Procuradoria Geral da República interpôs embargos de declaração que restaram rejeitados pelo Relator e, com base nessa nova decisão, a PGR interpôs o presente Agravo Regimental, reiterando suas alegações.

Ressalta-se, por oportuno, que em feitos de competência originária, a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada é realizada de forma monocrática pelo Relator, conforme decidido pelo Plenário na Questão de Ordem na Petição 7.074, de relatoria do Min. Edson Fachin (BRASIL, 2017). Assim, nos termos regimentais, tal decisão é passível de agravo

regimental para submissão ao colegiado.

A solução dada pelo Supremo Tribunal Federal - Petição 8482 AgR/DF

Inicialmente, cumpre salientar que no curso da ADI 5.508/DF (BRASIL, 2018) a presente situação não foi debatida verticalmente, apesar de já naquele julgamento ter sido ventilada a divergência na Corte Suprema. Ao fixar a possibilidade do Delegado de Polícia firmar acordos de colaboração premiada, a jurisprudência pacífica do STF entendeu pela necessidade de manifestação do Ministério Público, divergindo desde já quanto à força vinculante de tal parecer, “O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, para que não haja dúvida, todos nós achamos que a participação do Ministério Público é obrigatória e indispensável. Apenas não atribuímos a essa participação o caráter vinculante.” (BRASIL, 2018, p. 286)

Contudo, naquela Ação a Min. Rosa Weber abriu divergência, pois já entendia pela necessidade de manifestação positiva do Ministério Público, *in verbis* (BRASIL, 2018, p. 286):

A Ministra Rosa Weber julga improcedente o primeiro pedido, o pedido principal, no qual se busca a declaração de inconstitucionalidade das expressões previstas nos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei. Quanto ao pedido sucessivo, vota no sentido de deferir em parte, emprestando interpretação conforme a Constituição, que atribui efeito vinculante à manifestação do Ministério Público, quanto ao acordo celebrado com o Delegado de Polícia Judiciária, sendo a participação do Ministério Público obrigatória.

Tendo sido acompanhada na divergência pelo Min. Luiz Fux (BRASIL, 2018), que acolheu pedido subsidiário do Ministério Público, para dar interpretação conforme, no sentido que embora o Delegado tenha legitimidade para celebrar o acordo, deva necessariamente perpassar pela anuência do Ministério Público.

Ressalta-se, por oportuno, que esse entendimento foi defendido nos autos da ADI 5508/DF, pelos Min. Rosa Weber, Luiz Fux e Edson Fachin, *in verbis* (BRASIL, 2018, p. 288):

É que nós entendemos - e digo “nós” porque creio que hauri essa posição da Ministra Rosa Weber - que a manifestação indispensável e obrigatória do Ministério Público é vinculante, ou seja, levado a efeito um acordo de colaboração premiada pela autoridade policial, remetida ao juiz, auscultado o Ministério Público, se vier uma manifestação em sentido contrário, eu entendo que essa manifestação impede a respectiva homologação.

Nesse sentido, o Min. Alexandre de Moraes (BRASIL, 2018), divergindo em parte, quanto ao oferecimento de perdão judicial como prêmio pelo Delegado de Polícia, consignou a necessidade da anuência do Ministério Público, em face da previsão da privatividade da titularidade da ação penal.

Contudo, apesar das divergências estabelecidas, naquele momento restaram vencidos, tendo prevalecido a posição que defendia a manifestação sem caráter vinculante do Ministério Público (BRASIL, 2018).

Posteriormente, em Sessão Virtual do Plenário de 21 a 28 de maio de 2021, ao analisar o Ag.Reg. na Petição 8.482/DF, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2021), sob a Relatoria do Sr. Ministro Edson Fachin, por maioria de votos, decidiu acolher a preliminar suscitada pela Procuradoria Geral da República, no sentido que o acordo não poderia ter sido firmado sem a concordância do Ministério Público, dando parcial provimento ao agravo regimental, para tornar sem efeito a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada, nos termos dos votos proferidos.

Por ocasião da votação, o Min. Dias Toffoli acompanhou o Relator (BRASIL, 2021), entendendo que a manifestação favorável do Ministério Público ao acordo é condição para sua homologação, como única forma de compatibilizar o instituto com o sistema legal e constitucional, conferindo segurança jurídica e proteção da confiança.

Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2021), acolheu o suscitado pelo Relator para tornar sem efeito a decisão que homologou o acordo de colaboração premiada, sem firmar qualquer tese com efeito erga omnes quanto à legitimidade da autoridade policial para celebrar acordo de colaboração premiada, não se alterando a tese firmada pelo Plenário na ADI 5.508/DF.

Restaram vencidos os Ministros Roberto Barroso, Marco Aurélio, Rosa Weber e Carmen Lúcia, que rejeitavam a preliminar, sendo assim estabelecido o acórdão (BRASIL, 2021, p. 2):

EMENTA: ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE POLICIAL. PRECEDENTE DA ADI 5.508, POSIÇÃO MAJORITÁRIA DO STF PELA AUTONOMIA DA PF NA CELEBRAÇÃO DE ACP. POSIÇÃO CONTRÁRIA DESTES RELATOR VENCIDA NA OCASIÃO. TEMA QUE REPÕE A PGR EM PLENÁRIO E EM MENOR EXTENSÃO DO VOTO ENTÃO VENCIDO. ANUÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO SUSCITADA AGORA PELA PGR. CONDIÇÃO DE EFICÁCIA. ACOLHIMENTO.

1. Nos termos do entendimento formado no julgamento da ADI 5.508, a autoridade policial tem legitimidade para celebrar autonomamente acordo de colaboração premiada. Em voto vencido, assentada a negativa dessa faculdade.

2. Matéria novamente suscitada, em menor extensão, pela PGR. Considerada a estrutura acusatória dada ao processo penal conformado à Constituição Federal, a anuência do Ministério Público deve ser posta como condição de eficácia do acordo de colaboração premiada celebrado pela autoridade policial. (...)

3. Questão preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República acolhida para dar parcial provimento ao agravo regimental e tornar sem efeito, desde então, a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada celebrado nestes autos, ante a desconformidade manifestada pelo Ministério Público e aqui acolhida. Eficácia ex tunc.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário de 21 a 28 de maio de 2021, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em acolher a preliminar suscitada, dando parcial provimento ao agravo regimental, para tornar sem efeito a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada, nos termos dos votos proferidos, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Marco Aurélio, Rosa Weber e Carmen Lúcia, que rejeitavam a preliminar.

Já no campo acadêmico a doutrina majoritária já se posicionava como entendeu o STF, condicionando a eficácia do acordo celebrado pelo Delegado de Polícia à anuência do Ministério Público (NUCCI, 2018; PACELLI, 2021; LIMA, 2020; CORDEIRO, 2019).

Destaca-se, nesse sentido, os ensinamentos de Eugênio Pacelli (2021, p. 1068), que na esteira das posições até então vencidas dos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, já defendia a necessidade de observância da manifestação positiva do Ministério Público.

O professor Nefi Cordeiro (2019), embora admita a colaboração premiada formalizada pelo Delegado de Polícia, condiciona tal atuação à anuência Ministerial, de forma que haveria violação processual se fosse admitida a não persecução criminal por acordo sem a adesão do Ministério Público.

Por sua vez, quanto à negociação de perdão judicial, Nucci (2018) destaca que o magistrado não pode atuar de ofício, concedendo perdão. Assim, caso haja representação do delegado, é preciso a concordância do Ministério Público, para que o magistrado possa concedê-lo.

Dessa forma, a atuação conjunta e convergente dos órgãos oficiais de persecução penal do Estado é requisito de uma colaboração premiada eficaz. Devem ser refutadas eventuais vaidades institucionais que porventura obstaculizam o pleno aproveitamento dessa técnica especial de investigação. Como meio de obtenção de prova lícito que é, requer a observância dos princípios constitucionais que orientam a investigação e o processo, respeitados os ritos procedimentais. Reafirmar a legitimidade da Autoridade Policial para propor acordos de colaboração premiada dentro dos limites da investigação é uma etapa importante na luta contra o crime organizado e seus conseqüentários. Para tanto, os olhares se voltam para o sistema acusatório, que dia após dia, irradia e atinge todos os institutos. É justamente nesse contexto que se impõe a necessidade de manifestação positiva do Ministério Público nos acordos celebrados pelo Delegado de Polícia, conferindo segurança jurídica e protegendo a confiança legítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou o trabalho de pesquisa, constatou-se que o instituto da colaboração premiada possui previsão em diversos diplomas legislativos no Ordenamento Jurídico pátrio, contudo, apenas com a Lei 12.850/13 ganhou novos contornos e amplitude. Percebeu-se que apesar da Lei de Crime Organizado conferir legitimidade ao Delegado de Polícia para a celebração de acordo de colaboração premiada (art. 4º, §§ 2º e 6º), a doutrina restava divergente quanto à compatibilização desta atribuição frente ao sistema acusatório e às atribuições do Ministério Público.

Em um primeiro momento, destacou-se aspectos gerais do acordo de colaboração premiada, ao traçar o conceito, natureza jurídica, requisitos, benefícios e procedimento. Observou-se que a Lei 12.850/13 confere legitimidade ao Delegado de Polícia para celebração do acordo, mas que em razão da divergência doutrinária exposta, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/DF.

Posteriormente, ao analisar os votos dos Ministros no curso da referida ADI, verificou-se que o Plenário do STF julgou improcedente a Ação para declarar a constitucionalidade dos parágrafos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que preveem a possibilidade do delegado de polícia formalizar acordos de colaboração premiada, na fase de inquérito policial, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial.

Na sequência, o tema retorna à Corte Suprema, através da Petição 8482/DF, quando a Procuradoria Geral da República suscita preliminar, defendendo a anuência do Ministério Público como condição de eficácia do acordo de colaboração premiada formulado pela Autoridade Policial, tendo sido acolhida pela maioria, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Marco Aurélio, Rosa Weber e Carmen Lúcia, que rejeitavam a preliminar.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral analisar a legitimidade do Delegado de Polícia para firmar acordos de colaboração premiada e a (des)necessidade de parecer do

Ministério Público como condição de eficácia de tal negócio jurídico.

Constata-se que o objetivo geral foi atendido, pois o trabalho conseguiu demonstrar que por maioria, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Autoridade Policial tem legitimidade para firmar acordos de colaboração premiada, bem como, em mudança parcial de entendimento da Corte Suprema, entendeu pela necessidade de parecer favorável do Ministério Público como condição de eficácia do acordo.

Para além disso, o objetivo específico inicial era conceituar e traçar um panorama geral acerca do instituto da colaboração premiada, tendo sido integralmente atingido, uma vez que seu conceito, natureza jurídica, legitimidade, momento, fundamento legal, origem no Ordenamento brasileiro, finalidade, espécies, prêmios legais, procedimentos, fases, requisitos e a legitimidade do Delegado foram efetivamente abordados. O segundo objetivo específico era decompor o posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/DF, o que foi realizado, através de uma análise minuciosa de cada voto, com os posicionamentos e apontamentos divergentes. Por fim, o terceiro e último objetivo específico era analisar a Petição 8482/DF, tendo sido integralmente atingido, destacando-se a mudança parcial de entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme o posicionamento dos Ministros no atendimento da preliminar suscitada pela Procuradoria Geral da República, no sentido de reconhecer como vinculante o parecer do Ministério Público nos casos de colaboração premiada firmada pelo Delegado de Polícia.

Embora na ADI 5508/DF apenas se tenha enfrentado efetivamente a constitucionalidade da Autoridade Policial em propor acordos de colaboração premiada, neste julgamento os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux já haviam se manifestado pela necessidade de vinculação da manifestação do Ministério Público para que o acordo feito perante a Autoridade Policial pudesse ser homologado, contudo, ali restaram vencidos.

Apenas em maio de 2021, ao analisar o Ag.Reg. na Petição 8.482/DF, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu acolher a preliminar suscitada pela Procuradoria Geral da República, no sentido que o acordo não poderia ter sido firmado sem a concordância do Ministério Público, mudando parcialmente o fixado no bojo da ADI 5508/DF.

Diante do exposto, conclui-se que a Autoridade Policial tem legitimidade para conduzir e firmar acordos de colaboração premiada, conforme julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF. Conclui-se, ainda, que o parecer favorável do Ministério Público é condição de eficácia do acordo, em especial atenção ao sistema acusatório.

Por fim, o tema se mostra relevante, na medida que o avanço contínuo da criminalidade no Brasil importa em aprimoramento das técnicas de investigação, dentre as quais se insere a colaboração premiada, cuja utilização permite o desmantelamento diário de grandes organizações criminosas. Traçar, de forma constitucional, os legitimados para sua celebração, bem como, o rito a ser devidamente observado, funciona como condição de validade do negócio processual.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 ago. 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.072, 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em 20 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.613, 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 4 de mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em 25 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.807, 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília, DF, 13 jul. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 jun. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751303490>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição 8482/DF. Relator: Edson Fachin. Brasília/DF, 14 maio. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1284472966/inteiro-teor-1284472974>. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483/PR. Relator: Min. Dias Toffoli, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição 7.074 Distrito Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 jun. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>. Acesso em: 01 out. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Possibilidade de acordo de colaboração premiada ser celebrado por Delegado de Polícia. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8462a7c229aea03dde69da754c3bbcc4>. Acesso em: 20 set. 2022.

CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. Crime organizado. São Paulo: Método, 2015.

MENDES, Ana Cláudia Lorenzetti; CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. A legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada diante da lei nº 13.964/19 (“pacote anticrime”). Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 18, p. 22-41, 2020. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/458. Acesso em: 01 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de Processo Civil Contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2020.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) premiada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, Caio César Cordeiro de Oliveira. Acordo de Colaboração Premiada: a legitimidade do Delegado de Polícia no sistema acusatório. Revista Brasileira de Ciências Policiais. Brasília, v. 10, n. 2, p. 181-222, jul./dez., 2019. Disponível em: <https://periodicoshom.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/668/383>. Acesso em: 01 out. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF torna sem efeito acordo de colaboração premiada entre Sérgio Cabral e Polícia Federal. Brasília, 01 de jun. de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=466783&ori=1>. Acesso em: 01 out. 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



Tráfico de animais silvestres na Amazônia

Wildlife trafficking in the amazon

Lin Zhao Yi

Aluno graduando do curso de Direito do Centro Universitário do Norte – UNINORTE

Goreth Campos Rubim

Advogada. Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Norte – UNINORTE. Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.8

RESUMO

Este estudo analisa a participação dos aspectos bioéticos na abordagem dos conflitos que emergem da relação entre humanos e vida selvagem, produto do tráfico ilegal na Amazônia. A proposta teórica caracteriza o comércio de animais silvestres na região, além de descrever e analisar alguns dos problemas associados a essa atividade. Para tanto foi realizada uma pesquisa bibliográfica em livros e artigos científico eletrônicos que tratam do tema. Os resultados obtidos permitem verificar que o desconhecimento do valor intrínseco dos elementos do ecossistema, bem como da legislação existente, fazendo com que os recursos bióticos sejam utilizados de forma inadequada. Conclui que a salvaguarda e o uso adequado da vida selvagem é uma responsabilidade direta da humanidade, portanto, a responsabilidade e a autoridade ética nesse sentido devem ser compartilhadas pelos grupos humanos afetados, pelas instituições e pelo Estado.

Palavras-chave: tráfico crime organizado. crime ambiental. processo penal.

ABSTRACT

This study analyzes the participation of bioethical aspects in addressing conflicts that emerge from the relationship between humans and wildlife, a product of illegal trafficking in the Amazon. The theoretical proposal characterizes the wild animal trade in the region, in addition to describing and analyzing some of the problems associated with this activity. For that, a bibliographic research was carried out in books and electronic scientific articles that deal with the topic. The results obtained allow us to verify that the lack of knowledge of the intrinsic value of the elements of the ecosystem, as well as the existing legislation, makes biotic resources to be used inappropriately. It concludes that the safeguarding and proper use of wildlife is a direct responsibility of humanity, therefore, responsibility and ethical authority in this regard must be shared by affected human groups, institutions and the State.

Keywords: Trafficking organized crime. environmental crime. criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos pré-colombianos, até agora, a vida selvagem ocupou uma posição fundamental no desenvolvimento dos grupos sociais amazônicos, tanto em termos simbólicos quanto materiais. A grande riqueza faunística da Região tem contribuído para a construção de um conjunto de tradições culturais variadas através das quais surgem diferentes formas de o ver, compreender, gerir e aproveitá-lo como recurso.

De fato, a enorme oferta de biodiversidade tornou também a Região Amazônica um importante polo de comércio ilegal de fauna bravia, e apesar da legislação existente e das medidas adotadas até à data para promover o seu uso sustentável e garantir a sua proteção, assume-se que o volume do tráfico ilegal continua a ser de grande magnitude mas, devido à natureza ilícita da atividade, aos reduzidos números disponíveis sobre a extração e comercialização da fauna e aos escassos recursos à disposição das autoridades ambientais, não existem padrões que permitam estabelecer o impacto biológico para cada espécie, bem como o impacto nos ecossis-

temas.

O tráfico ilegal da fauna apresenta-se mundialmente como uma das principais causas do decréscimo das populações naturais e como um dos mercados ilegais que mais mobiliza anualmente, para suprir à demanda do mercado, às excentricidades de pequenos grupos, pesquisas biomédicas e comportamentais, a novidade causada aos turistas e as práticas culturais ou religiosas de muitas populações humanas. Diante desse contexto, indaga-se: de que forma a lei de crimes ambientais brasileira assegura a penalização ao tráfico e a comercialização ilegal de animais silvestres, e quão tem sido efetiva na preservação ambiental e combate no tráfico de animais silvestres?

Este artigo científico tem como objetivo principal descrever com base na legislação brasileira e através da lei de crimes ambientais quais condutas configuram tráfico de animais silvestres; além de identificar os eixos de sua aplicabilidade no combate a ações nocivas ao meio ambiente, e sanções previstas na Lei de Crimes Ambientais bem como a sua funcionalidade. Com os objetivos específicos a pretensão é detalhar a formação da legislação de proteção ambiental e destacar a penalidade prevista na Lei nº 9.605/1998, e crime ambiental para este tipo de conduta. Explicar espécies de animais ameaçados de extinção da Amazônia. E apontar as medidas preventivas, aplicadas pelo combate a este tipo de crime perante o Ministério público, polícia federal e IBAMA.

A metodologia a ser aplicada será de quali-quantitativa. Buscando por meios de resultados quantificáveis e avaliação da qualidade das informações, sendo objetivo e subjetivo ao mesmo tempo, utilizando dados numéricos e textos ou imagens.

O tráfico de animais na região Amazônica é uma maiores ameaças à conservação global e o crescente comércio global de espécies silvestres, estimando-se que mais de 25% desse comércio global ocorre ilegalmente. Além do impacto causado pelo tráfico de espécies nas populações de onde são extraídos, cada um dos espécimes retirados de seu ambiente natural e mobilizada para a comercialização, carrega consigo todos os componentes de sua microflora, entre eles parasitas e patógenos potenciais que são assim introduzidos em novas áreas de populações geográficas e imunologicamente indefesas.

Dessa forma, o tráfico ilegal de espécies não só constitui crime contra o meio ambiente, mas também evade as regras fiscais aplicadas ao comércio e os regulamentos de saúde para a mobilização de animais no território nacional e zonas fronteiriças. Além disso, as condições de manejo a que estão sujeitos os animais comercializados não atingem padrões mínimos de biossegurança e bem-estar animal.

Para caracterizar o tráfico de vida selvagem na Região Amazônica e identificar os riscos para saúde representada pelos mercados de animais, o Brasil até o início do ano de 2019 com apoio incondicional da *Wildlife Conservation Society* (WCS) sob o programa “PREVER”, monitorava o comércio de animais silvestres em 41 mercados em 10 cidades brasileiras, dentre as elas as cidades da Amazônia. Paralelo, através de uma amostragem sistemática dos animais à venda nestes mercados, a presença de agentes infecciosos que podiam representar risco à saúde humana e animal desses mercados.

Assim, o meio ambiente sempre é um assunto muito discutido entre os cientistas e os biólogos, por conta do estereótipo que recai sobre tais profissionais. Mas isso não significa que o

meio ambiente e sua preservação deva ser resumida as ações de biólogos e cientistas desta área.

Para o início desta pesquisa, será necessário observar como se deu a formação de uma legislação de proteção ambiental no Brasil. Sendo assim, nos posicionaremos ao estudo da Lei e pensamento que dialogam com o objeto desta pesquisa. Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cito em seu art. 225 que diz “que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Destacar a importância do tema: Tráfico de animais, e a extração de princípios ativos e a utilização do conhecimento da população indígena sem autorização, também é nomeado de biopirataria.

Com a evolução histórica e social, temos noção cada vez mais de que a biopirataria é caracterizada pela exploração ilegal de recursos naturais, como, animais e até mesmo sementes e plantas de florestas. Com a apropriação e monopolização de saberes tradicionais dos povos da floresta, visando um lucro econômico. Em razão da grande biodiversidade brasileira, o país se torna um dos principais alvos, outro fato que contribui a esta prática é a falta de fiscalização e sanções severas. De tal maneira que este estudo busca difundir esse mediante a sociedade acadêmica visando combater ao comércio ilegal de animais silvestres, demonstrando os reais efeitos e problemas ocasionados ao meio ambiente por conta dessa prática criminosa.

BEM PROTEGIDO NO CRIME DE TRÁFICO ILEGAL DE ESPÉCIES DA VIDA SELVAGEM

Apesar dessa crescente preocupação e aparente demonstração de vontade política internacional, o tráfico de animais silvestres está crescendo rapidamente, sugerindo que as respostas atuais são inadequadas, talvez sem compreensão das motivações dos ofensores (incluindo os consumidores) e como dissuadi-los (GONZALES, 2013, p. 437).

O Diretor Executivo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime sugere: “em muitos casos, leis e sanções inadequadas, falta de recursos e capacidades fracas na aplicação da lei e falta de coordenação entre autoridades competentes estão sendo exploradas” (ALEX *et al.*, 2014, p. 148).

Para a contextualização e análise do bem jurídico tutelado nos crimes de tráfico ilegal de espécies silvestres da legislação penal, é necessário destacar que a denominação de bem jurídico surge aproximadamente no início do século XIX, com base no pensamento da ilustração, e foi estabelecido como limite ao que o legislador é obrigado a respeitar ao criminalizar a conduta, ou seja, o bem jurídico constitui *limite ao Ius Puniendi* do Estado (ZIMMERMAN, 2013, p. 36).

A esse respeito, Kierscenbaum (2009, p. 188), seguindo as ideias de Von Liszt, destacou que o bem jurídico “pode ser entendido como um interesse vital para o desenvolvimento dos indivíduos em determinada sociedade, que adquire reconhecimento jurídico”. Nesse sentido, o direito jurídico constitui o interesse fundamental em um contexto social com reconhecimento legislativo em resposta ao dever de proteger os interesses da sociedade.

A partir da definição feita pelo autor, é possível identificar três elementos do “bem jurídico”: (a) o interesse vital, interesse que preexiste ao direito e que o reconhece como tal; (b) a sociedade determinada, o interesse vital varia de acordo com a realidade de cada sociedade e época; (c) interesse reconhecido ou afirmado em lei, ou seja, que o bem que se pretende proteger foi criado pelo direito constitucional e pelo direito internacional (SOUZA, 2015, p. 56).

Zaffaroni (1989) *apud* Leiva e Lugo (2015, p. 68) aponta que o “bem jurídico tutelado criminalmente é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, tutelado pelo Estado, que revela um interesse por meio da classificação penal de condutas que afetem”.

Neste contexto do direito jurídico-penal tutelado no crime de tráfico ilegal de espécies silvestres da legislação penal brasileira, pode-se constatar que no primeiro regulamento era a ecologia (art. 225 do Constituição Federal de 1988). Ou seja, o legislador procurou regular questões muito gerais, com base em determinadas ações do homem que prejudicariam ou colocariam em risco as relações dos seres vivos entre si e as relações dos indivíduos com seu meio físico e energético. Já a Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967 criminaliza a depredação da flora e fauna. E as ações a serem sancionadas foram: caçar, capturar, coletar, extrair ou comercializar espécies de flora ou fauna legalmente protegidas. Já o Projeto de Lei nº 4.520/2020, discute atualmente no Congresso Nacional a endurecimento das penas para quem pratica o tráfico de animais (BRASIL, 1967; BRASIL, 1988; BRASIL, 2020).

Portanto, na primeira regulamentação do crime de depredação de flora e fauna regulamentada pelo Legislador em 1967, o que se buscava era evitar que as ações do homem prejudiquem ou causem danos irreversíveis ao normal desenvolvimento das relações entre os seres vivos, e também evitar danos aos ecossistemas que habitam onde os indivíduos vivem, ou seja, impedir que as atividades humanas de caça, captura, coleta, extração e comercialização de espécies da flora ou da fauna causem danos irreversíveis ou a extinção de espécies ameaçadas. Nesse sentido, o bem jurídico protegido pelo legislador brasileiro em 1967 era a ecologia. Como se vê, a conduta do homem não foi sancionada com base na vida, integridade física ou na existência de espécies da flora e fauna, mas sim regulamentada com base nas consequências (prejuízos ou danos) que essas ações poderiam gerar a outros seres vivos. Por isso, foi regulado de acordo com os interesses do homem sem a garantia da existência de outras espécies. Percebendo claramente a doutrina antropocêntrica no ordenamento jurídico brasileiro (SOUZA, 2015, p. 56).

Situação jurídica que permite confirmar a visão antropocêntrica do ordenamento jurídico penal ao dedicar dois artigos para legislar sobre o problema da depredação da flora e da fauna, valorizando o interesse quase nulo, dado que, em 1967, este problema não tinha importância social suficiente ligada à proteção da flora e fauna silvestres. Mas como o Brasil que se tornaria signatário da Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES, a partir de 1973, 06 anos antes decidiu dedicar uma Lei aos problemas ecológicos. Outro ponto a ser considerado foi a baixa penalidade para ações danosas de caça, captura, coleta, extração ou comercialização de espécies de flora ou fauna legalmente protegidas (ZIMMERMAN, 2013, p. 37).

Entretanto por meio do art. 29, da Lei nº 9.605/1998, *caput*, a regulamentação restritiva foi alterada como crime contra a ecologia, ampliando o panorama para regulá-la como crime contra o meio ambiente. Mantém-se o crime de depredação de flora e fauna e aumenta os crimes

de tráfico ilegal de espécies aquáticas de flora e fauna; e a extração ilegal e beneficiamento de espécies aquáticas transformadas em crime de tráfico ilegal de fauna e flora silvestre, incluído no capítulo de crimes contra os recursos naturais. Com a nova regulamentação, o legislador buscou resguardar o bem jurídico, a ecologia, em âmbito mais amplo, questão que não ocorreu em 1967, pois a Constituição de 1967 não reconheceu o direito ao meio ambiente, situação que se alterou na década de 1980, reconhecendo no artigo 225 da CF de 1988 (BARRETO, 2009, p. 33).

A mudança feita pela Lei nº 9.605 de 1998, ao classificar os crimes contra a ecologia como crimes contra o meio ambiente, nada mais faz do que ampliar o tipo penal, pois agora não se busca apenas sancionar a conduta do homem que afeta a relação dos seres vivos entre si e as relações dos seres vivos com seu ambiente físico e energia. Além disso, são sancionadas ações que coloquem em risco o meio físico, entendido como todo o de componentes que existem naturalmente no planeta como: a terra, as plantas, os oceanos, a atmosfera, os animais e o próprio ser humano; e também o ambiente humano, ou seja, aqueles componentes que foram criados pelo ser humano, chamam de cultura, tecnologias, etc. (WORTLEY e MAZEROLLE, 2018, p. 69).

Por isso, o crime de tráfico ilegal de fauna e flora silvestre na Lei de Crimes Ambientais é tipificado como crime contra o meio ambiente na modalidade de crime contra os recursos naturais. Sancionar as atividades de caça, captura, coleta, extração ou posse de produtos, raízes ou espécimes de espécies de flora e/ou fauna silvestre protegidas pela legislação nacional e pela CITES, para evitar que o impacto da ação humana sobre os recursos naturais seja irreversível, e perdas irreparáveis são sofridas nos ecossistemas e na biodiversidade (ALEX *et al.*, 2014, p. 149).

Nesse sentido, o bem jurídico protegido pela Lei nº 9.605 de 1998 é o meio ambiente e o objeto de proteção são os recursos naturais. Que segundo Reyna (sd, p. 3) “o ambiente constitui o ambiente que envolve o homem, identificando dois setores opostos: o ambiente natural (ar, solo, flora e fauna) e o ambiente artificial, que inclui ambientes construídos pelo homem e o ambiente social”.

Portanto, o tráfico ilegal de flora e fauna silvestre contra o meio ambiente- recursos naturais se constitui como crime de baixo risco e com pena em relação aos crimes de tráfico de pessoas, tráfico de drogas, apesar de o tráfico ilegal produzir um efeito direto e irreversível no impacto nos ecossistemas, na biodiversidade e na existência de espécies em perigo de extinção.

O tráfico ilícito de espécies silvestres tem sido regulamentado a partir de uma dimensão ambiental, e não da perspectiva dos direitos dos animais, que reconhece os animais como seres sencientes (capacidade de sofrer e desfrutar) que têm o direito de existir e viver em condições dignas de acordo com suas necessidades. (Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, 1978, p. 1).

A Lei nº 9.605 de 1998 ao regular o crime de tráfico ilegal de espécies de flora e fauna silvestre, confunde duas entidades distintas, por um lado, flora, plantas silvestres objeto de tráfico ilícito; por outro lado, fauna, animais – pessoas não humanas objeto de tráfico ilegal, ambos protegidos no mesmo direito legal, meio ambiente (BARRETO, 2009, p. 63).

A regulação está incorreta, pois plantas não são iguais a animais – pessoas não humanas, algumas possuem habilidades especiais como senciência (capacidade de sofrer e desfru-

tar) ao contrário de outras que respondem a estímulos (plantas).

O bem jurídico que deve ser protegido em ambas as entidades é diferente, para o tráfico ilegal de flora silvestre deve ser o meio ambiente, mas no caso do tráfico ilegal de vida selvagem, o bem jurídico protegido deve ser a vida, a liberdade, a integridade dos não humanos, como ocorre nos crimes de tráfico de pessoas onde a dignidade e a liberdade da pessoa são protegidas, pois os animais não são objetos, mas seres diferentes dos humanos que têm vida e são sencientes (capacidade de sofrer dor física, sofrimento, prazer e diversão). Tendo em conta que os animais, tal como os humanos, possuem um sistema nervoso central, o que lhes permite ter experiências positivas ou negativas (sofrimento) (GONZALES, 2013, p. 441).

O crime de tráfico ilegal de fauna e flora silvestre regulamentado pela Lei nº 9.605 de 1998 tem o meio ambiente como bem jurídico protegido, tanto para o tráfico ilícito de flora e fauna silvestre (RIVA e FREITAS, 2006, p. 3).

Deve-se levar em conta que as atividades sancionadas pelo crime de tráfico ilegal de espécies silvestres são a caça, captura, coleta, extração e comercialização. Portanto, é regulamentado como crime contra os recursos naturais (GONZALES, 2013, p. 441).

VISÃO PANORÂMICA DA REGULAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO ILEGAL DE ESPÉCIES ANIMAIS SELVAGENS NA LEGISLAÇÃO

No Brasil, o crime de tráfico ilegal de espécies silvestres da flora e fauna foi regulamentado pela primeira vez pela Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967, mas não como atualmente previsto, como crime contra o meio ambiente, recursos naturais, mas como um crime contra a ecologia. Em 1998, com o advento da Lei nº 9.605 de 1998 criminalizou as ações contra o meio ambiente sancionando a ação injusta de qualquer pessoa por descumprimento do pressuposto normativo (RIVA e FREITAS, 2006, p. 7).

A Lei nº 9.605 de 1998 pune quem caçar, capturar, recolher, extrair ou comercializar espécies de flora ou fauna legalmente protegidas sendo punido com pena de prisão não inferior a um nem superior a três anos. A pena, segundo o art. 8 será de “I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - suspensão parcial ou total de atividades; IV - prestação pecuniária; e, V - recolhimento domicilia”. Esta última servirá como medida disciplinar e todas elas tem caráter educativo e não punitivo de recolhimento ao um centro de detenção, cabendo apenas o recolhimento domiciliar, mas não é pena restritiva de liberdade pelo ato que é cometido no período de produção de sementes ou reprodução ou crescimento da espécie; mas pela conduta é cometida contra espécies raras ou ameaçadas de extinção; e o ato é cometido através do uso de explosivos ou substâncias tóxicas (BARRETO, 2009, p. 63).

Como se vê, a regulamentação originária do crime contra a ecologia em sua modalidade de depredação da flora e da fauna contempla certos verbos norteadores como: caçar, capturar, coletar, extrair ou comercializar espécies da flora ou fauna silvestre, e espécies legalmente protegidas (RIVA e FREITAS, 2006, p. 7).

Verbos regentes que exijam a prática de tal atividade ilegal para ser considerado crime de depredação da flora e da fauna. Para a configuração deste crime, as atividades descritas de caça, captura, coleta, extração ou comercialização devem ser realizadas contra espécies da

flora e fauna legalmente protegidas, portanto, nem todas as atividades de caça, captura, coleta, extração ou comercialização constituem crime contra espécies da flora e da fauna se estas não estiverem legalmente protegidas (BARRETO, 2009, p. 64).

As espécies legalmente protegidas mencionadas na Lei nº 9.605 de 1998 referem-se às Categorias I, II, III da CITES, considerando que o Brasil é signatário desta convenção desde 25 de setembro de 1975 menciona-se este tratado porque o Brasil já possuía desde 1967 uma lista de espécies da fauna e flora silvestre que correm risco de extinção, e teve a institucionalidade de fazê-lo. Quando a instituição e autoridade científica mais importante ou focal for o Ministério do Meio Ambiente responsável pela coordenação com as instituições da CITES, a partir de 1992 quando o Ministério do Ambiente quando este ministério foi criado (CINTRA JUNIOR, 2008).

Quanto às hipóteses agravantes para o aumento das penas, a partir de 2020 o Congresso Nacional passou a discutir o Projeto de Lei nº 4.520/2020, para regulamentar o ato que é cometido no período de produção de sementes ou reprodução ou crescimento da espécie. Essa suposição não é muito clara, pois se refere ao tempo ou período em que as espécies da flora e fauna silvestres estão em produção, reprodução e crescimento. Dando origem a diferentes formas de interpretar a suposição acima mencionada (BRASIL, 2020).

A Lei nº 9.605 de 1998 também regulamenta o ato que é cometido contra espécies raras ou ameaçadas de extinção. Como se pode comprovar, o pressuposto que contempla o aumento das penas exige que a atividade de caça, captura, coleta, extração ou comércio, seja de espécies da flora ou da fauna silvestre, seja exercida sobre espécies raras ou ameaçadas de extinção legalmente protegidas. No raro termo que o PL 4.520 de 2020 utiliza se mostra ambíguo e, portanto, não fica claro a qual espécie se refere especificamente, porém, quando menciona espécies ameaçadas de extinção, entende-se que remete adicionalmente às Categorias I e II da CITES, pois, conforme observado anteriormente, o Brasil é signatário dessa convenção desde 1975 (PRATA, 2019, p. 132).

No entanto, no último caso da Lei nº 9.605 de 1998, o Legislador considerou o ato cometido por meio do uso de explosivos ou substâncias tóxicas. É uma circunstância agravante para o aumento da pena pelo PL 4.5020 de 2020. Considerando que a utilização de explosivos pode afetar mais do que uma espécie e por esta razão, está sendo decidido em certa medida endurecer as penas, situação que em suma não passa de boa intenção, pois sendo a pena de recolhimento domiciliar, não há para que o acusado seja confinado em um centro penitenciário (BRASIL, 2020).

Os poucos pressupostos estabelecidos pela Lei nº 9.605 de 1998 e a pena benigna para crimes contra a ecologia, nada mais são do que uma espécie de obrigação de legislar sobre este problema que vinha acontecendo com frequência, mas não era relevante para o legislador. Em parte porque a corrente especialista estava profundamente enraizada naquela época, a mesma que considera os animais como recursos a serviço do homem e também como objetos de direito em seus ordenamentos jurídicos, e o Brasil não foi exceção (BRASIL, 1998).

A Lei de 5.197 de 1967 afirmava que a caça e os peixes pertencem a quem os caça e os peixes são adquiridos por quem os apanha. Desta lei segue-se que os animais são objetos que podem ser suscetíveis de aquisição. Embora seja verdade, os artigos não afirmam expressamente que os animais estão sujeitos à lei, pode-se interpretar que sim, pois sua regulamen-

tação contempla que podem ser adquiridos como propriedade; eles também são suscetíveis de apropriação (a propriedade é adquirida de objetos, não de sujeitos). Para o código civil de 1916, os animais estão sujeitos à lei (ADAMS e SERPE, 2016, 18).

A tipificação dos crimes ecológicos foi mantida pelo legislador até 1998, quando a Lei foi modificada, com aumento de mais capítulos: crimes de poluição ambiental, crimes contra os recursos naturais, responsabilidade funcional e informações falsas, medidas cautelares e exclusão ou redução de penas (PRATA, 2019, p. 137).

Com a citada Lei nº 9.605 de 1998 o crime de depredação de fauna e flora protegida, regulamentado pelo Art. 308, passou a denominar-se tráfico ilegal de espécies protegidas de fauna e flora silvestre nos seguintes termos “aquele que adquire, vende, transporta, armazena, importa, exporta ou reexporta produtos ou exemplares de espécies de fauna silvestre não madeireira e/ou fauna silvestre protegida pela legislação nacional, sem licença ou certificado válido, cuja origem não autorizada seja conhecida ou presumida, é punido as penas desta lei (ADAMS e SERPE, 2016, p. 23).

A configuração do tráfico ilegal de espécies protegidas de flora e fauna é a seguinte conforme Herbig e Joubert (2016, p. 968)

Sujeito. Ativo - Por se tratar de crime comum, o sujeito ativo é qualquer pessoa, não sendo necessária a especialidade do agente;

Sujeito Passivo - A comunidade (gerações presentes e futuras) não poderia dizer que o sujeito passivo são as espécies da flora e fauna silvestres uma vez que para o ordenamento jurídico são objetos de direitos;

Comportamento típico - Aquisição, venda, transporte, importação, exportação ou reexportação de produtos ou espécimes de fauna silvestre protegidos pela legislação, não credenciando certificações válidas ou autorizações emitidas pela autoridade competente;

Objeto material. - Para identificar as espécies de flora e fauna protegidas pela legislação nacional, deve-se levar em consideração o Código Ambiental (Lei nº 12.651 de 2012) As categorias de espécies: Criticamente em Perigo (CR), Em Perigo (EN) e Vulnerável (VU).

Bens Jurídicos Protegidos - O meio ambiente, recursos naturais, espécies de flora, espécies de vida selvagem.

O contexto em que foi aprovada o Código Florestal – Lei 12.651 de 2012, ocorreu 10 anos depois após a criação do Ministério do Meio Ambiente, em 1992. Como se vê, essa Lei foi promulgada em um contexto em que já existiam instituições ambientais no país, em termos de controle e coordenação, para a proteção da flora fauna silvestres protegidas pela CITES. A norma exige certos requisitos para transporte, venda e outras atividades relacionadas à erradicação do tráfico ilegal de flora e fauna silvestre (SAAD-DINIZ, 2019. p. 62).

A regulamentação do crime de tráfico ilegal de espécies protegidas da flora e fauna silvestre, diferentemente da regulamentação anterior, contempla novos verbos orientadores para determinar o cometimento do crime: Adquirir, vender, transportar, importar, exportar ou reexportar, pois esta regulamentação entende que o tráfico ilegal de espécies da flora e fauna silvestres não é um problema nacional, mas transcende fronteiras, constituindo-se em um problema global que coloca em risco os recursos naturais do planeta (PRATA, 2019, p. 155).

Configura-se ainda o crime adquirir, vender, transportar, importar, exportar ou reexportar quando tais atividades forem exercidas sem a existência de alvarás ou certificados válidos emiti-

dos pelas autoridades competentes, entendido no caso de espécies hidrobiológicas e marinhas, permissão ou é necessária autorização do Ministério da Agricultura; para espécies de flora e fauna selvagens, é necessária uma autorização da autoridade técnica administrativa do Ministério do Meio Ambiente através do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA (ADAMS e SERPE, 2016).

Quando Lei nº 12.197 de 2012 são mencionadas as espécies de fauna bravias protegidas pela legislação nacional, faz-se referência a Lei 9.605 de 1998, que inclui as listas de classificação e categorização de espécies de fauna bravias ameaçadas de extinção legalmente protegidas, sendo as categorias: Criticamente Ameaçadas (CR), Ameaçadas (EN) e Vulneráveis (VU) lista de espécies ameaçadas e legalmente protegidas, as mesmas encontradas no Anexo I da referida Lei.

Outro dos aspectos relevantes contidos no PL nº 4.5020 de 2020 no que diz respeito às penas, em comparação com a Lei n. 9.605 de 1998, este primeiro é mais oneroso, pois o legislador decide aumentar a pena privativa de liberdade não inferior a 03 não ultrapassando 05 anos, pelo tráfico ilegal de espécies silvestres de flora e fauna. Como a pena máxima é de 5 anos, há possibilidades de que um réu pelo crime de tráfico ilegal de espécies silvestres da flora e fauna acabe confinado em um centro penitenciário se receber a pena máxima estabelecida pela norma penal caso seja aprovada no Congresso Nacional (SAAD-DINIZ, 2019, p. 63).

A pena de limitação de direitos imposta pela Lei 9.60-5 de 1998, também é mais onerosa que a anterior no Projeto de Lei n. 4.5020 de 2020, pois varia de 180 a 400 dias de multa, situação que na legislação anterior contemplava apenas multa. Apesar de do PL 4.520 de 2020 necessitar de uma Ação Direta de Constitucionalidade – ADC por parte do Supremo Tribunal Federal – STF já que quando aprovada certamente sofrerá Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI. A diferença entre a nova Lei e a anterior é de com relação a penalização de privação de liberdade. Ressalte-se que a técnica legislativa aplicada ao crime de tráfico ilegal de espécies da fauna e flora silvestres ao reconhecer que a falta de alvarás, concessões e autorizações é ato de incorrer em ilegalidade, ou seja, por não cumprir a norma, situação que não ocorria com o regulamento anterior, porque se falava em tráfico ilegal de espécies, mas não se mencionava a presunção de incumprimento (CHIBLE, 2021).

É importante destacar que o crime de tráfico ilegal de espécies da flora e fauna silvestres foi regulamentado pela primeira vez no ano de 1967, como crime contra a ecologia, e somente em 1998, 6 anos após a criação do Ministério do Meio Ambiente, o referido crime mudou de nome e passa a ser regulamentado como crime contra o meio ambiente em sua modalidade de crimes contra os recursos naturais, regulamentação que representou uma melhoria significativa nos pressupostos de tipificação do crime indicado, e agora com o PL 4.520 de 2020 em discussão no Congresso Nacional a pena privativa de liberdade será introduzida e penalidades-multa serão acrescentadas (BARRETO, 2009, p. 63).

FUNDAMENTOS PARA MODIFICAÇÃO DA LEI Nº 9.605 DE 1998 E A NECESSIDADE DO AUMENTO DE PENAPELO CRIME DE TRÁFICO ILEGAL DE ESPÉCIES SELVAGENS

A ciência ao longo dos anos demonstrou cientificamente que os animais não humanos são seres sencientes, base para o primeiro mundo legislar e reconhecer certas prerrogativas e direitos aos animais não humanos em seus ordenamentos jurídicos. Ou seja, os animais não são mais objetos de lei como eram considerados, mas sujeitos diferentes dos humanos (RIVA e FREITAS, 2006, p. 7).

White (2018) destacou que a primeira manifestação voltada ao reconhecimento dos direitos dos animais não humanos surgiu na Grã-Bretanha, em 1822, com a promulgação da Lei Richard Martin para impedir o tratamento cruel e inadequado do gado, dando origem em 1911, a Lei de Proteção Animal, uma Lei direcionada aos animais de criação, que permaneceu em vigor e intacta até 2006, ou seja, até a promulgação da Lei de Proteção Animal, que impõe o dever de proteção dos proprietários para garantir o bem-estar dos animais de estimação.

Dentro da regulamentação do Direito Animal que também tem relevância global, encontra-se as cinco liberdades (cinco Freedom), que têm sua origem na aprovação do Conselho de Bem-Estar dos Animais de Fazenda “*Farm Animal Welfare Council of 1979*”, visando garantir liberdades requisitos mínimos para garantir o bem-estar dos animais: (1) Livre de fome, sede e desnutrição (2) Livre de medo e angústia, (3) Livre de desconforto físico e térmico, (4) Dor, ferimentos ou doenças, (5). Livre para expressar seus próprios padrões de comportamento. Regulação pioneira, que carece de um efeito inclusivo sobre outros indivíduos (BARRETO, 2009, p. 64).

O reconhecimento dos direitos dos animais não humanos continua até a criação da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, as cinco liberdades reconhecidas foram insuficientes para proteger sua integridade física. Assim, em 23 de setembro de 1977, em Londres, a Liga Internacional dos Direitos dos Animais deu origem à Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que foi posteriormente promulgada em Paris, em 15 de outubro de 1978. Declaração que reconhece que os animais têm direitos fundamentais, pois o ser humano espécie reconhece ser parte integrante da coexistência com outras espécies animais (CINTRA JUNIOR, 2008, p. 5).

Chible (2021, (p.377) destacou que, em 1993, o *United Kingdom Animal Welfare Council* (FAWC) reconheceu que as cinco liberdades eram limitadas, deixando de lado certas necessidades e comportamentos importantes, portanto, decidiu-se modificar as cinco (5) liberdades reconhecidas em 1979 tornando-se: (1) Livre da fome e da sede através do acesso a água fresca e uma dieta projetada para manter a saúde e o vigor, (2) Livre do desconforto criando um ambiente apropriado que inclua abrigo e uma área de descanso confortável, (3) Liberdade da dor, lesão ou doença por meio de prevenção e diagnóstico e tratamento imediatos, (4) seja livre para expressar sua comportamento normal mediante a provisão de espaço suficiente, instalações adequadas e companhia de seres da mesma espécie; (5) Estar livre do medo e da angústia mediante as garantias de condições que evitem o sofrimento mental.

No Brasil, foi regulamentado desde 1967 e modificada em 1998 em resposta às obrigações impostas aos signatários da CITES. Atualmente existem duas leis que regulamentam a matéria, a primeira Lei nº 9.605 de 1998 e a Lei nº 12.197 de 2012 que tem como objetivo a conservação, proteção e manejo da atividade florestal e faunística; além da Proteção e Bem-Es-

tar Animal, que visa proteger a vida e a saúde dos animais vertebrados, domésticos e silvestres em cativeiro, a fim de prevenir qualquer tipo de maus-tratos por parte do homem (ZIMMERMAN, 2013).

Assim é necessário se analisar se estas leis devem ser modificadas de acordo com as normas do Direito Internacional Público e as prescritas na Constituição Federal de 1988 e se o bem jurídico protegido pela Lei nº 9.605 de 1998 precisa ser modificado; e, por fim, (3) convém determinar se o crime de tráfico ilegal de espécies silvestres deve ser qualificado como crime organizado (KIERSCENBAUM, 2009).

Com relação ao primeiro tópico de análise, ou seja, sobre a modificação da lei nº 9.605 de 1998 em atenção ao reconhecimento dos direitos dos animais em tratados internacionais, considera-se que é necessário modificar a referida lei, em atenção ao princípio da harmonização do direito internacional, regulamentando-se em prol do bem-estar e proteção dos animais de acordo com os tratados, convenções e outros regulamentos internacionais (REYNA, s/d).

E como observado, na Lei nº 9.605 de 1998 não protege os animais por sua condição como tal, mas por sua condição de recursos que fazem parte do meio ambiente. Ou seja, certas espécies de animais em perigo de extinção são protegidas, mas não com base na condição de ter direito à vida, existência e outros direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais (CHIBLE, 2021).

Por outro lado, deve haver harmonização entre as leis internas, pois a Lei nº 9.605 de 1998 não há harmonização, em princípio porque a Lei regulamentou os crimes contra o meio ambiente em 1998, a proteção e a bem-estar dos animais domésticos ou selvagens mantidos em cativeiro. Portanto, é necessário um novo no regulamento, na perspectiva do direito animal - seres sencientes, devendo proteger a vida, a saúde, a existência, a liberdade de locomoção, bem-estar, integridade física e mental, e não apenas por ser um animal ameaçado de extinção (LEIVA e LUGO, 2015).

A condição dos seres sencientes não deve ser apenas para os animais vertebrados domésticos e selvagens que estão em cativeiro, mas também para todos os animais selvagens devido ao seu status como tal. Em relação ao segundo tópico de discussão, sobre o direito jurídico tutelado, a lei nº 9.605 de 1998 deve ser modificada para uma melhor proteção (ZIMMERMAN, 2013).

Nesse sentido, os animais não humanos não devem ser considerados objetos ou animais em sua condição de objetos-recursos naturais, portanto, o direito legal de proteção no crime de tráfico ilegal de espécies silvestres é a vida em sua condição de seres sencientes, esta a fim de proteger seus direitos fundamentais, tais como: vida, liberdade, existência, saúde e outros direitos conexos visando o seu bem-estar. Assim, a Lei nº 9.605 de 1998 deve ser mais específica, distinguindo que as espécies da fauna são diferentes das espécies da flora silvestre, não podendo ser tipificadas duas figuras diferentes na mesma Lei para proteger direitos jurídicos diferentes, um deles, recursos naturais-flora, e os demais, direitos fundamentais de pessoas não humanas (WORTLEY e MAZEROLLE, 2018).

O último tópico de discussão está relacionado à equiparação da pena prevista para o crime de tráfico ilegal de espécies silvestres comparado aos crimes de crime organizado, tráfico de pessoas, tráfico ilícito de drogas. Porque a pena no crime analisado é leve se comparada a

outros crimes nos mesmos termos do Código penal regulamentando o tráfico ilegal de espécies de fauna e flora selvagens protegidas com pena privativa de liberdade não inferior a três nem superior a 5 anos e com multa severa; o crime de tráfico de pessoas tem pena mínima de 4 anos e máxima de 8 anos art. 149 do CP), situação que ocorre com a pena do crime de tráfico ilícito de droga (mínimo de 5 anos e máximo de 15 anos; art. 33 do CP), apesar de constituir um crime organizado (REYNA, s/d). Por outro lado, a Lei nº 12.850 de 2013 - Lei Contra o Crime Organizado: considera em seu art. 29 o crime de tráfico ilegal de espécies da fauna e flora silvestre como crime organizado, para o qual é necessário aumentar a pena pelo impacto que gera na economia do país, na saúde das pessoas e na sua contribuição para a financiamento do terrorismo; portanto, a pena deve ser equiparada com os crimes de tráfico de pessoas e tráfico ilícito de drogas. Neste sentido, a pena para os crimes de tráfico ilegal de espécies selvagens não deve ser inferior a 8 anos nem superior a 15 anos (CHIBLE, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de tráfico ilegal de espécies da flora e fauna silvestre foi regulamentado pela primeira vez no Brasil em 1967 como crime contra a ecologia, ou seja, 06 anos após a criação do Ministério do Meio Ambiente, que mudou de nome e foi regulamentado como crime contra o meio ambiente em sua modalidade de crimes contra os recursos naturais. Regulamentação que melhorou significativamente os pressupostos de tipificação do crime, aumento da pena e as medidas limitantes de direitos.

O crime de tráfico ilegal de fauna e flora silvestre que regulamenta a Lei nº 9.605 de 1998 tem o meio ambiente e os recursos naturais como bem jurídico a ser protegido. E as atividades sancionadas no tráfico ilegal de espécies silvestres são a caça, captura, coleta, extração e comercialização. Por isso, o crime de tráfico ilegal de espécies silvestres é regulamentado como crime contra os recursos naturais.

A Lei 9. 605/98 ao regulamentar o crime de tráfico ilegal de espécies da fauna e flora silvestres, confunde duas entidades distintas, por um lado, flora, plantas silvestres sujeitas ao tráfico ilícito; e, por outro lado, fauna, animais – pessoas não humanas que são objeto de tráfico ilegal. O regulamento está incorreto, porque as plantas não são o mesmo que os animais - pessoas não humanas, algumas têm capacidades como senciência (capacidade de sofrer e desfrutar) ao contrário dos outros que respondem a estímulos (plantas).

A Lei 9.605 de 1998 deve ser modificada e já está em discussão no Congresso Nacional através do Projeto de Lei n. 4.502 de 2020, por duas razões, a primeira pelo reconhecimento dos direitos dos animais não humanos sencientes e a segunda por constituir crime previsto na Lei Contra o Crime Organizado. Nesse sentido, a pena deve ser equiparada com os crimes de tráfico de pessoas e tráfico ilícito de drogas.

REFERÊNCIAS

ADAMS, R.; SERPE, R. Integração social, medo do crime e satisfação com a vida. *Perspectivas Sociológicas*, v. 43, n. 4, dez./2016.

ALEX, E. GEORGES, A. SOUZA, F K. Vida Selvagem além das nossas fronteiras: uma revisão do

comércio ilegal No Brasil. *Brasil Journal of Forensic sciences* 40 (2): 147–160 2014.

BARRETO, P. A impunidade de crimes ambientais em áreas protegidas federais na Amazônia. Belém: Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia. 2 ed. São Paulo: Summus, 2009.

BEIRNE, P.; SUL, N. Questões em criminologia verde: enfrentando danos contra o meio ambiente, a humanidade e outros animais. Nova York: Routledge, 2013.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Congresso Nacional, 1988. São Paulo: Saraiva 2009.

BRASIL. Lei nº 5.197/1967. Brasília: Congresso Nacional, 1967. Disponível em www.congressonacional.gov.br. Acesso em 5 de out de 2022.

BRASIL. Lei nº 9.605/1998. Brasília: Senado Federal, 1965. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> . Acesso em 26 de out de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.605/1998. Brasília: Congresso Nacional, 1998. Disponível em www.congressonacional.gov.br . Acesso em 5 de out de 2022.

CHIBLE, J. Introdução ao Direito Animal. Elementos e perspectivas em desenvolvimento do uma novo área do direito. Artigo, 2021. Disponível em

[dohttps://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200012](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200012) Acesso em 5 de out de 2022

CINTRA JUNIOR, We. J. A lei de crimes ambientais e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo, 2008. *Revista da OAB Goiás* Ano XII nº 36, Disponível em www.oabgo.org.br/Revistas/36/juridico2.htm Acesso em 05 de out de 2022.

GONZALES, J. A 'Colheita, comércio local e conservação de papagaios no nordeste da Amazônia peruana, *Biological Conservation*, 114: 437–446 2013.

HERBIG, F. J. W; JOUBERT, S. J. Semântica riminalológica: criminologia da Conservação - visão ou capricho? *Acta Criminológica* Volume: 19 Issue: 3 Dated: 2006 Pages: 88-103, 2016.

KIERSZENBAUM, M. O bem jurídico no Direito Penal. Algumas noções básicas da ótica da discussão atual. Artigo, 2009. Disponível em <http://www.Derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-essayo-kierszenbaum.pdf> Acesso em 5 de out de 2022.

LEIVA, M.; LUGO, L. O direito jurídico e as funções do Direito Penal. 2015. Disponível em

[sponíveldentrohttps://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4482](https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4482). Acesso em 05 de out de 2022.

LYNCH, M. J; STRETESKY, P. B. O significado do verde: contraste criminológico. *Perspectives Theoretical Criminology*, 7: 217-238. 2013.

PRATA, D. A. Criminalidade corporativa e vitimização ambiental: análise do caso Samarco. São Paulo: Liberars, 2019.

REYNA, L. A Proteção Penal do Meio Ambiente: Possibilidades e Limites. Artigo, s/d. Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/Derechopenal/articulos/a_20080526_84.pdf . Acesso em 5 de out de 2022.

RIVAS, A.; FREITAS, C. Valoração e instrumentos econômicos aplicados ao meio ambiente: alternativas para proteger a Amazônia/organizadores, Alexandre Almir Ferreira Rivas, Carlos Edwar de Carvalho Freitas. I-Piatam, 2008.

SAAD–DINIZ, E. Criminologia ambiental: a nova face do crime ecológico. Acta Criminológica Volume:19 Issue:3 Dated:2006 Pages:81-70, 2016.

SOUZA, H. R. Direito dos animais. Animal abuse and green criminology, em

P. Beirne e N. South (eds) Issues in Green Criminology. Devon: Willan, pp. 55–87, 2015.

WHITE, R. Crimes contra a natureza: criminologia ambiental e justiça ecológica. Portland, OR: Willan Publishing, 2018.

WORTLEY, R.; MAZEROLLE, L. Criminologia ambiental e análise do crime ambiental. São Paulo: Campus, 2018.

ZIMMERMAN, M. E. O mercado negro para a vida selvagem: combate ao crime organizado transnacional no comércio ilegal de vida selvagem, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 36-50: 1657- 2013.



A ineficácia da lei nº 11.340/06 no aumento de casos de violência doméstica durante a pandemia Covid-19

Renata Araújo Façanha

Graduando em Direito pela UNINORTE

Jorge Henrique Martins Vasques

Graduando em Direito pela UNINORTE

Ilcilane Bentes Ferreira

Graduando em Direito pela UNINORTE

Davi Gentil de Oliveira

Graduado em Direito pela UNINORTE. Especialista em Direito Tributário pela FAMETRO. Mestrando em Engenharia de Processo pela UFPA. Advogado. Professor da Universidade do Norte – UNINORTE

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.145.9

RESUMO

A presente pesquisa tem a finalidade de no decorrer da mesma trazer à luz da existência, a real situação exposta à mulher na sociedade. Para a elaboração desta, foi necessário um retorno cronológico nos marcos das conquistas assecuratórias das mulheres sob judice da seara penal. Outrossim, a fim de mensurar se existe relação entre o aumento contínuo de casos instaurados à proteção da mulher e o advento da Lei Maria da Penha, teceremos no desenvolvimento destes fatos, dados e doutrinas que trarão a inexistência de tal relação, e porventura havendo esta, trará de forma clara e fática seu grau e teor da relação. Neste será usada a metodologia descritiva e bibliográfica, a fim de por meio de dados e fatos exposto e fundamentados em legislações vigentes e doutrinas, a fim de responder o questionamento suscitado.

Palavras-chave: violência. estado. feminicídio.

ABSTRACT

The present research has the purpose of bringing to light of existence, the real situation exposed to women in society. For the elaboration of this, it was necessary a chronological return in the milestones of the securing achievements of the women under the judice of the penal area. Furthermore, in order to measure whether there is a relationship between the continuous increase in cases brought to protect women and the advent of the Maria da Penha Law, we will weave in the development of these facts, data and doctrines that will bring about the inexistence of such a relationship, and perhaps if there is this, will show its degree and content of the relationship in a clear and factual way. In this descriptive and bibliographic methodology will be used, in order to through data and facts exposed and based on current legislation and doctrines, in order to answer the question raised.

Keywords: violence. state. femicide.

INTRODUÇÃO

Considerando o crescimento absurdo da violência contra mulher. Todos os dias, estudiosos buscam verificar a causa de que após a criação da Lei Maria da Penha - lei criada em 2006 visando resguardar a integridade da mulher violentada domesticamente-, que num primeiro momento trouxe a promessa de segurança, entretanto, casos tendem ao crescimento segundo dados dos órgãos públicos.

A Lei nº 11.340 foi sancionada em 7 de agosto de 2006, e é comumente chata na sociedade como Lei Maria da Penha. Levando o nome da mulher que durante anos sofria violência doméstica de seu companheiro, chegando este a tentar matá-la por 2 oportunidades, sejam elas com um tiro nas costas à deixando paraplégica, e na segunda vez, tentou eletrocutá-la durante seu banho.

Mesmo com todo esse sofrimento a Sra. Maria da Penha, biofarmácea, tomou a dianteira na luta pela segurança das mulheres, por meio de participações em palestras e aparições junto à eventos de direitos humanos.

Entretanto, antes mesmo da lei ser sancionada tal lei algumas Defensorias Públicas no país já atuavam na busca de um atendimento completo e mais humanizado às mulheres vítimas de violência. O crescente número de casos de violência contra mulher, traz a discussão se de fato a Lei Maria Da Penha é ou não eficaz na proteção feminina.

O perfil socioeconômico é variado e na assistência imediata da Defensoria não distingue classe social ou renda; prevalece a vulnerabilidade de cada uma nos momentos seguintes ao abuso. Tanto que os dados mostram que o assédio é mais comum em mulheres com escolaridade médio/superior. Por outro lado, percebe-se ainda que o índice de violência é mais expressivo em mulheres pretas, sendo 40,5% das participantes da referida pesquisa.

Uma vez que quando uma mulher toma coragem para denunciar seu cônjuge ou afins à uma delegacia, como medida de cuidado, lhe é dado uma medida protetiva, um dos benefícios dado pela lei a mulher. Mas infelizmente, ao ser oficializado o companheiro, a vítima tende a se tornar estatística do feminicídio.

O presente trabalho fará análise sobre a eficácia das medidas protetivas de urgência embutidas na Lei Maria da Penha nos artigos 23 e 24, dispondo sobre a situação que se encontra a questão da violência cometida contra mulher, após 13 anos da existência desta lei que foi criada com o intuito de diminuir a violência dentro de ambientes e relações familiares, através dos mecanismos preventivos e punitivos apresentados por ela.

A presente pesquisa se justifica considerando o crescimento da violência sofrida no âmbito doméstico. Registra-se que segundo um estudo divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2019, onde neste trouxe dados alarmantes no combate à violência contra mulher, o aludido estudo alega que 536 mulheres são vítimas de agressão física por hora em 2018, somando o total de 4,7 milhões de mulheres ao ano.

Ocorre que com a grande quantidade de casos de violência contra mulher que ainda existe, leva a sociedade e a comunidade jurídico acadêmica questionarem a eficácia da Lei Maria da Penha, principalmente no que tange a aplicabilidade desta lei, a ação penal competente e os objetivos a serem alcançados com ela. Como mencionado, existem, de fato, outros mecanismos e regras legais que buscam coibir as mais variadas formas de violência contra a mulher, porém, a Lei Maria da Penha traz uma novidade – a medida preventiva.

Sendo assim, a agredida pode delatar o abuso e ficar sob o resguardo da Justiça, o que deixa a vítima mais confiante para exercer seus direitos e, também, com uma maior “sensação de segurança”. De igual modo, o sentimento de vergonha que atinge a maioria dessas mulheres tem que ser encarado e amparado pelos órgãos da Saúde e Assistência Social, paralelamente aos Judiciais propriamente ditos, para que só assim a agredida se dê conta da seriedade do delito, e da importância de viver sua vida plenamente, sem riscos à saúde física e mental.

Por fim, segundo dados do Fórum de Segurança Pública já citado neste, exibem dados embasbacastes, onde mesmo após o aniversário de 14 anos 42% das mulheres participantes da pesquisa afirmam já ter sofrido violência em casa.

Porém somente 10,3 das mulheres buscam a delegacia de polícia. Sendo que 52% delas admitem aceitar tais agressões. O que é mais alarmante é que esse dado de apatia, se prolonga desde o ano de 2016.

AINEFICÁCIADA LEI Nº 11/340/206 NO AUMENTO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA COVID-19

Evolução histórica da questão da violência contra mulher na sociedade

Ao analisar as mortes contra as mulheres e insistir no fato de que a imagem da mulher é construída em uma sociedade patriarcal em que a mulher tem a função única de cuidar da família e dos filhos desde muito jovem, constatando que o islamismo e a violência contra os homens grandes as mulheres estão enraizadas em uma sociedade doente, e às mulheres é negado o acesso ao conhecimento mais básico ou ao conhecimento político (MENDES, 2017).

Dessa forma, fica plenamente demonstrada a importância da contribuição do movimento feminista para as mulheres como uma realidade transformadora que assegura direitos básicos e fundamentais. Além disso Calazans e Cortes (2011), defende que o esporte se baseia na busca constante de oportunidades, garantias e realização de tudo o que foi conquistado até aqui.

De acordo com Mendes (2019):

O patriarcado não torna as diferenças entre mulheres e homens fixas e imutáveis, mas qualifica as relações entre os sexos ao evidenciar o vetor de dominação e exploração do homem sobre a mulher presente em sociedade. Para além de se referir às relações de dominação, opressão e exploração masculinas, a construção social do gênero implica falar sobre espaços, papéis e estigmas.

Nos últimos tempos o campo de estudo da criminalidade feminina teve um grande avanço, por meio da evolução social que em pese no mundo, solicitando desta feita um tratamento igualitário entre homens e mulheres, outras, ganhou mais notoriedade nos estudos criminológicos, através de adaptações de questões atuais que revelam na mulher, características inovadoras fazendo com que o pesquisador busque mais informações, para desvendar a cada dia mais as disfunções de cunho antropológicas, psicológicas e sociais, ocasionadas pela violência, tema genérico que abrange todos os objetos de estudos da criminologia (MENEGON e SILVA, 2020).

Diante de tais fatos Calazans e Cortes (2011), defende que é lícito observar, que o movimento feminista trouxe ao estudo da criminologia uma representação de uma corrente sexista, até então inexistente no estudo da criminologia. Pois tal ciência desde muito tinham seus vestígios de surgimento, porém, com a imagem patriarcal a onde a mulher era submissa e completamente dependente de seu marido, provedor, sequer ela estava sendo lembrada pelos cientistas sociais.

Ainda considerando a figura da mulher a época medieval, como um ser de subserviência, era considerada uma classe perigosa que deveria ser reprimida a todo o custo. No mesmo momento havia movimentos idealizavam a mulher como sinônimo de vitimização, num momento posterior (a época da inquisição), é possível perceber o caminhar da compreensão do poder punitivo a consideraria como um ser passível de erros e cometimento de crimes. (Mendes, 2017).

Weigert e Carvalho (2020, p. 1787):

No que diz respeito especificamente às mulheres envolvidas em situações de violência, na qualidade de autoras ou de vítimas de crimes, a criminologia ortodoxa não procedeu de forma distinta, pois o conhecimento produzido sempre restou limitado à interpretação dos conflitos como resultado de uma dinâmica estritamente individual e privada (microcriminológica). Assim, no marco do positivismo criminológico, as violências que envolvem as

mulheres foram inseridas em um horizonte de investigação cuja base interpretativa era (e em grande medida continua sendo) causalista.

A figura feminina um passar da evolução da humanidade, teve a oportunidade de a partir de um forte apontamento associativo entre a mulher e a realeza, mulher e deusas, para conceber a associação noutra momento da mulher, como um ser inferior passível de subserviência, sem direitos, e com o dever de ser a cuidadora, Auxiliadora de seu mantenedor, e a sua família

Embora a igualdade de gênero esteja longe de ser o ideal, é extremamente importante lembrar o que o movimento feminista conquistou e empoderou ao longo dos anos. Primeiro, em 1827, as mulheres tiveram direito à educação, mas não tiveram acesso ao ensino superior até 1879, e da mesma forma, em 1932, o direito ao voto, antes do qual era um direito exclusivo do homem.

O caminho para a igualdade de gênero é árduo, no entanto, os direitos adquiridos são apenas recentes, pois as leis de divórcio não foram aprovadas até 1977. Diante disso, entende-se que o abuso e o feminicídio são evidentes se as vítimas não dispõem de recursos básicos para romper os vínculos com seus cônjuges.

Conforme preceitua Alessandra Caligiuri Calabresi Pinto (2020, p. 107):

É preciso nessa busca encontrar o equilíbrio humano com deveres e compromissos iguais, possibilitando às mulheres que caminhem de forma autônoma e independente, podendo viver por elas e para elas. Podemos dizer que as mulheres de hoje começam a afirmar concretamente a sua independência, mas temos uma longa jornada a ser percorrida porque ainda lutamos para sermos ouvidas, seja em casa, seja nas ruas, seja na política e nos inexpressivos cargos que ocupamos.

Pereira (2021), entende por fim que diante do paradigma masculino massivo que rege as ciências sociais, estes reduzem as mulheres há uma negativa de seus direitos humanos. Questões como caráter, habilidades, costumes e questões psicoemocionais são passíveis a ambos os gêneros, tornando assim, os impactos do avanço do feminismo e o reconhecimento da humanidade das mulheres, fator principal para que no estudo da criminologia, estas venham a ser reconhecidas como tão bem a gente do caos, não somente como uma figura relacionada ao vitimismo.

Origem histórica da lei Maria da Penha

Promulgada em agosto de 2016, a Lei nº 11.340, comumente chamada de Lei Maria da Penha, este instituto tem de prima face o objetivo da proteção e resguardo da dignidade, segurança e vida da mulher, enquanto ente vítima de violência doméstica.

A violência contra a mulher por razões de gêneros é histórica e tem um caráter estrutural, que se perpetua devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Tal relação de poder, baseada em padrões de dominação, controle e opressão, leva à discriminação, ao individualismo, à exploração e à criação de estereótipos, os quais são transmitidos de uma geração para outra e reproduzidos tanto no âmbito público (governo, política, religião, escolas, meios de comunicação), como no âmbito privado (família, parentes, amigos). A partir de condições históricas, são naturalizadas formas de discriminação contra a mulher e geradas práticas sociais que permitem ataques contra a sua integridade, desenvolvimento, saúde, liberdade e vida. (SOUZA, 2018, p. 2, *apud* GEBRIM, BORGES, 2014, p. 59)

Ainda que outrora, a submissão feminina seja dita como “*normal*”, como assim descrita na literatura e ainda pregada em algumas culturas e religiões, a evolução da sociedade no sécu-

lo XXI traz consigo o ardor pela empatia, pela luta de mulheres incansáveis como Joana d’Arc, Virginia Woolf e Ruth Bader Ginsburg (Calazans, Cortes, 2011).

Em meados de 2019 foi realizado o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Avançada - IEA, no qual foi descrito que mais de 500 mulheres são agredidas por hora no Brasil. Este número é drasticamente alarmante se pensado que por ano cerca de 43.200.000 mulheres sofrem violência doméstica no Brasil, este equivale a 20% da população do nosso país (MENEGON e SILVA, 2020).

Conforme explica Campos (2011, p. 196):

O medo, a dependência econômica, o sentimento de inferioridade, a baixa autoestima decorrente da ausência de pontos de realização pessoais sempre impôs à mulher a lei do silêncio. A ideia sacralizada da família e a inviolabilidade do domicílio serviam de justificativa para impedir qualquer tentativa de coibir o que acontecia dentro do lar. A família vista como “entidade inviolável” não se sujeitava a qualquer interferência, tampouco a da Justiça, o que tornava a violência invisível.

Por ser o Brasil por muitos anos um país em desenvolvimento, alguns movimentos na luta por direitos foram aderidos por nossa sociedade com anos e anos de atraso. Bezzerá *et al.* (2020), acredita que similarmente ao caso da luta pelos direitos das mulheres que teve seu marco histórico contemporâneo em 1960 e se ramificou por diversos países industriais. Entretanto, somente no século XXI vieram legislações com foco no combate à violência contra mulher, com o advindo da Lei Maria da Penha em 2006.

Revela-se com significativa importância, a figura imponente da bioquímica Maria da Penha Maia Fernandes, que fora casada com Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano e no ano de 1983, Maria foi vítima de dupla tentativa de feminicídio por parte de seu cônjuge, conforme relata na biografia do instituto que leva seu nome, in verbis:

“As agressões começaram a acontecer quando ele conseguiu a cidadania brasileira e se estabilizou profissional e economicamente. Agia sempre com intolerância, exaltava-se com facilidade e tinha comportamentos explosivos não só com a esposa, mas também com as próprias filhas. O medo constante, a tensão diária e as atitudes violentas tornaram-se cada vez mais frequentes (Instituto Maria da Penha).”¹

Hoje, há dezenas, centenas, milhares de Marias, Anas, Cláudias, Biancas que sofrem de traumas similares, e por inúmeras questões sejam elas financeiras, emocionais entre outras, permitem reféns de companheiros por causa dos filhos, da dependência emocional e financeira.

Obrigadas a conviverem com o silêncio e a contentar-se com representações simbólicas, tais como a de “rainha do lar”. Confinada ao papel maternal e doméstico, a naturalização de sua inferioridade internaliza-se, passando a se incorporar sua própria subordinação. Isso tornou particularmente difícil para a mulher romper com a imagem de desvalorização de si mesma (Lucas, 2007, p. 135-136).

Ainda, segundo biografia citada acima, Maria da Penha abstraiu esse trauma em sua vida, o transformando em força e garra na luta da defesa de mulheres vítimas de tais maus tratos, que costumeiramente são violências verbais, físicas e até homicídios (que nestes moldes a doutrina e o texto legal o denominam de feminicídio). Sua luta demorou cerca de 20 anos, até ser a violência doméstica um fato típico no direito penal.

¹ Apesar da igualdade entre os sexos estar ressaltada enfaticamente na Constituição Federal <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>

deral, é secular a discriminação que coloca a mulher em posição de inferioridade e subordinação frente ao homem. A desproporção, quer física, quer de valorização social, entre o gênero masculino e feminino, não pode ser olvidada” (DIAS, 2007, pg 22). [grifos nossos]

Como Dias (2007), a cultura impunha a figura da mulher, um ser frágil, de capacidade e credibilidade minorada em contraponto à figura do homem, provedor, protetor e responsável pela imagem e credibilidade de tal família. Assim, durante certo período de tempo, fora construído relacionamentos e famílias em bases frágeis e oprimidas, como:

“O homem sempre atribui a culpa à mulher, tenta justificar seu descontrole na conduta dela: suas existências constantes de dinheiro, seu desleixo com a casa e os filhos. Alega que foi a vítima que começou, pois não faz nada certo, não faz o que ele manda. Ela acaba reconhecendo que em parte é sua culpa. E assim o perdoa.” (DIAS, 2007, pag. 19)

Em casos abarcados na Lei Maria da Penha, não há o que se falar em responsabilidade de conduta original, submissão feminina e/ou vitimismo na figura de seus cônjuges. Fisiologicamente a mulher e figura em desfavor em força física em regra, ainda assim, se porta de forma permissiva. em apoio a figura da mulher quanto vítima, o Estado desde longa data inicia medidas protetivas para com estas.

Outrossim, por meio da emissão da Lei nº 13.104/2015, fora alterado o Decreto Lei nº 2848/40 - Código Penal Brasileiro, acrescentando legalmente neste a figura do “*Feminicídio*”. Onde em casos de violência mais grave sofrida pela mulher em ambiente doméstico, proveniente de relação de afeto e por condição de seu gênero, assim como o artigo legal abaixo citado:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

Feminicídio

VI - Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

(...)

§ 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.

(...)

§ 7º o A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

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

II - Contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

(...)

III - Na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (grifos nossos)

Por fim, Meneghel *et al.* (2021, p. 654) entende que apesar de historicamente a sociedade e o direito já estarem no caminho da busca dos direitos das mulheres vítimas de violência

e também na busca pela segurança de sua integridade de todos os aspectos possíveis. Foi na redação da Lei Maria da Penha que tal circunstância se mostrou de fato em cenário principal mais incisivo.

A ineficácia da Lei Maria da Penha e as falhas na sua aplicabilidade

A Lei Maria da Penha, é de longa comparação uma significativa evolução no que se refere à defesa dos direitos das mulheres atingidas pelo contexto de violência doméstica, familiar. O que noutro era tão somente tratado como tipo genérico no Código Penal Brasileiro - dano e ameaça a dano, in verbis:

A disposição do artigo 41 da Lei Maria da Penha implicou não só a exclusão de alternativas à punição e do processo penal estabelecido pela Lei 9099/95 aos casos de violência doméstica contra as mulheres, mas também incluiu ferimentos leves novamente do Ministério Público não qualificados processos, ou seja, como um crime que não precisa do consentimento da vítima para ser processado (RODRIGUEZ, 2011).

Outrossim aludida lei trás claramente seu prisma, na narração do seu art. 4º, o qual assim narra:

Art. 4º “Na interpretação desta Lei serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.” Tal comando representa a alma da Lei, sua essência básica, da qual não poderá o Ministério Público (e o Poder Judiciário) se afastar (Lei nº 11.340/06- Planalto)

De igual modo para Pasinato (2015) ademais de toda iniciativa assecuratória do Estado na defesa e proteção da mulher vítima de violência em ambiente doméstico, de fato na realidade ainda há muitos entraves, incertezas e brechas que permitem muitas das vezes que recaí em ciclos viciosos. É necessário segundo a autora que haja por parte do Estado elaboração de políticas públicas e o tratamento deste assunto do de fato o é: problemática social.

A identidade social da mulher, assim como a do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita, com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que pode atuar o homem. (SAFFIOTI, 2001, p. 8).

Para Cerqueira *et al.* (2015), anteriormente a publicação da Lei Maria da Penha, a violência sofrida pela mulher em ambiente doméstico fruto de uma relação de afeto, era tão orientada como majorantes penais, não oferecendo a vítima nenhuma medida de proteção. Assim a Lei Maria da Penha prevê dois tipos de medidas protetivas de urgência: as que obrigam o agressor a não praticar determinadas condutas e as medidas que são direcionadas à mulher e seus filhos, visando protegê-los.

Afirma que a sociedade deve ver o feminismo da maneira mais verdadeira possível, que o assassinato de mulheres ocorre para fugir das normas patriarcais ou sexistas. O feminicídio é o resultado final de algum ato mesquinho da vítima, como pedir o divórcio ou simplesmente se opor a um padrão insalubre estabelecido no lar. Então o feminismo deve ser visto como uma questão de gênero e as piores coisas acontecem com as mulheres. No Brasil, o feminicídio “parece ser um fenômeno social e democrático que pode atingir qualquer mulher”, Meneghel *et al.* (2021)

Os autores também comentaram que nem todas as mulheres são igualmente vulneráveis e que cada uma corre um risco diferente de “uma vida inteira de agressão física”. A discriminação baseada em papéis de gênero exacerba esses perigos”, mas não apenas isso, inclui “em

sua classe social, idade, raça, cor e etnia ou deficiência”.

Para SAFFIOTI (2001, p. 120/121), no instante que a mulher surge com comportamentos à não mais permitir certos constrangimentos, à não mais se fazer submissa a seus cônjuges, estes sementem-se confusos com a nova realidade e nisto, recorre a ágil e voraz violência, com intuito de manter seu poderio e figura principal do esteio da família, assim, desferindo golpes emocionais, psicológicos, chegando ao limite da violência doméstica, o feminicídio.

Trata-se de fenômeno situado aquém da consciência, o que exclui a possibilidade de se pensar em cumplicidade feminina com homens no que tange ao recurso à violência para a realização do projeto masculino de dominação-exploração das mulheres. Como o poder masculino atravessa todas as relações sociais, transforma-se em algo objetivo, traduzindo-se em estruturas hierarquizadas, em objetos, em senso comum (SAFFIOTI, 2001, p. 119).

Para Pasinato 2015, vários foram os são as questões que interferem no alavancar de tais taxas, como por exemplo, a questão racial, onde similarmente à questão de violência contra mulher, é também histórico-cultural do nosso país. Embora com a evolução da sociedade, tal comportamento venha a ter vido ultrapassado, ainda há na sociedade. E ao colocarmos mulheres negras num contexto de dados cruzados essa perspectiva violenta transparece ainda mais maléfica, conforme figura abaixo:

Registra-se que, à passos que a Lei Maria da Penha venha ser uma grande vitória da luta histórica contra à cultura de submissão feminina. Há correntes que afirmam que a Lei Maria da Penha, venha a ter um maior apelo reparador, causado pelo histórico de violência contra a mulher do que efetivamente, venha a buscar de fato e de direito proteger a mulher e/ou cessar essa cultura de opressão, Calazans, Cortes, 2011.

A violência contra mulher durante o isolamento social

Segundo Okabayashi *et al.* (2020), com o início da pandemia do COVID-19 em meados de março de 2020, e o isolamento social, acarretaram em vários fatores de contribuíram para que a mulher, no papel de vítima fosse colocada em um cenário de vulnerabilidade, o aumento do consumo de álcool, além de está a mulher na figura mais facilitada de manipulação e controle.

Segundo Souza (2018), acredita ainda que vivemos em uma sociedade feminicídio, onde a imagem masculina é adorada e supervalorizada, o que deságua em diversas áreas, e mais evidentemente no emprego e política, onde mulheres precisam de cota por meio de leis e regimentos para que não sejam devoradas pela figura masculina.

Políticas públicas nada mais são, do que que ações do Estado coma finalidade trabalhar em prol do bem da sociedade. Entretanto, tal ação caminha a passos largos na política brasileira, exemplo disto são as ações de políticas públicas no enfrentamento da violência contra mulher, de forma mais estruturada foram iniciadas a partir do século XXI, mais precisamente coma a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres, segundo Bevilacqua (2020).

Denominaram femicídio e feminicídio a esse tipo de crime, com a diferença de que no segundo, feminicídio, há uma marca indelével de omissão do Estado na perpetração dos crimes e no seu combate. Em inglês, outros nomes surgem com ampliações de seu alcance, como femicide e gendecide. Para o segundo, haveria pré-seleção do gênero por meio de práticas e técnicas em países, especialmente da Ásia (SOUZA, 2018, p. 8).

Segundo Bezerra *et al.* (2020) faz-se necessário o resgate que mesmo com impactante

número de mulheres que já foram e são violentadas seja de forma emocional, na humilhação e maus tratos por parte de seus parceiros, financeira na ocorrência da submissão dependente, seja de forma psicológica quando o parceiro a faz refém de suas escolhas, chegando ao ápice da violência física.

Opção que vem revelando desafios, sobretudo para as mulheres e que tem pressionado as políticas públicas envolvidas no enfrentamento à violência contra as mulheres. Além da violência que aumenta com a quarentena, o fato das pessoas estarem em casa escancara a desigual economia do cuidado, em que a responsabilidade e sobrecarga do trabalho doméstico e dos cuidados com doentes, criança e idosos são das mulheres. (Bevilacqua 2020, p. 2)

Este percentual de mulheres de admitem já terem sido violentadas e o número de denúncias, por mais que estas tenham sido alavancadas em a partir das leis acolhedoras, tais números ainda contam como bastante desiguais.

Além da violência que aumenta com a quarentena, o fato de as pessoas estarem em casa escancara a desigual economia do cuidado, em que a responsabilidade e sobrecarga do trabalho doméstico e dos cuidados com doentes, criança e idosos são das mulheres. (BEVILACQUA, 2020).

Em sentido similar Okabayashi *et al.* (2020), em seu estudo defende que a violência contra a mulher é um problema à nível global de saúde pública, afirmando ainda que das mulheres participantes de seu estudo 30% destas admitiram já terem sofrido algum tipo de violência durante algum relacionamento.

Bezerra *et al.* (2020) afirma que o somatório de situações ocasionadas pelo isolamento social, tais como as crianças em tempo integral e entediadas dentro de casa, pais em home office e cuidados básicos de casa foram o estopim para que casos de violências domésticas e feminicídios venham a ter assumidos estes dados significativos. Deste modo, segundo autor as demissões, a crise financeira para os autônomos, incertezas sanitárias e estresse ocasionado pelo isolamento social, fez com que fosse potencializado o clima de violência em casa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é possível a percepção de que a violência sofrida em cenário doméstico pela mulher seja uma cultura trazida de nossas raízes escravocratas e patriarcais, e que por muitos e muitos anos era considerada uma conduta normatizada. Na imagem do homem provedor e na mulher dependente e submissa, entretanto, essa cultura veio se transformando gradativamente até meados do século.

Diante de todo do aqui exposto o histórico patriarcal é machista e seus comportamentos e atitudes estão entranhados no DNA de nossa sociedade, e isto é algo que devemos combater. A não permissão da mulher em ser vítima, o apoio do Estado como detentor da obrigação de salvaguarda sua vida e o exercício diário na mudança de primas da sociedade, na quebra de tabus e paradigmas, são questões supra relevantes, assim como necessárias para a mudança fática e de direito da humanidade.

Bezerra *et al.* (2020), acredita que similarmente ao caso da luta pelos direitos das mulheres que teve seu marco histórico contemporâneo em 1960 e se ramificou por diversos países industriais. Entretanto, somente no século XXI vieram legislações com foco no combate à violên-

cia contra mulher, com o advento da Lei Maria da Penha em 2006.

Durante a elaboração deste é possível perceber que mesmo com o avanço científico e movimentações civis no tocante ao combate à violência doméstica, os altos índices de incidência nos mostram que a tal cultura está enraizada nos hábitos da sociedade. Ocasionalmente em raízes patriarcais e histórica de submissão feminina, não legitimação de sua luta e questões.

E com o isolamento social imposto como tratamento principal no combate ao vírus mais temido deste século, o COVID-19, o convívio familiar foi aumentado demasiadamente, e com isso o estresse emocional ocasionado para além do sentimento de prisão, como também, questões financeiras preocupantes.

Para tanto, é necessário muito além de conscientização social, é vital que o Estado imponha de forma eficaz e eficiente a punibilidade destes agressores, que estes venham a ser punidos ainda em momento de agressão, não permitindo o Estado - detentor do poder/dever de garantir a vida e a segurança de todos - que este agressor venha a ser punido, quando punido, apenas em situação do homicídio da mulher.

REFERÊNCIAS

Atlas da violência 2019. / Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

BEVILACQUA, Paula Dias *et al.* Mulheres, violência e pandemia de novo coronavírus. 2020.

BEZERRA, Anselmo C. V *et al.* Fatores associados ao comportamento da população durante o isolamento social na pandemia de COVID-19. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10792020>. Acessado em: 17/09/2021.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 39-64, 2011. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_3_criacao-e-aprovacao.pdf. Acessado em: 17/09/2021.

CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Editora Lumen Juris, p. 196, 2011.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro *et al.* Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha. 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3538/1/td_2048.pdf. Acessado em: 21/09/2021.

CORREIA, Gabriela Soares. Ineficácia das medidas protetivas da lei Maria da Penha / Gabriela Soares Correia -- 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/download/7060/pdf>. Acessado em: 17/09/2021.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra mulher. 1 ed. São Paulo/SP. Revista dos Tribunais, 2007.

LUCAS, Ana Paula Schneider Lucion de. A luta das mulheres e a conquista da igualdade jurídica no Brasil. Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG, Caxias do Sul. 2007. Disponível em: https://scholar.google.com/scholar_url?url=http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/download/. Acessado em: 21/09/2021.

MENEGHEL, Stela Nazareth *et al.* Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, p. 691-700, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/gZtYwLDYSqtgp7wGTTXHw4z/?format=pdf&lang=pt>. Acessado em: 21/09/2021.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. Saraiva Jur. 2ª edição. 2017.

MENEGON, V. G. S.; SILVA, T. H. J. Femicídio no Maranhão e Covid-19: o que diz a imprensa. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/55021/751375150784>. Acessado em: 21/09/2021

NOTHAFT, Raíssa Jeanine; LISBOA, Teresa Kleba. As intervenções com autores de violência doméstica e familiar no Brasil e suas relações com a Lei Maria da Penha. *cadernos pagu*, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/RG7ztXs7b8MZRGGHTV9yFsy/?format=pdf&lang=pt>. Acessado em: 22/09/2021.

OKABAYASHI, Nathalia Yuri Tanaka *et al.* Violência contra a mulher e feminicídio no Brasil-impacto do isolamento social pela COVID-19. *Brazilian Journal of Health Review*, v. 3, n. 3, p. 4511-4531, 2020.

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. *Revista Estudos Feministas*, v. 23, p. 533-545, 2015. Disponível em: xxx. Acessado em: xxx.

PEREIRA, Tatiana Dahmer. Desengavetando Gênero à Luz dos Feminismos no Brasil. *Revista Trabalho Necessário*, V.19, nº 38, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22409/tn.v19i38.48161>. Acessado em: 21/09/2021.

PINTO, CALIGIURI, Alessandra. *Direitos das Mulheres*. 1ª Edição. Portugal, 2020.

POUGY, Lilia Guimarães. Desafios políticos em tempos de Lei Maria da Penha. *Revista Katálysis*, v. 13, p. 76-85, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/kYRfBhW3593JLyc3MLGGGWs/?format=pdf&lang=pt>. Acessado em: 22/09/2021.

RODRIGUEZ, JR; NOBRE, M. (Coord.). *Igualdade de Direitos Entre Mulheres e Homens*. Brasília: Ministério da Justiça SAL. 2009. Disponível em: https://scholar.google.com/scholar_url?url=https://www.academia.edu/download/38354785/11Pensando_Direito_1_.pdf. Acessado em: 22/09/2021.

SAFFIOTI, Heleith I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Cadernos Pagu*. v. 16, Campinas, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332001000100007>. Acessado em: 22/09/2021.

SOUZA, Suzanny Mara Jobim de. O feminicídio e a legislação brasileira. *Revista Katálysis*, v. 21, n. 3, p. 534-543, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-02592018v21n3p534> . Acessado em: 22/09/2021.

WEIGERT, M.A.B.; CARVALHO, S. *Criminologia Feminista com Criminologia Crítica: Perspectivas teóricas e tese convergentes*. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 3 , p. 1787, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/38240>. Acessado em: 22/09/2021.



A aplicabilidade da qualificadora feminicídio as mulheres transexuais

The applicability of the qualifier feminicidio to transsexual women

Beatriz Gomes Rodrigues

Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário do Norte – Uninorte;

Brian Moraes

Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário do Norte – Uninorte;

Winy Batalha Cavalcante

Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário do Norte – Uninorte;

Davi Oliveira

Orientador do Trabalho de Conclusão de Curso pelo Centro Universitário do Norte – Uninorte.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.10

RESUMO

O estudo tem como objetivo analisar a aplicação da qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio praticado contra mulheres transsexuais. Especificamente pretende-se: analisar os principais aspectos da Lei nº. 13.104/201515 (Lei do Feminicídio) em conjunto com a alteração do artigo 121, §2º do Código Penal; além de abordar os principais conceitos de gênero, com ênfase na transexualidade, trazendo a distinção acerca da sexualidade, sexo e gênero em paralelo ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para a realização desse trabalho foi utilizado o método hipotético dedutivo, tendo como base de pesquisa a revisão bibliográfica. A pesquisa foi no tocante aos objetivos, interpretando base de dados bibliográficos e documentais. Em suma, por parte das fundamentações da doutrina, jurisprudência, compreende-se que é possível a mulher transsexual atuar como sujeito passivo no feminicídio. É obrigação do Estado proteger todos os que fazem parte da sociedade, devendo dar atenção principalmente as minorias fazendo com que de fato a minoria seja resguardada e tenham seus direitos protegidos não permitindo que a identidade de gênero seja objetivo de preconceito e discriminação.

Palavras-chave: feminicídio. gênero. Lei nº. 13.104/2015. mulher transsexual.

ABSTRACT

The study aims to analyze the application of the femicide qualifier to the crime of homicide committed against transsexual women. Specifically, it is intended to: analyze the main aspects of Law no. 13.104/201515 (Femicide Law) together with the amendment of article 121, §2 of the Penal Code; in addition to addressing the main concepts of gender, with emphasis on transsexuality, bringing the distinction about sexuality, sex and gender in parallel with the principle of human dignity. To carry out this work, the hypothetical deductive method was used, based on the bibliographic review. The research was related to the objectives, interpreting bibliographic and documentary databases. In short, on the basis of the doctrine, jurisprudence, it is understood that it is possible for a transsexual woman to act as a passive subject in femicide. It is the State's obligation to protect all who are part of society, paying attention mainly to minorities, ensuring that the minority is in fact protected and has their rights protected, not allowing gender identity to be the subject of prejudice and discrimination.

Keywords: femicide. genre. Law no. 13.104/2015. transsexual woman.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, e a qualificadora do feminicídio (inciso VI do art. 121, § 2º, do Código Penal) são mecanismos legais que visam proteger o bem estar físico e social da mulher, a partir de sua posição de fragilidade nas relações domésticas e sociais.

Esta pesquisa buscar analisar sobre a aplicabilidade da qualificadora do feminicídio às mulheres transgêneros, com fulcro na Lei nº 13.104/2015. A escolha do tema se deu pelo conflito entre as doutrinas sobre a aplicabilidade ao grupo LGBTQIA+ que invalida direitos já adquiridos no ordenamento jurídico vigente. Além do mais, é imprescindível o debate sobre a temática com

o objetivo de demonstrar a necessidade da eficácia de uma norma que não anule o princípio da dignidade humana.

Procura-se expor a vulnerabilidade que se faz presente na comunidade trans que é reiteradamente marginalizada, sendo este fator o resultado de preconceito que está penetrado na sociedade. Por consequência do preconceito e da descriminalização, as pessoas transgêneros são as maiores vítimas de homicídio em razão do seu gênero.

Justifica-se a escolha do tema pela urgência da discussão que ocasione mudanças. No dia a dia das mulheres trans, asseverando a garantia da sua segurança e qualidade de vida, propiciando a solução desta diferença doutrinária, reconhecendo as mulheres trans como mulheres, e enquadrando-as como vítimas da Lei do Feminicídio, resguardando a sua dignidade com a ajuda de políticas públicas.

Somente em situações em que uma mulher desempenha o papel passivo em um crime – ou seja, em casos envolvendo violência doméstica, agressão sexual ou outras formas de discriminação com base no gênero da mulher – as regras anteriores entrarão em jogo. Ao mesmo tempo, a sociedade patriarcal como um todo está desmoronando, com o próprio conceito de mulher sendo atacado. Isso trouxe grupos marginalizados como as comunidades de gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros para o centro das atenções.

Desta forma, a pergunta-problema da pesquisa é: como os dispositivos legais podem ser usados também para proteger a mulher transsexual?

Este estudo científico tem como objetivo analisar a aplicação da qualificadora do feminicídio aos crimes cometidos contra mulheres transgêneros. Especificamente pretende-se: analisar os principais aspectos da Lei nº. 13.104/201515 (Lei do Feminicídio) em conjunto com a alteração do artigo 121, §2º do Código Penal; abordar os principais conceitos de gênero, com ênfase na transexualidade, trazendo a distinção acerca da sexualidade, sexo e gênero em paralelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, e; apresentar os aspectos relevantes do homicídio e a qualificadora do crime hediondo, intitulada Feminicídio integrada e regida pela Lei nº. 13.104/2015.

A metodologia se refere aos procedimentos e ao conjunto de técnicas que serão utilizados na pesquisa. Passamos a falar, então, em métodos como sendo “métodos de abordagem” e em metodologias como os “métodos de procedimento”, que podem ser chamados de técnicas de pesquisa.

Da forma de abordagem do problema, a pesquisa se classifica como qualitativa por utilizar conteúdos já publicados para a análise da problemática. Quanto à metodologia, o trabalho em mãos possui o método hipotético-dedutivo. Isto se justifica porque o método escolhido permite ao pesquisador propor uma hipótese e parte, por meio da dedução, para a sua comprovação ou não.

Enquanto ao procedimento, este trabalho realizar-se-á por meio da pesquisa bibliográfica, pois será desenvolvida a partir de arcabouços teóricos jurídicos publicados em livros, artigos, dissertações e teses.

É uma pesquisa exploratória pois envolve levantamento bibliográfico, análise de exemplos que estimulam a compreensão e explicativa porque visa a identificar os fatores que determi-

nam ou contribuem para a ocorrência do problema.

Tornando-se ferramenta complementar em todas as fases da pesquisa para fundamentação e orientação das diversas etapas desta pesquisa, tendo como fontes principais livros, artigos, sites governamentais, teses, entre outros estudos que possam colaborar com o desenvolvimento deste trabalho e aprofundamento dos conceitos aplicados.

A LEI Nº. 13/104/15 E A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 121, §2º DO CÓDIGO PENAL COM A CRIAÇÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Teles e Melo (2017), definem violência, de forma mais ampla, como:

O uso da força física, psicológica para compelir outrem a ter atitudes que diferem do seu desejo; é restringir, é impedir a liberdade, é envergonhar, humilhar, intimidar, é impedir que o outro expresse seus desejos e vontades, sob punição de sobreviver ameaçada, ofendida ou até mesmo sofrer agressões, lesão e até a morte, é um meio de constringer e sujeitar o outro ao seu domínio, é uma violação da dignidade humana. As autoras reforçam que quando se fala de violência doméstica, fica claro que as autoridades públicas estão dispostas a dialogar, levantar demandas, ampliar o debate e desenvolver a reflexão; A atitude é fruto de um longo trabalho realizado nas últimas décadas para denunciar e transformar conflitos históricos entre mulheres e homens em relações democráticas. (TELES; MELO, 2017, p. 45)

O artigo 5º da Lei 11.340/2006 traz o conceito de violência doméstica:

Para os efeitos dessa Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (BRASIL, 2006, p. 404).

Para Cunha (2014):

a violência contra a mulher é um fenômeno histórico, fruto das relações de desigualdade de, as quais, conjuntamente com as desigualdades de classe, raça e sexualidade, estão imbricadas aos interesses do modo de produção capitalista (CUNHA, 2014, p. 32).

O conceito de violência doméstica contra a mulher no Brasil evoluiu para o termo de violência de gênero, onde os atos de violência ocorrem por menosprezo e discriminação ao gênero feminino da vítima. Para Delphy (2009):

A violência de gênero é melhor compreendida como uma dinâmica em que os homens detêm o poder simbólico sobre as mulheres enquanto as mulheres se submetem à sua autoridade. Mostra que os papéis de gênero que foram impostos ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia levam a relações abusivas entre os sexos e que tal comportamento é resultado da socialização e não de tendências humanas inerentes. Ou seja, o comportamento masculino agressivo em relação aos homens, o comportamento masculino dócil em relação às mulheres e o comportamento masculino submisso em relação às mulheres não são traços inatos, mas sim o resultado de normas e restrições culturais. Cultura, educação e mídia trabalham para criar e manter estereótipos de gênero que perpetuam a ideia de que os homens têm poder sobre os desejos e perspectivas das mulheres e a liberdade de ir e vir como quiserem. (DELPHY, 2009, p. 10)

Zanotti (2019) reflete que no sentido primário, a violência de gênero diz respeito a qualquer ato de violência executado para prejudicar uma pessoa por conta do seu gênero, seja este masculino ou feminino. Ressalta-se, a mulher que as mulheres são mais propensas a esse tipo de violência, sendo infelizmente comum serem constringidas, coagidas, violentadas pela única e exclusiva condição de ser mulher.

A morte de mulheres relacionadas a violência de gênero, ocorrem em diferentes contextos sociais e políticos, conhecidos como feminicídio, estão presentes em todas as culturas e sociedades por conta do patriarcalismo e da objetificação da mulher. Isso levou à violência extrema que custou a vida de muitas mulheres. O feminicídio é caracterizado como um ato ridículo e intensificado de violência contra a mulher baseado em uma cultura machista e de dominação feminina (OLIVEIRA; COSTA; SOUSA, 2016).

O feminicídio é o homicídio praticado contra mulheres, tão somente por ela ser mulher, manifestando o menosprezo ou discriminação ao gênero feminino, ou quando apresenta fortes ligações com a violência doméstica e familiar praticadas contra a vítima. Portanto, a dignidade da vítima é desrespeitada e inferiorizada pelo simples motivo de pertencer ao gênero feminino. Antes da Lei do Feminicídio entrar em vigor, quando acontecia um crime praticado tão unicamente pela vítima ser mulher, não existia uma lei específica que punisse tal conduta de forma mais severa. O feminicídio era encarado como pressuposto indireto, se referindo a um homicídio.

No dia 10 de março de 2015, o artigo 121 do Código Penal, foi alterado, onde passou a ser inserido o inciso VI no parágrafo segundo, através da Lei n. 13.104/2015.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

[...] VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino Aumento de pena § 7o A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

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

II - Contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;

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

IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (BRASIL, 2015)

Para Oliveira, Costa e Sousa (2016), a Lei 13.104/2015 caracteriza o assassinato de mulheres como um homicídio mais grave, classificado como crime hediondo, ou seja, os casos de violência doméstica contra a mulher, sendo este o único motivo, são considerados como qualificadores, pois agrava o delito e pune quem comete o crime, por meio deste ato violento ocasionar em assassinato. Os autores de homicídio qualificado pelo feminicídio podem ser condenados a pena de reclusão de 12 a 30 anos, conforme o artigo 121, §2º do Código Penal Brasil, já os homicídios simples são punidos com reclusão de 6 a 20 anos.

Foi publicada a Lei 13.104/2015, e após a publicação fora questionada sobre a sua aplicabilidade. Como tal, a Lei do Feminicídio enfrentou problemas com seu uso e aplicação desde o início, uma vez que a bancada conservadora restringia a figura da mulher ao caráter biológico, excluindo os critérios psicológicos e registrais, nos quais as mulheres transgêneros se enquadram.

De acordo com o inciso VI do artigo 121, § 2º, do Código Penal estabelece o feminicídio

se o homicídio de mulher for cometido pelo fato da vítima ser mulher. “A incidência de qualificadores determina as circunstâncias da violência contra a mulher, onde homens ou mulheres cometem violência contra a mulher em situação de vulnerabilidade, determinada por relações de dominação e poder”. (CUNHA, 2018, p. 61).

Existem duas visões divergentes sobre o reconhecimento da qualificadora do feminicídio quando a vítima for uma mulher transgênero. A primeira corrente, conservadora e tradicional, enfatiza que uma pessoa trans não é uma mulher, implicando que uma “mulher” é simplesmente alguém que nasceu biologicamente com os órgãos sexuais femininos, apesar das mudanças físicas que seus genitais tenham sofridos ou venham a sofrer. A alteração da estética, e não da aparência, é geneticamente projetada e, portanto, não é garantida pela Lei 13.104/2015. Segundo Gonçalves (2016, p. 113), “só as mulheres podem ser sujeitos passivos da qualificadora do feminicídio”.

O segundo corrente defende a possibilidade de pessoas transgêneros serem listadas como vítimas de feminicídio, argumentando que se as pessoas transgêneros forem submetidas a cirurgias de transgenitalização ou mesmo correção de estado civil, devem ser tratadas de acordo com suas novas características físicas, pois a psicologia já o colocou nessa posição. O doutrinador de Direito Penal, professor Rogério Greco defende que:

Nos casos de feminicídio, somente será considerado sujeito passivo a pessoa em posse de registro oficial que represente expressamente seu sexo feminino. Somente após passar por uma cirurgia transgenital e, posteriormente, alterar seus documentos de identificação, uma mulher transgênero pode ser considerada participante passiva desse crime. Uma mulher transgênero que passou pelas etapas descritas acima é legalmente reconhecida como mulher e está protegida pela Lei 13.104/ 2015. Isso porque somente a norma jurídica confere a segurança necessária para o reconhecimento do conceito de mulher. (GRECO, 2017, p. 44).

Mesmo com alterações e atualizações, o tema ainda é muito polêmico entre os doutrinadores por conta das suas teorias, porém há mais força e sustentação com argumentos cada vez mais persuasivos sob a ótica social atual dos transexuais.

PRINCIPAIS CONCEITOS DE GÊNERO, COM ÊNFASE NA TRANSEXUALIDADE, TRAZENDO DISTINÇÃO ACERCA DA SEXUALIDADE, SEXO E GÊNERO EM PARALELO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não é de hoje que padrões de comportamentos se manifestam de forma diferente entre homens e mulheres. A sociedade busca intencionalmente, por meio de várias técnicas, determinar a identidade de gênero como parâmetro. Uma mulher transexual, nascida com seu corpo masculino, sabe que seu gênero corresponde ao feminino, contudo, um homem transexual, mesmo tendo nascido em um corpo feminino, sente que seu gênero é válido, e se identifica como gênero masculino (BEZERRA; MAIA, 2017).

Para Machado, gênero tem o seguinte conceito:

Um ponto de partida teórico para dismantelar as várias maneiras pelas quais diferentes sociedades estabeleceram papéis de gênero e papéis sexuais é a categoria de classificação conhecida como “classificação por sexo e gênero”. Essa ideia pretende investigar sistematicamente as manifestações simbólicas e culturais da engenharia social das rela-

ções sexuais, bem como as inúmeras maneiras pelas quais a classificação binária do que constitui masculinidade e feminilidade afeta sociedades e culturas de formas radicalmente diferentes caminhos. (MACHADO, 2000, p. 5).

Rodrigues e Alvarenga entendem que:

A identidade de gênero de uma pessoa é expressa por meio de seus sentimentos sobre se ela se identifica ou não como homem ou mulher, independentemente do sexo atribuído no nascimento. Quando um homem ou mulher tem dificuldade em se identificar com seu gênero porque seu sexo biológico não corresponde ao psicológico, isso é conhecido como transtorno de identidade de gênero. Portanto, esse indivíduo pertence fisicamente a um sexo, mas psicologicamente ao outro. As pessoas que vivenciam essa crise de identidade de gênero são conhecidas como transexuais porque seu sexo psicológico e social não é limitado pelo seu sexo biológico. (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015, p. 79).

Conforme Gonçalves (2012), a identidade de gênero refere-se à experiência interna e pessoal, é como a pessoa se sente, que determinadas vezes pode não ter relação alguma com seu gênero biológico, a aceitação do próprio corpo, e também outras expressões ligadas a isso, sejam roupas, modo de falar, etc. Essa identidade de gênero é o que determina se é homem ou mulher, no ponto de vista da sociedade que em si exige essa identificação.

É importante ressaltar que identidade de gênero não é a mesma coisa que orientação sexual, visto que, a primeira é como o indivíduo se identifica, sendo este gênero masculino ou feminino, já a orientação sexual é a forma como o indivíduo se relacionará afetivamente. Há vários grupos que fazem parte da diversidade sexual, como os assexuados, os travestis, os bissexuais, os transsexuais e assim por diante (RODRIGUES; ALVARENGA, 2015).

O termo “transexualidade” surgiu em 1952, depois da intervenção médica do Dr. Christian Hamburger na transição da aparência sexual por uso de hormônios e a realização da cirurgia da dinamarquesa e mulher trans Christiane Jorgensen. Foi realizado o tratamento endocrinológico prescrito pelo Dr. Harry e o referido tratamento servia para diminuir as características sexuais do sexo biológico, destacando as características do sexo psicológico desejado (FRIGNET, 2002, p. 24).

Teresa Rodrigues Vieira escreve sobre o que é ser transexual de forma clara e objetiva:

Qualquer pessoa que se identifique como transexual está completamente convencida de que é do sexo oposto ao indicado na certidão de nascimento. Ele não aprova seus órgãos sexuais e planeja alterá-los cirurgicamente. Supõe-se que a incongruência neurológica entre os sexos esteja presente em pessoas transgênero. Eles agem e se comportam de acordo com o sexo com o qual se identificam em um nível psicológico. (VIEIRA, 2004, p. 47).

Costa (2012) reflete que a transexualidade faz referência ao interior do indivíduo, isto é, a forma como a pessoa se vê ou se identifica sem levar em consideração seu gênero, isto é, se é homem, mulher, ambos, ou até mesmo sem sexo, independente da sua anatomia. Dessa forma, a identidade de gênero está relacionada a como homens e mulheres se compreendem.

Bezerra e Maia (2017) denotam que o direito à identidade resulta da articulação entre o direito de ser diferente e o direito de ser igual. Isso quer dizer que possuem o direito de serem reconhecidos na sociedade, de acordo com a escolha da sua identidade de gênero, pelo direito de ser quem é, de escolher e transformar a sua personalidade. É direito do transexual ser reconhecido e ser tratado como igual defronte a sociedade, expressando seu verdadeiro valor que possui como indivíduo.

O direito à personalidade engloba a ideia de liberdade, dignidade, individualidade e pessoalidade e que além de ser aplicado ao indivíduo, dá a ele o direito de reclamar seus direitos fundamentais, indispensáveis para viver dignamente.

De acordo com o princípio da dignidade humana, os direitos e garantias fundamentais são garantidos a todos, sem distinção, resguardando os indivíduos contra atos repulsivos e propiciando que haja interação ativa de maneira igual para com todos (SARLET, 2012, p. 62). Com isso, considera-se o princípio como universal que está acima de todos outros princípios do ordenamento jurídico.

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana pertence ao indivíduo desde o seu nascimento, livre de qualquer especificidade. Para isso, o sistema jurídico do Brasil tem a obrigação de tornar disponível ferramentas que assegurem as pessoas a possibilidade de lutar e destituir a separação que a sociedade criou (CASTRO e NEME, p. 2) com o escopo de asseverar eficiência de uma lei que não anule o princípio da dignidade da pessoa humana.

ASPECTOS RELEVANTES DO HOMICÍDIO E A QUALIFICADORA DO CRIME HEDIONDO, INTITULADA FEMINICÍDIO INTEGRADA E REGIDA PELA LEI Nº. 13.104/2015

Após a publicação da Lei nº 13.104/2015 muitos questionamentos surgiram sobre a sua aplicabilidade. Por isso, a Lei do Femicídio encara dúvidas quanto o seu uso e a sua aplicabilidade. A possibilidade de ser usada para defender e resguardar as mulheres transexuais é uma delas.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territorial (TJDFT) se posicionou favorável em uma ação a contraposição a dois homens por tentativa de homicídio de uma mulher transexual, ao julgar o processo n. 20180710019530RSE. De acordo com informações trazidas na denúncia, os autores estavam em uma praça, na região do Distrito Federal, quando agrediram a vítima causando-lhes lesões corporais de natureza grave, com o intuito de matá-la por ela ser mulher transexual. Em conformidade com as declarações de testemunhas que estavam presente no momento da barbaridade e da vítima, eles diziam que ela deveria morrer ou se assumir como homem. A vítima só não morreu por circunstâncias alheias a vontade dos agentes, pelo fato de ter sido socorrida por terceiros. O recurso em sentido escrito interposto pelos réus teve como objetivo de afastar a qualificadora do feminicídio, argumentando que a vítima, biologicamente, não se enquadra no sexo feminino, e por isso, não seria o caso de feminicídio. Os desembargadores entenderam que existia sinais suficientes nos autos do processo que o crime e o motivo foram “por ódio à condição de transexual” da vítima, reconhecendo a discriminação, desprezo e desrespeito ao gênero feminino escolhido pela vítima, que inclusive possui modificação no seu registro civil, veja:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. FEMINICÍDIO TENTADO. VÍTIMA MULHER TRANSGÊNERO. MENOSPREZO OU DISCRIMINAÇÃO À CONDIÇÃO DE MULHER. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. IMPROCEDENTE. TESES A SEREM APRECIADAS PELOS JURADOS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPROCEDENTE. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. A decisão de pronúncia dispensa a certeza jurídica necessária para uma condenação, bastando o convencimento do Juiz acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, prevalecendo, nessa fase, o in dubio pro societate.
2. No âmbito do Tribunal do Júri, as possibilidades de desclassificação, absolvição sumária e impronúncia são limitadas, sendo admitidas apenas quando a prova for inequívoca e convincente, no sentido de demonstrar que o réu não praticou crime doloso contra a vida, pois mínima que seja a hesitação, impõe-se a pronúncia, para que a questão seja submetida ao júri, ex vi do art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal c/c art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal.
3. Somente as qualificadoras manifestamente improcedentes e sem qualquer apoio na prova dos autos podem ser afastadas.
4. Recursos conhecidos e desprovidos. (BRASIL, 2019, p. 1)

Em maio de 2021, o Tribunal de Justiça de São Paulo se negou a proteger uma vítima por ser mulher transexual. A vítima, de 18 anos, foi perseguida e agredida pelo seu pai, depois de tentar se proteger de uma tentativa de violência sexual. No meio da fuga, ela encontrou a Polícia Militar, que fez o registro de boletim de ocorrência. Mesmo apresentando marcas de agressões pelo corpo, à defesa que ela tentou em desfavor do seu pai foi negada porque ela era uma mulher transexual (SANTOS, 2022). O Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou a incapacidade de igualar transexual feminino com a mulher, pela maioria dos votos dos desembargadores, somente uma votou a favor da vítima (CNN BRASIL, 2021).

No dia 5 de abril de 2022, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a Lei n. 11.340/2006 se aplicada em casos de violência doméstica contra mulheres transexuais, estendendo assim a possibilidade de aplicação das medidas protetivas de urgência. Com isso, o STJ determinou que a Lei Maria da Penha pudesse ser aplicada no caso de uma mulher que era abusada pelo pai, e a Justiça do estado de São Paulo rejeitou a aplicação da lei no caso em concreto, com o argumento de que a lei é para as mulheres biológicas. O Ministério Público do Estado de São Paulo recorreu e o STJ acatou o pedido. Este é o primeiro precedente para este tema em tribunais superiores e abre margem para que outros casos parecidos logrem êxito (STJ, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teve como objetivo analisar a aplicação da qualificadora do feminicídio aos crimes cometidos contra mulheres transsexuais, onde pretendeu-se especificamente analisar os principais aspectos da Lei nº. 13.104/2015 (Lei do Feminicídio) em conjunto com a alteração do artigo 121, §2º do Código Penal; abordar os principais conceitos de gênero, com ênfase na transexualidade, trazendo a distinção acerca da sexualidade, sexo e gênero em paralelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, e; apresentar os aspectos relevantes do homicídio e a qualificadora do crime hediondo, intitulada Feminicídio integrada e regida pela Lei nº. 13.104/2015.

Nota-se que há inúmeros casos de violações gravíssimas dos direitos humanos oriundos da discriminação em razão da identidade de gênero. Todos os dias, mulheres transexuais são vítimas de agressões. O Brasil é o país onde mais se pratica atos de violência e mortes transexuais. Esse lamentável fato é a reflexão de uma população marginalizada e privada da proteção jurisdicional do Estado, compreendido em uma sociedade em que na sua maioria é conservadora e intolerante.

Alguns autores afirmam que as mulheres transexuais podem sem figurar como vítimas no delito de homicídio qualificado pelo feminicídio e outros são contrários a essa ideia, argumentando que este requisito só pode ser considerado em mulheres nascidas no sexo feminino. O direito deve reconhecer que a qualificadora do feminicídio pode ser aplicada nas mulheres transexuais e travestis sem nenhuma oposição, já que o fundamento é que o sujeito passivo do crime seja mulher, isto é, expressão e papel de gênero feminino são direitos adquiridos e reconhecidos.

Em suma, por parte das fundamentações da doutrina, jurisprudência, compreende-se que é possível a mulher transexual atuar como sujeito passivo no feminicídio. É obrigação do Estado proteger todos os que fazem parte da sociedade, devendo dar atenção principalmente as minorias fazendo com que de fato a minoria seja resguardada e tenham seus direitos protegidos não permitindo que a identidade de gênero seja objetivo de preconceito e discriminação.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Lara Pinheiro; MAIA, Aline Passos. Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1688-1717, 2017. ISSN 1516-0351.

BRASIL. Lei n. 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (3. Turma Criminal). Recurso em Sentido Estrito nº 20180710019530RSE (0001842-95.2018.8.07.0007). Recorrente: B. W. S. O. E OUTROS. Recorrido: MPDFT. Relator: Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, 4 de julho de 2019. Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 out. 2022.

CASTRO, Cristina Veloso de; NEME, Eliana Franco. O direito ao nome e a dignidade dos transexuais independente da mudança de sexo, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=e97bab5d4b13eb27>. Acesso em: 10 out. 2022.

COSTA, Antônia Analice De Jesus. *Transexualidade e luta por direitos*. Rio de Janeiro, 2012.

CNN BRASIL, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/maria-da-penha-para-trans-divide-tribunais/>. Acesso em: 10 out. 2022.

CUNHA, Bárbara M. *Violência contra a Mulher, Direito e Patriarcado*. In: XVI Jornada de Iniciação

Científica de Direito da UFPR, v. 1. 2014. Anais [...]. Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 149.

DELPHY, C. O principal inimigo 2: pense no gênero. Paris: Syllepse, 2009. 389p.

FRIGNET, Henry. O Transexualismo. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2002.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão. 2012. 262 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/pt-br.php>. Acesso em: 10 out. 2022.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial – artigos 121 a 212 do Código Penal. 14. ed. rev., atual. e ampl. Impetus, 2017.

MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em Confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo. Brasília: Séria Antropológica, v. 284, 2000, p. 1-19.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; COSTA, Mônica Josy Sousa; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. Femicídio e violência de gênero: aspectos sociojurídicos. Revista Eletrônica de Ciências, v. 16, n. 24; 25, 2016. ISSN 2175-9553.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Femicídio (art. 121§ 2º, VI, do CP), Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/337322133/femicidio-art-121-2-vi-do-cp>. Acesso em: 10 out. 2022.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Transexualidade e dignidade da pessoa humana. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 10, n. 1, p.72-93, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/revistadireito/article/view/18583>. Acesso em: 10 out. 2022.

SANTOS, Rafa. MPF defende medida protetiva a mulher trans com base na Lei Maria da Penha. Consultor Jurídico, fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-09/mpf-defende-medida-protetiva-mulher-trans-base-maria-penha2>. Acesso em: 10 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. e atual. 2ª tirag. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STJ, Supremo Tribunal de Justiça. Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide sexta turma. Notícias: decisão, abr. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em 10 out. 2022.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. O que é violência contra a mulher. Brasiliense, 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo. Psicólogo Informação, ano 4, n. 4, p. 74, jan./dez. 2004.

ZANOTTI, Márcia Aparecida. Femicídio e Violência de Gênero. 2019. 61f. Monografia (Graduação em Direito), Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu – UNIFOZ, Foz do Iguaçu, 2019



O superendividamento dos idosos em época de pandemia de Covid-19 na cidade de Manaus

Ana Carolina Soares Santos

Graduanda em Direito - Centro Universitário do Norte – UNINORTE

Carla Cristina Fialho dos Anjos

Graduanda em Direito - Centro Universitário do Norte – UNINORTE

Márcio de Jesus Lima do Nascimento

Prof. orientador Mestre em Ciências e Meio Ambiente – UFPA – Professor do Centro Universitário do Norte - UNINORTE

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.11

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo compreender os fatores que ocasionaram o alto índice do superendividamento dos idosos, em especial aos idosos residentes de Manaus, após a pandemia do Covid-19, assim como relacionar o fato do superendividamento ferir o princípio do mínimo existencial. Dessa forma, tem-se como objetivos específicos analisar o papel do mínimo existencial dando ênfase a sua relevância para a efetivação da dignidade humana, em específico a dignidade do consumidor idoso; identificar as consequências da Covid-19 em questão à hipossuficiência dos idosos na cidade de Manaus e evidenciar que o consumidor idoso faz parte de um grupo vulnerável na sociedade, assim, possui dificuldade em conhecer seus direitos. Ademais, o tipo de pesquisa a ser realizada é a qualitativa, tendo como método a ser trabalhado o indutivo.

Palavras-chave: superendividamento. idosos. Manaus. Covid-19. hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

This study aims to understand the factors that caused the high rate of overindebtedness of the elderly, especially the elderly residents of Manaus, after the Covid-19 pandemic and relate the fact of overindebtedness affronts the principle of the existential minimum. The specific objectives are to analyze the role of the existential minimum, emphasizing its relevance to the realization of human dignity, in particular the dignity of the elderly consumer; identify the consequences of Covid-19 in relation to the hyposufficiency of the elderly in the city of Manaus and evidence that the elderly consumer is part of a vulnerable group in society, having difficulty in knowing their rights. The type of research to be performed is qualitative, having as method to be worked the inductive.

Keywords: over-indebtedness. elderly. Manaus. Covid-19. hypervulnerability.

INTRODUÇÃO

Conceitua-se o termo superendividamento como sendo o endividamento excessivo o qual compromete a dignidade do devedor, ou seja, o superendividamento é a situação em que uma pessoa se encontra impossibilitada economicamente de pagar suas dívidas em tempo razoável. Destaca-se que o consumidor idoso é um dos mais afetados pelo superendividamento, uma vez que se enquadra em um grupo de maior vulnerabilidade.

Cumprе esclarecer que, com o advento pandemia de Covid-19, observou-se um alto índice do superendividamento por parte dos idosos. Essa parcela da sociedade sobrevive, em sua maioria, com renda constituída por benefícios previdenciários e assistenciais. Possuir um superendividamento leva esses idosos a viver com o mínimo para sua existência, fato este que atinge diretamente o princípio do mínimo existencial.

A pandemia de Covid-19, especificamente na cidade de Manaus, trouxe sérias consequências para a realidade de vida dos idosos. Pode-se citar como uma dessas consequências o aumento do desemprego, fazendo com que os idosos recorressem aos seus vencimentos para manter sua família financeiramente, visto que muitos dos seus ficaram sem emprego. Outro fator que pode ter desencadeado o alto índice do superendividamento dos idosos foram alguns fatos

inesperados, como doenças entre familiares e até mesmo a morte desses. Sendo assim, certos idosos tiveram que custear exames médicos, tratamentos, internações, destinando a sua renda para esses fins.

Para reverter tais situações, muitos idosos encontram nos empréstimos a solução para os seus problemas, em especial o empréstimo consignado. Contudo, o que se observa é que os idosos não conseguem adimplir suas dívidas junto aos bancos e fazem nova pactuação de dívida, fazendo com que sempre tenham alguma parcela de empréstimo para pagar. Ressalta-se aqui também o fato de muitas vezes não receberem informações corretas, o que faz com que os consumidores idosos fiquem em potencial situação de risco para o superendividamento.

Desse modo, o objetivo geral do presente artigo é compreender os fatores que ocasionaram o elevado índice do superendividamento dos idosos, especificamente aos idosos residentes de Manaus, em um cenário pós-pandemia de Covid-19, dessa maneira relacionar o fato do superendividamento ferir o princípio do mínimo existencial. Assim, tem-se como objetivos específicos demonstrar as consequências da Covid-19 em questão à hipossuficiência dos idosos na cidade de Manaus; evidenciar que o consumidor idoso faz parte de um grupo vulnerável na sociedade e analisar o papel do mínimo existencial dando ênfase a sua relevância para a efetivação da dignidade humana, em específico a dignidade do consumidor idoso

O tipo de pesquisa a ser realizada no presente artigo é a qualitativa, dado que o estudo é pautado em um contexto social, buscando ir além de uma mera descrição do fenômeno. O método a ser trabalhado é o indutivo, uma vez que o referido método tem como arcabouço a observação de um fato para que então ocorra a elaboração de uma teoria. Serão utilizados procedimentos teóricos, exploratório e explicativo, visto que será necessário utilizar-se de arsenal bibliográfico para analisar o problema, e, por fim, buscará explicar um fato e analisar hipóteses relacionadas ao fato em questão, qual seja, o superendividamento dos idosos na cidade de Manaus.

O QUE É SUPERENDIVIDAMENTO? (DIFERENÇA ENTRE ENDIVIDADO E SUPERENDIVIDADO)

Preliminarmente, cumpre diferenciar os conceitos de endividamento e superendividamento, sendo o endividado, conforme preceitua Siquinel (2018), como o consumidor que apesar de comprometer parte de sua renda, ainda consegue adimplir com as suas obrigações, em contrapartida, o superendividado é aquele que, por conta de suas dívidas, compromete sua subsistência. Para compreender melhor o conceito de superendividado, pode-se buscar auxílio no artigo 54-A §1º, do CDC, a qual informa que o superendividamento é a impossibilidade do consumidor pessoa física, de boa-fé, pagar a integralidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem que haja o comprometimento do seu mínimo existencial, consoante os termos da regulamentação.

Tal conceito ainda pode se corroborado por Siquinel (2018), a qual afirma que:

Pode-se concluir, portanto, que consumidor superendividado é a pessoa física, leiga e de boa-fé que adquire bens e serviços com o intuito de adimplir com a obrigação, nos termos em que foi assumida, mas que, em decorrência de fatos sobre os quais não tem controle, é impedido de assim fazê-lo por não dispor de renda e/ou patrimônio suficiente. (SIQUINEL,

2018, p. 34)

Para Marques (2006) a definição adequada para o superendividamento é: “[...] a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriunda de delitos e alimentos)”

Consoante a Cartilha do Superendividamento, produzido pela Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, o primeiro país a tratar do superendividamento foi a Dinamarca, no ano de 1984. Dessa forma, verifica-se que esse fenômeno legislativo é relativamente novo e precisa ser debatido na sociedade, para que ocorra, assim, prevenção e tratamento.

Assim sendo, o superendividado é a pessoa física, que age de boa fé e que, mesmo com seu recebimento mensal, fica impossibilitado de manter o seu mínimo assistencial, ou seja, manter sua subsistência forma digna. Conceito esse, que ultrapassa a figura do endividado, a qual ainda possui meios de arcar com suas inadimplências.

Por conseguinte, fica evidenciado que há diferença entre os conceitos apresentados, visto que o indivíduo superendividado, não conseguiria adimplir suas dívidas, mesmo que utilizasse qualquer valor recebido de maneira integral para o pagamento das dívidas.

A VULNERABILIDADE DOS IDOSOS FRENTE AO SUPERENDIVIDAMENTO

Conforme o artigo 4º, I, do CDC, todo consumidor é vulnerável perante as relações de consumo, visto que precisa submeter-se às imposições do fornecedor de produtos e serviço, sujeitando assim quando necessita/precisa contratar determinada coisa, submetendo-se às determinações de quem fornece. Corroborando a esse entendimento, Alexandridis (2013) afirma que “as escolhas de consumo feitas pelo consumidor não são livres, mas direcionadas pelos fornecedores, que determinam o produto e as suas características”.

Reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, deve-se observar que o idoso se encontra em um grau elevado de vulnerabilidade nessa relação de consumo. Consoante a Política Nacional do Idoso (instituída pela Lei federal nº 8.842), de 1994, e no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741), de 2003, idoso é todo indivíduo com 60 anos ou mais. O mesmo entendimento é afirmado pela Organização Mundial da Saúde (OMS).¹

É importante destacar que com a idade avançada, os indivíduos carecem de maiores cuidados, uma vez que a velhice tem como característica a deterioração progressiva dos tecidos e do organismo, o que pode provocar a diminuição das competências físicas.

Percebendo a vulnerabilidade do idoso, em virtude da própria idade, o art. 230 da CF/88, trouxe a obrigação, para o Estado, às famílias e à sociedade, de resguardo ao idoso, defendendo sua dignidade e o direito à vida.

À vista disso, resta claro, que o idoso é mais vulnerável que os demais consumidores, posto que não possuem de conhecimentos técnicos e jurídicos para contratar algo, devendo ser protegido quando estiver numa relação de consumo, devendo haver sempre para si ofertas

¹ Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/quem-e-a-pessoa-idosa>

transparentes e publicidade clara, a fim de que a vulnerabilidade da pessoa idosa não seja exposta às práticas de má-fé.

A PANDEMIA DA COVID 19 NA CIDADE DE MANAUS

Para fins de esclarecimento, na data de 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde – OMS foi alertada acerca de diversos casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, localizada na China. Tratava-se de um novo tipo do coronavírus que ainda não havia sido identificada antes em seres humanos.²

Por conseguinte, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado uma nova cepa de coronavírus. Em 20 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS considerou o surto como Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional e, posteriormente, em 11 de março de 2020, como pandemia.

Conforme dados extraídos do site oficial do Ministério da Saúde, atualizado em 01 de junho de 2022, o Brasil teve 31.060.017 casos confirmados e 666.801 óbitos. Especificamente no estado do Amazonas foram confirmados 582.799 e 14.175 óbitos.

Insta salientar que Manaus foi uma das cidades do Brasil que mais sofreu com a pandemia, outrossim, ficando conhecida como a “capital mundial da Covid-19”, de acordo com o pesquisador Jesem Orellana, do Instituto Leônidas & Maria Deane (ILMD/Fiocruz Amazônia), em entrevista à BBC News Brasil.³

CAUSAS DO SUPERENDIVIDAMENTO DO IDOSO MANAUARA EM TEMPOS DE COVID-19 EM MANAUS

De acordo com Campos (2018), é possível elencar como sendo as principais causas de superendividamento: a concessão de crédito fácil, a questão do abuso de crédito, a propagação de propaganda enganosa ou abusiva, além da ausência de informações adequadas.

Outrossim, conforme Siquinel (2018, p. 36) “*o consumidor também se torna superendividado em decorrência dos chamados ‘acidentes da vida’, ou seja, das situações não previstas que causam drásticos transtornos a si e, conseqüentemente, à sua família.*”

Como exemplo aos conceitos, pode-se citar a morte, o desemprego, a doença e o divórcio. Logo, é claramente possível relacionar essas causas de superendividamento especificamente para as causas determinadas pela pandemia de Covid-19.

O desemprego gerado pela pandemia.

Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Pnad, pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Manaus registrou a maior taxa de desemprego no primeiro trimestre de 2020 entre as capitais. Foi de 18,5% – 16, pontos percentuais acima do que a registrada no mesmo período do ano de 2019 (16,9%).

Em comparação com as outras capitais, a taxa de desemprego registrada em Manaus

² Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>

³ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55681527>

(18,5%) é a maior entre todas as 27 Unidades da Federação. As maiores taxas registradas foram as de Manaus (18,5%), seguido por Salvador (17,5%) e Macapá (17,3%), e as menores taxas, as de Goiânia (7,2%), Campo Grande (8,5%) e Florianópolis (8,8%).⁴

Por conta do desemprego gerado pela pandemia, muitos idosos tiveram que arcar com as despesas de toda sua família. Geralmente, a renda da pessoa idosa é constituída por benefícios previdenciários e assistenciais. Dessa forma, estes fizeram uso dos seus benefícios e passaram a ser os principais mantenedores de sua família.

Doenças e mortes causadas pelo Covid-19

Em breve pesquisa pelo site do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística é possível constatar que no Amazonas ocorreram 14.174 mortes em virtude da pandemia do Covid-19, um índice elevado em comparação a outras capitais. No ápice da pandemia, Manaus foi centro de um dos mais lamentáveis momentos, em 14 de janeiro de 2021, quando o fim do estoque de oxigênio em unidades hospitalares levou pacientes internados à morte por asfixia.

Vale ressaltar que, conforme noticiado pelo O Estado de S. Paulo, o Amazonas foi o primeiro estado a ver seu sistema de saúde colapsar em meio a pandemia do novo coronavírus. Em virtude do avanço de casos de Covid-19 e das taxas de internação, o sistema de saúde de Manaus entrou em crise.⁵ Pois, além de não ter condições de receber e tratar todos os doentes pelo vírus, os hospitais precisaram ser equipados com contêineres frigoríficos para acondicionamento de corpos das vítimas. Tendo em vista toda a situação lamentável que assolou Manaus, mais uma vez, alguns idosos tiveram que figurar como principais mantenedores de seu lar, visto que os falecimentos ocorridos no seio familiar, e também, as sequelas deixadas pela contaminação da Covid-19, foram determinantes para o agravamento do superendividamento dos idosos.

Os empréstimos como tentativa de sustento para o consumidor idoso

Por consequência das mazelas ocasionadas pelo pandemia de Covid-19, como o desemprego e os falecimentos de seus familiares, alguns idosos passaram a ser os principais mantenedores de sua família, tendo que arcar com todas as despesas da casa, assim sendo, muitos recorreram aos empréstimos em bancos, pela facilidade de acesso ao crédito, em especial a modalidade de consignado, modalidade de empréstimo em que o desconto da prestação é feita diretamente na folha de pagamento do benefício previdenciário do aposentado. Frisa-se que o que mais atrai os idosos para o crédito consignado são as taxas de juros menores que outras modalidades de crédito.

De acordo com a Cartilha do Superendividamento:

Atualmente os idosos fazem parte do extenso rol que reúne sessenta e dois milhões de endividados, trinta milhões de superendividados, compondo núcleos familiares de consumidores responsáveis por sessenta e quatro por cento do PIB nacional (referência). Segundo levantamentos do mencionado Instituto, mais de cinco milhões de idosos estão endividados no País, a maioria por meio de empréstimos com o crédito consignado, oferecido a recém-aposentados por meio de práticas desleais, como assédio para contratação por telefone, perturbação do sossego com insistentes ligações, venda casada com pagamento de seguros e títulos de capitalização, entre outras. (p.10) (grifo nosso)

⁴ Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/desemprego-em-manaus-foi-o-maior-entre-as-capitais-revela-pesquisa-do-ibge/>
⁵ Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,covid-19-entenda-como-manaus-chegou-ao-colapso-na-saude-novamente,70003582359>

O que se verifica é que muitos idosos carecem de certa educação financeira, recordando-se, é claro, que o idoso figura como um indivíduo hipervulnerável, em virtude de sua hipossuficiência. Sendo assim, os consumidores idosos põem-se em potencial situação de risco para o superendividamento.

O SUPERENDIVIDAMENTO E O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O que se verifica, na realidade do consumidor idoso, em virtude de toda problemática ocasionada pelo advento da pandemia de Covid-19, é que este já não conseguia arcar com o seu sustento pessoal e o da sua família, portanto, recorreu aos empréstimos, de forma (muitas vezes) descontrolada, passando pela falta de informação ou por informações ludibrias por parte dos bancos, realizando assim diversos empréstimos e refinanciamento que somente prejudicavam mais, ferindo assim o princípio do mínimo existencial.

Entende-se como o princípio do mínimo existencial o conjunto básico de direitos fundamentais que assegura a cada pessoa uma vida digna, como saúde, alimentação e educação. Contudo, como o idoso não consegue arcar com suas despesas, não há o cumprimento desse princípio primordial. Em conformidade ao Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, XII, são direitos básicos do consumidor: “[...] a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito.”

Torna-se necessário ressaltar que o artigo mencionado faz parte de acréscimo importante ao Direito do Consumidor, a Lei 14.181/2020, a qual entrou em vigor no dia 02/07/2021, conhecida como Lei do Superendividamento, inserindo novas regras no Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de proteger as pessoas que têm dívidas com variados fornecedores, especialmente instituições financeiras, e não têm mais condições reais de pagar o estipulado sem afetar o seu sustento.

Destarte, faz-se necessário recorrer a Lei 14.181/2020 como alternativa para se reverter o superendividamento, uma vez que os acréscimos realizados foram inseridos para resolver essa problemática, proibindo a publicidade agressiva de crédito, assim como proibindo o desconto indiscriminado de crédito consignado em folha de pagamento, tudo em prol da preservação do mínimo existencial.

Contudo, recentemente a Lei 14.181/2020 foi regulamentada pelo Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022. O teor do referido Decreto causou preocupação em virtude do valor fixado como o mínimo existencial, sendo este incompatível com a manutenção do estado vital das pessoas físicas que, de boa-fé, encontram-se impossibilitadas de efetivar a quitação dos débitos que lhes acometem

O Decreto do mínimo existencial

O Governo Federal publicou em 27 de julho de 2022 o Decreto nº 11.150/2022, o qual regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 — Código de Defesa do Consumidor (CDC). À vista disso, nos termos do referido Decreto, o mínimo existencial para

fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo é de 25% do salário-mínimo atual, ou seja, R\$ 303 (trezentos e três reais).⁶ Portanto, apenas 25% do salário-mínimo atualmente previsto deverá ser resguardado, conforme art. 3º do referido Decreto:

Art. 3º No âmbito da prevenção, do tratamento e da conciliação administrativa ou judicial das situações de superendividamento, considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a vinte e cinco por cento do salário mínimo vigente na data de publicação deste Decreto.

Ademais, o Decreto Presidencial veda a atualização anual desse percentual do salário mínimo de 2022 e condiciona eventual atualização monetária pelo Conselho Monetário Nacional, consoante os parágrafos § 2º e § 3º.

Ocorre que, o Decreto nº 11.150/2022 viola preceitos fundamentais da Constituição Federal de 88, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual dispõe em seu art. 1º, III, CF/88 que:

Art. 1º República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III. a dignidade da pessoa humana

Cumprir destacar que além do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal também prevê a existência de direitos sociais, previstos no artigo 6º:

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.

Na tentativa de regulamentar a Lei Federal nº. 14.181, de 2021, o Decreto nº 11.150/2022 constituiu um mínimo existencial incompatível ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que vai de encontro ao que deve ser uma vida digna com direitos sociais respeitados, assim como desprotege todos os consumidores, o que engloba o consumidor idoso, comprovando mais ainda a hiper vulnerabilidade desse. Além do mais, o Decreto, conforme disposto em seu artigo 4º, permite que parcelas de dívidas não devem ser utilizadas quando da verificação do mínimo existencial, nos termos abaixo:

Art. 4º Não serão computados na aferição da preservação e do não comprometimento do mínimo existencial as dívidas e os limites de créditos não afetos ao consumo.

Parágrafo único. Excluem-se ainda da aferição da preservação e do não comprometimento do mínimo existencial:

I - as parcelas das dívidas:

- a) relativas a financiamento e refinanciamento imobiliário;
- b) decorrentes de empréstimos e financiamentos com garantias reais;
- c) decorrentes de contratos de crédito garantidos por meio de fiança ou com aval;
- d) decorrentes de operações de crédito rural;
- e) contratadas para o financiamento da atividade empreendedora ou produtiva, inclusive aquelas subsidiadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BN-

⁶ Disponível em <https://idec.org.br/noticia/valor-do-minimo-existencial-e-afrenta-ao-povo-brasileiro>. Acesso em: 30 jul. 2022.

DES;

f) anteriormente renegociadas na forma do disposto no Capítulo V do Título III da Lei nº 8.078, de 1990;

g) de tributos e despesas condominiais vinculadas a imóveis e móveis de propriedade do consumidor;

h) decorrentes de operação de crédito consignado regido por lei específica; e

i) decorrentes de operações de crédito com antecipação, desconto e cessão, inclusive fiduciária, de saldos financeiros, de créditos e de direitos constituídos ou a constituir, inclusive por meio de endosso ou empenho de títulos ou outros instrumentos representativos;

II - os limites de crédito não utilizados associados a conta de pagamento pós-paga; e

III - os limites disponíveis não utilizados de cheque especial e de linhas de crédito pré-aprovadas.

Desse modo, é evidente que as exceções abarcadas no Decreto Presidencial impossibilitam a efetivação do princípio da dignidade humana e desrespeita os direitos sociais, visto que o consumidor permanece superendividado e desprotegido, sem possibilidade de arcar com sua subsistência e as suas dívidas. Mais ainda o consumidor idoso, o qual é mais vulnerável que os demais, em virtude de sua idade. De acordo com Ferreira (2022), o Decreto 11.150/2022, na verdade, não é uma tentativa de regulamentar o mínimo existencial apresentado pela Lei 14.181/2021, mas sim, um ato negacionista em relação ao dever constitucional de proteção do Estado aos consumidores. Ainda, relaciona o assunto à obra *Os Miseráveis*, comparando *Jean Valjean*, personagem da obra, aos consumidores endividados, uma vez que ficam “aprisionados” a dívidas. Por conseguinte, ao passo que o mínimo existencial é definido em um nível de miserabilidade, tal definição passa a não reconhecer a vulnerabilidade e evidencia o desamparo aos mais necessitados.

A referida obra fora publicada 1862, e conforme Ferreira (2022) mostra-se atual, uma vez que se correlaciona ao Brasil contemporâneo, em específico após a publicação do Decreto 11.150/2022, tendo em vista que apresenta um valor irrisório para ser intitulado como o mínimo existencial, reforçando assim, uma situação de miserabilidade em um país empobrecido.

Cumprido esclarecer que várias instituições emitiram notas públicas acerca da inconstitucionalidade do Decreto, dado que a afronta à Constituição Federal é evidente. Como exemplo dessas instituições tem-se o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASIL-CON), o Instituto Brasileiro de Defesa ao Consumidor (IDEC) em nota conjunta com o Programa de Apoio ao Endividado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADep). Essa última propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, ação de controle concentrado de constitucionalidade trazida pela Constituição Federal de 1988, que tem como finalidade o combate a atos desrespeitosos contra preceitos fundamentais da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse presente artigo se propôs a compreender os fatores que ocasionaram o alto índice do superendividamento dos idosos, em tempos de pandemia de Covid-19 na cidade de Manaus, fato este que fere o princípio do mínimo existencial.

Constatou-se, preliminarmente, que o idoso é mais vulnerável que os demais consumidores, sendo assim, hipervulnerável, visto que muitos não possuem os devidos conhecimentos técnicos e jurídicos para contratar algo. Somado à hipervulnerabilidade dos idosos e observou-se que por conta do desemprego gerado pela pandemia de Covid-19, muitos idosos tiveram que arcar com as despesas de toda sua família. Dessa maneira, os idosos passaram a ser os principais mantenedores de sua família. Assim como os falecimentos ocorridos no seio familiar, e também, as sequelas deixadas pela contaminação da Covid-19, foram decisivos para o agravamento do superendividamento dos idosos.

Ademais, outro fator determinante para o superendividamento dos idosos na Cidade de Manaus, é a falta de educação financeira e a facilidade de oferta de crédito para esses consumidores. Sendo assim, os consumidores idosos põem-se em potencial situação de risco para o superendividamento. De tal modo, foi de extrema relevância recorrer a Lei 14.181/2020 como alternativa para se reverter o superendividamento, uma vez que os acréscimos inseridos para resolver essa problemática, foram cruciais, como por exemplo a proibição de publicidade agressiva de crédito, assim como proibição de desconto indiscriminado de crédito consignado em folha de pagamento, tudo em favor do cuidado ao mínimo existencial.

Contudo, tornou-se importante destacar o Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022, o qual regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o valor fixado como o mínimo existencial, mostra-se incompatível com a manutenção de vida digna do povo brasileiro. Em especial, ao consumidor idoso, que fora demonstrado ser um consumidor hipervulnerável, em virtude de sua idade e a facilidade com que esse pode vir a se endividar.

Portanto, fixar o valor do mínimo existencial em um valor tão irrisório afronta a Constituição Federal, a qual preceitua o princípio da dignidade humana e assegura os direitos sociais, sendo assim, necessário que esse Decreto seja declarado inconstitucional por não se relacionar à realidade do povo brasileiro, em especial ao consumidor idoso da cidade de Manaus, na situação pós-pandemia, uma vez que foi um dos grupos mais afetados, conforme o já explicitado ao longo do artigo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, Georgio. Todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo. 2013. Disponível em: <https://georgiosalexandridis.jusbrasil.com.br/artigos/112128602/todo-consumidor-e-vulneravel-no-mercado-de-consumo>. Acesso em: 30 setembro de 2022.

BARRUCHO, Luís. 'Manaus virou capital mundial da covid-19 e lockdown é única alternativa', diz pesquisador. BBC News Brasil. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55681527>. Acesso em: 1 de outubro de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 30 de maio de 2022.

BRASIL. Lei n. 14.181 de 1º de julho de 2021. Dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em 30 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022. Regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11150.htm. Acesso em 26 de outubro de 2022.

CAMPOS, Christiane Nascimento Campos; MARQUES, Monize; ROSIÈRE, Bianca Cobucci. (Super) endividamento da pessoa idosa. Campanha de Conscientização dos Direitos da Pessoa Idosa – SNDPI. 2021, Brasília. Disponível em: file:///C:/Users/User%20Samsung/Downloads/CARTILHA_SUPERENDIVIDAMENTO.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2022.

CAMPOS, Deise Emanuele Lima de Menezes. As consequências do superendividamento familiar nas relações de consumo. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/as-consequencias-do-superendividamento-familiar-na...> Acesso em: 30 de maio de 2022.

Coronavirus COVID-19 Global Cases by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)». ArcGIS. Johns Hopkins CSSE. Acesso em: 30 de maio de 2022.

FERREIRA, Claudio Pires. A Hipervulnerabilidade do Consumidor Idoso no Direito Brasileiro. 2015. 66 folhas. Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/148258/001001552.pdf?sequence=1#:~:text=A%20hipervulnerabilidade%20do%20consumidor%20idoso%2C%20igualmente%20%C3%A9%20reconhecida%2C,pautadas%20nos%20valores%20e%20princ%3ADpios%20determinados%20pelo%20sistema>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Decreto 11.150/2022 e a miserabilidade no mínimo existencial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-19/garantias-consumo-decreto-111502022-miserabilidade-minimo-existencial#author>. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli. (org.) Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Direitos do Consumidor endividado: Superendividamento e Crédito. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v, p. 256.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. A Lei do Superendividamento e os JECs. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-11/garantias-consumo-lei-superendividamento-jecs>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

SANTOS, Silmara Saraiva Marques, FILHO, Adalberto Simão. O consumidor superendividado no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil. Brazilian Journal of Development, Curitiba, abril de 2022. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/48415/pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Decreto 11.150/22 define mínimo existencial irrisório para superendividados. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-ago-03/garantias-consumo-decreto-define-minimo-existencial-irrisorio-superendividados#_ftn2. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

SIQUINEL, Roberto. Consumidor Superendividado: Tratamento Jurídico na Sociedade de Consumo. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

TONIN, Carla Maria Schroeder, HOFFMANN, Eduardo. A Vulnerabilidade do Consumidor Idoso frente às Instituições Financeiras. ECCI – 13º Encontro Científico Cultural Interinstitucional. 2015. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/ecci/anais/5babc60e1dcc4.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2022.



**A vulnerabilidade social das mulas
do tráfico presas no aeroporto
internacional de Manaus**

**The social vulnerability of drug mules
arrested at Manaus international
airport**

Ricardo Raposo Xavier Leite

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela UEA. Delegado de Polícia Federal

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.145.12

RESUMO

Em sendo reconhecida a problemática das drogas ilícitas no contexto brasileiro atual, procurou-se neste artigo abordar a temática do tráfico de drogas no Aeroporto Internacional de Manaus, com o objetivo de identificar o modo de atuação dos narcotraficantes nesse aeroporto e o perfil social das pessoas cooptadas para realizarem o transporte da droga (mulas). Valendo-se de uma base bibliográfica e documental, foi possível partir de uma contextualização geral do Aeroporto, onde foi observada sua relevância estratégica para a região da Amazônia Ocidental, em especial devido ao isolamento geográfico manauara e a difusão de produtos do Polo Industrial de Manaus, bem como se reconheceu que a proximidade de países produtores de entorpecentes (Peru e Colômbia) faz do Amazonas um corredor na rede do tráfico e insere o Aeroporto de Manaus na rede de distribuição doméstica da droga. Ainda, compreendeu-se o contexto geral do tráfico em ambientes aeroportuários, bem como foi possível identificar que no primeiro semestre de 2022 foram apreendidos mais de trezentos quilogramas de droga no Aeroporto de Manaus, quase que a totalidade sendo maconha. Por fim, constatou-se que o modus operandi predominante do tráfico nesse Aeroporto é o uso de mulas com droga enrolada em seus corpos sob as roupas, tendo sido identificado que o perfil socioeconômico da maioria das mulas é composto por mulheres pardas, jovens, pobres, desempregadas, sem ensino superior e sem histórico criminal. Portanto, concluiu-se este artigo com a identificação de uma situação de vulnerabilidade social do universo das mulas, havendo a predominância de um grupo social marginalizado que se submete à aviltante condição de mula do tráfico, a exigir uma atenção de políticas públicas inclusivas de capacitação profissional para obtenção de renda.

Palavras-chave: tráfico de droga. aeroporto internacional de Manaus. mulas.

ABSTRACT

As the problem of illicit drugs in the current Brazilian context is recognized, this article sought to address the issue of drug trafficking at Manaus International Airport, with the objective of identifying the way drug traffickers operate at this airport and the social profile of the people co-opted to carry out the transport of the drug (mules). Using a bibliographic and documental base, it was possible to start from a general contextualization of the Airport, where its strategic relevance for the Western Amazon region was observed, especially due to the geographic isolation of Manaus and the diffusion of products from the Industrial Pole of Manaus, as well as it was recognized that the proximity of narcotics producing countries (Peru and Colombia) makes Amazonas a corridor in the trafficking network and inserts Manaus Airport in the domestic drug distribution. Also, the general context of trafficking in airports was understood, as well as it was possible to identify that in the first half of 2022 more than three hundred kilograms of drugs were seized at Manaus Airport, almost all of which were marijuana. Finally, it was found that the predominant modus operandi of trafficking in this airport is the use of mules with drugs wrapped around their bodies under their clothes, having been identified that the socioeconomic profile of most mules is composed of brown, young, poor women, unemployed, without higher education and no criminal history. Therefore, this article was concluded with the identification of a situation of social vulnerability of the mules universe, with the predominance of a marginalized social group that submits itself to the demeaning condition of trafficking mule, demanding attention from inclusive public policies of professional training to earning income.

Keywords: drug trafficking. Manaus international airport. mules.

INTRODUÇÃO

O combate ao tráfico de drogas é uma realidade da sociedade moderna, sendo reconhecidos os esforços, em maior ou menor grau, dos Estados em tentar enfrentar o narcotráfico, chegando alguns até mesmo a instituir aquilo que outrora se denominou de *guerra às drogas*, tamanha a dimensão do problema.

Ainda que atualmente haja países que toleram o consumo de alguns tipos de entorpecentes, em especial a maconha, a exemplo do Uruguai e Holanda, fato é que globalmente se tem procurado combater as organizações criminosas que se dedicam ao tráfico ilícito de drogas, sendo exemplo maior disso a *Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 154/1991.

Esse movimento tem um porquê: além de movimentarem cifras bilionárias, de acordo com o Escritório das Nações Unidas para Drogas – UNODOC, tais organizações são por vezes caracterizadas pela extrema violência e por conseguirem desestabilizar o convívio social, sendo exemplos clássicos disso os cartéis colombiano e mexicano.

No Brasil a situação não é diferente, sendo notório que nosso País está imerso numa crise de insegurança pública por causa das organizações criminosas que se dedicam ao tráfico de drogas. Tanto é assim que, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, o Brasil é o País com o maior número absoluto de homicídios do planeta, respondendo por incríveis 20,5% dos homicídios cometidos no mundo, mesmo possuindo apenas 2,7% dos habitantes.

Outro dado revelador da dimensão do problema é que, segundo o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, praticamente um terço da população carcerária do País é relacionada ao tráfico de drogas. A atuação das grandes facções criminosas nas maiores metrópoles brasileiras, como o PCC – *Primeiro Comando da Capital*, que chegou a parar a maior cidade do País em 2006, é uma infeliz representação de como o narcotráfico consegue desestabilizar a paz social, levando insegurança e reduzindo a qualidade de vida da população.

No cenário amazonense também se vê claramente a evolução da atuação das facções criminosas, tanto aquelas cujas origens são locais, como a FDN – *Família do Norte*, como também a chegada de facções vindas de outras regiões, como o CV – *Comando Vermelho*, que chegam inclusive a disputar entre si a hegemonia na cena criminal local, sendo o maior exemplo desse fenômeno o episódio que ficou conhecido como o **Massacre do COMPAJ**, quando presos fizeram rebelião em presídios da cidade de Manaus e produziram cenas de verdadeira barbárie, causando repulsa nacional.

Nesse contexto, dada a magnitude do problema do narcotráfico, certamente o seu enfrentamento é bastante complexo, cabendo a uma série de instituições atuarem nas mais diversas frentes desse combate, que vai desde a prevenção ao uso de entorpecentes nas escolas, a exemplo do *Programa Educacional de Resistência às Drogas* – PROERD capitaneado pelas Secretarias de Segurança Pública nos Estados, até a descapitalização das facções criminosas por organismos de combate à lavagem de dinheiro, como o *Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo* – GAFI, passando pelas ações de destruição de plantios, fechamento de laboratórios e, não menos importante, a apreensão de entorpecentes.

É dentro da atuação relacionada à apreensão de entorpecentes que está inserida a análise do tráfico no ambiente aeroportuário, uma vez que o modal de transporte aéreo, pela sua relevância na sociedade atual, é uma das formas de escoamento da droga, principalmente quando se considera a sua capacidade de interligação de regiões distantes num curto espaço de tempo.

E, dentro desse cenário do tráfico aeroportuário, insere-se a atuação da figura criminosa que se passou a denominar popularmente de *mula*, que é a pessoa arregimentada pelas organizações criminosas para simplesmente fazer o transporte da droga de um local ao outro, sem maiores responsabilidades no contexto do narcotráfico.

E, no cenário amazonense, considerando sua posição geográfica próxima de países amplamente conhecidos como grandes produtores de entorpecente (Colômbia e Peru), certamente é salutar que se questione: *Em havendo tráfico de drogas no Aeroporto Internacional de Manaus, quais suas características e qual o perfil socioeconômico das mulas?*

A relevância dessa questão reside na necessidade de se identificar quem são as pessoas que estão sendo utilizadas pelas organizações criminosas para realizar o transporte de droga no maior aeroporto da Amazônia Ocidental, fins de entender suas características e razões de cooptação para o crime, e, assim, haver possibilidade de melhor enfrentamento.

Nesse contexto, o objetivo geral do presente artigo é identificar o perfil das mulas do tráfico no Aeroporto Internacional de Manaus, sendo objetivos específicos expor o contexto em que está inserido esse Aeroporto, discorrer sobre as características gerais do tráfico em ambiente aeroportuário e levantar o retrato social das pessoas presas por tráfico nesse Aeroporto, tomando por referência temporal o primeiro semestre do ano de 2022.

Para a consecução desses objetivos este artigo será dividido em três seções, quais sejam: *Da contextualização do Aeroporto Internacional de Manaus; Do tráfico de drogas em ambiente aeroportuário; e Do perfil das mulas do tráfico no Aeroporto Internacional de Manaus.*

A primeira seção tem a finalidade de apresentar o Aeroporto Internacional de Manaus, contextualizando sua localização geográfica e sua importância estratégica na Zona Franca de Manaus. A segunda seção abordará as características gerais do tráfico de drogas em ambiente aeroportuário e como se opera o seu enfrentamento. Já a terceira seção terá como foco traçar o perfil social das *mulas* do tráfico nesse Aeroporto, a partir de dados coletados junto à Polícia Federal.

No que toca à metodologia, quanto aos fins será exploratória e explicativa. Já quanto aos meios bibliográfica e documental, valendo-se de dados estatísticos relativos à atuação da Polícia Federal no Aeroporto Internacional de Manaus.

DA CONTEXTUALIZAÇÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE MANAUS

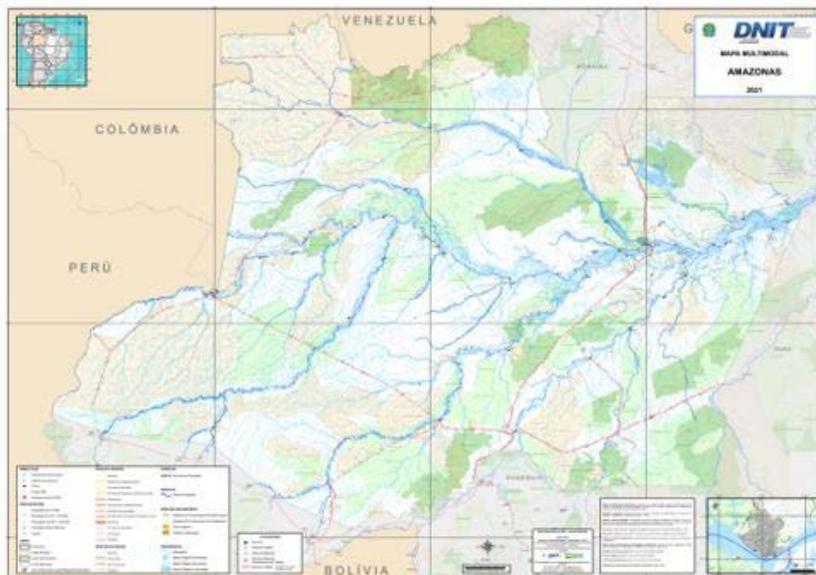
O Aeroporto Internacional de Manaus – Brigadeiro Eduardo Gomes é o maior aeroporto da Amazônia Ocidental¹. Atualmente administrado por uma empresa concessionária francesa (VINCI Airports), foi fundado em 1976 e possui capacidade para 13,5 milhões de passageiros

¹ Informação extraída de dados públicos de movimentação de passageiros e carga disponibilizados pela INFRAERO - <https://transparencia.infraero.gov.br/estatisticas/>. Acesso em 17 set. 2022.

por ano².

Localizado na capital do Estado do Amazonas, possui relevante importância estratégica tanto por ajudar a suprir a demanda logística do Polo Industrial de Manaus, que impulsiona o transporte de carga, como para fazer frente ao isolamento geográfico manauara.

Nesse último ponto, é importante observar dois aspectos cruciais: o primeiro é que Manaus não é servida por uma rede ferroviária; o segundo é que a malha rodoviária é bastante escassa e consegue interligar a capital amazonense apenas com alguns poucos municípios da sua região metropolitana e com o Estado de Roraima, conforme se extrai do mapa multimodal do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT:



Fonte: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT

Da análise do mapa acima pode-se inferir à primeira vista que, a despeito da escassa malha rodoviária, Manaus é bem servida por uma rede hidroviária, com rios navegáveis à disposição. E, de fato, a malha hidroviária é bastante ampla e permite conectar a capital amazonense aos Estados do Acre, Rondônia e Pará, de onde a interligação às demais regiões do País pelas rodovias é plenamente possível.

Todavia, o transporte fluvial, apesar de ter grande capacidade de carga, é um modal reconhecidamente lento, ainda mais em se considerando a característica sinuosa dos rios da Amazônia. Além disso, esse modal enfrenta um problema sério e que vem se destacando nos últimos anos, que é popularmente conhecido como pirataria, fenômeno criminoso onde embarcações são alvos de ataques e roubos na região amazônica. Nesse ponto, interessante o que discorre NASCIMENTO (2018, p. 184)³:

O sentimento de insegurança existente nas águas interiores, particularmente nas vias fluviais da Amazônia Oriental, muitas vezes é provocado pela recorrência de crimes que ocorrem contra pessoas que se encontram navegando ou até mesmo que residem às margens dessas vias navegáveis. Inadvertidamente os criminosos que agem valendo-se de embarcações são chamados de “piratas”, como analogia a ilícitos realizados em alto mar, cuja jurisdição é indefinida, porém ao consideramos que os locais dos crimes são vias de jurisdição de estados brasileiros segundo os quais os rios da Amazônia cortam seus

² Informação disponibilizada publicamente pela Administradora Aeroportuária: <https://airport-manaus.com.br/pt-br#one>. Acesso em: 17 set. 2022.

³ NASCIMENTO, Celio Litwak. *Emprego da Marinha do Brasil na Garantia da Lei e da Ordem nos rios da Amazônia Oriental*. Revista Marítima Brasileira. v. 138. p. 183/193. Rio de Janeiro: Marinha do Brasil, 2018.

territórios, a terminologia “piratas” é inadequada.

Diante dos problemas com os demais modais de transporte, sobreleva a importância singular, na região amazônica, do modal aéreo, caracterizado pela maior agilidade e segurança no transporte de passageiros e mercadorias, apesar do custo mais elevado.

É nesse contexto que somente no ano de 2021 foram movimentados no Aeroporto Internacional de Manaus cerca de dois milhões e duzentos mil de passageiros e cem mil toneladas de carga, com pouco mais de trinta e nove mil pousos e decolagens⁴.

Essa robustez de fluxo no Aeroporto Internacional de Manaus decorre em boa parte da intensa atividade econômica da capital amazonense, impulsionada pelo modelo da Zona Franca de Manaus - ZFM, que pode ser assim conceituada, segundo SERAFICO (2015, p. 198/199)⁵:

Concretamente, a ZFM consiste em um conjunto de incentivos fiscais e extrafiscais geridos por um órgão do governo federal, a Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), com o fim de reduzir os custos de produção de empresas que cumpram com determinados requisitos técnicos. Os principais incentivos fiscais são a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre Importação (II). Quanto aos incentivos extrafiscais, a SUFRAMA oferece área a baixo custo, devidamente urbanizada, servida por telecomunicações, transporte, água tratada e energia. Complementarmente, o governo estadual concede crédito e restituição do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o governo municipal isenta as empresas incentivadas do recolhimento de uma série de tributos.

Ainda em relação à Zona Franca de Manaus, e com vistas a entender a sua relevância na grande movimentação do principal Aeroporto da capital amazonense, importante observar o fluxo de produção adotado nesse modelo, conforme também explica SERAFICO (2015, p. 207):

As principais indústrias do PIM orientam sua produção para os mercados nacional e internacional, dentre os quais se destaca São Paulo. A propósito, é na capital paulista que se concentram os setores de distribuição dos produtos elaborados nas unidades fabris instaladas em Manaus. Esse fato, mais o intenso intercâmbio comercial do PIM com aquele estado do Sudeste leva alguns analistas a considerar a existência de uma “zona franca de São Paulo” (CORRÊA, 2002).

Todavia, se por um lado o Aeroporto Internacional de Manaus assume sua relevância estratégica para suprir as necessidades econômico-sociais da região onde está inserido, por outro há um fator geográfico que lhe traz consequências indesejadas: o Amazonas possui vasta fronteira com a Colômbia e o Peru, dois dos maiores países produtores de droga do mundo, segundo o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime - UNODC⁶.

⁴ Informação extraída de dados públicos de movimentação de passageiros e carga disponibilizados pela INFRAERO - <https://transparencia.infraero.gov.br/estatisticas/>. Acesso em 17 set. 2022.

⁵ SERAFICO, Marcelo. *Formação Socioeconômica da Amazônia*. Belém: NAEA, 2015.

⁶ *World Drug Report 2021* (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8).

Nesse ponto, interessante o mapa de RIBEIRO (2022, p. 55)⁷:



Como se extrai do mapa acima, tendo em vista que os países produtores precisam escoar sua produção, o Amazonas funciona como um dos “corredores” para a distribuição da droga, de onde se constata a importância estratégica do Aeroporto Internacional de Manaus nessa complexa rede do narcotráfico.

Contudo, antes de se enfrentar o caso específico do Aeroporto Internacional de Manaus e de suas *mulas*, é salutar traçar um panorama geral do *modus operandi* do tráfico nos aeroportos, com vistas a entender suas características.

DO TRÁFICO DE DROGAS EM AMBIENTE AEROPORTUÁRIO⁸

Quando lançam mão do tráfico de drogas em voos comerciais os narcotraficantes não realizam remessa de grandes carregamentos de droga de uma só vez, diferente do que fazem em embarcações, caminhões ou mesmo aviões privados de pequeno porte, onde é comum haver o transporte de centenas ou milhares de quilos de droga conjuntamente.

Por meio da utilização da aviação comercial as organizações criminosas procuram distribuir seu entorpecente em remessas menores, de forma difusa, com o objetivo de chegar a variados destinos de forma célere e com menor risco de perda de quantidades relevantes de mercadoria.

A lógica por trás da utilização do ambiente aeroportuário e da aviação comercial é se valer de locais por onde transitam milhares de pessoas diariamente - com elevada movimentação de passageiros, bagagens e cargas -, nos quais a celeridade dos fluxos deve ser sempre observada, pois os horários precisam ser respeitados à risca, de modo que o controle, por vezes, acaba por ser menos rigoroso.

⁷ RIBEIRO, Larissa Agostinho et al. *A logística do narcotráfico na bacia do rio Amazonas: o impacto na securitização da Tríplice Fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru*. Florianópolis: UFSC, 2022.

⁸ Esta seção tomou por base o trabalho desenvolvido pela Policial Federal Márcia Maria Cavalcante Carvalho Maciel em sua obra: *Atuação do Núcleo de Combate ao Tráfico Internacional de Drogas no Aeroporto de Fortaleza/CE*. Cadernos ANP, n. 21, 1ª ed. Brasília: Academia Nacional de Polícia, 2012.

Nesse contexto, há uma aparente contradição que, a princípio, favorece os narcotraficantes, qual seja: por mais que a aviação comercial e o ambiente aeroportuário sejam altamente controlados, havendo diversas instituições ali atuantes que em tese inibiriam o tráfico, a velocidade da aviação exige que todas as etapas de controle sejam céleres e, por vezes, automatizada, de modo que ao final é possível que os traficantes consigam “passar” a mercadoria ilícita sem que ela seja detectada.

Além disso, e não menos importante, no fluxo de movimentação dos passageiros, bagagens e carga pelo ambiente aeroportuário há pontos de controle realizados por atores diferentes, integrantes de diversas empresas privadas e órgãos governamentais, de modo que a cooptação de um deles - mediante suborno, por exemplo - compromete toda a cadeia de vigilância.

Sendo assim, aos órgãos incumbidos do enfrentamento do narcotráfico no ambiente aeroportuário (em regra a Polícia Federal, na forma do art. 144, §1º, incs. II e III da Constituição Federal) cabe a tarefa de conciliar a repressão ao tráfico sem afetar a regular continuidade das operações aeroportuárias.

Noutras palavras, o órgão policial tem que reconhecer os meios empregados pelos narcotraficantes para transportar a droga em determinado aeroporto e, ao mesmo tempo, utilizar os mecanismos de fiscalização mais adequados para frustrar a empreitada criminosa sem inviabilizar a celeridade intrínseca da aviação comercial. E é nesse ponto que se revela crucial entender qual o perfil das *mulas* do tráfico.

A casuística de cada aeroporto será diferente, visto que as organizações criminosas se valem de diversos *modus operandi* para alcançar o objetivo de fazer a remessa da droga ao destino. De todo modo, podem ser destacadas as modalidades a seguir: drogas escamoteadas em carga aérea (sem utilização de *mulas*); drogas ocultas em bagagens despachadas de *mulas*; drogas escondidas em mochilas/bolsas de mão de mulas; drogas enroladas nos corpos de *mulas*; drogas engolidas por mulas; drogas inseridas em bagagens ou compartimentos do avião por funcionários de empresas que atuam no próprio aeroporto (o passageiro é feito de *mula* sem saber); e drogas transportadas por tripulantes de aeronaves (*mulas* “qualificadas”).

Diante da variedade e engenhosidade dos meios utilizados pelos narcotraficantes, a repressão policial também deve se especializar para que ela seja efetiva. Por isso, da mesma forma que a casuística do tráfico varia, o enfrentamento também se vale de técnicas diversas, a saber: inspeção de raio-x de cargas, bagagens despachadas e volumes de mão; inspeção manual de bagagens de mão; revistas pessoais; entrevistas pessoais; monitoramento de comportamentos e perfis suspeitos; inspeção por cão farejador; análise de listas de passageiros; inteligência; e cooperação interagências.

Cada técnica tem a sua importância e a sua aplicabilidade apropriada, a depender do tipo de transporte de droga que se busca encontrar na casuística de determinado aeroporto. De todo modo, é inegável que as ferramentas de inteligência e de cooperação interagências, com a análise de dados e o intercâmbio de informações, são fundamentais para o êxito no enfrentamento ao narcotráfico no ambiente aeroportuário.

Da mesma forma, é crucial entender o perfil das *mulas* utilizadas pelas organizações criminosas em determinado aeroporto, tanto para potencializar o enfrentamento, como para entender as razões do cooptação, fins de adoção de políticas sociais inclusivas pelos órgãos estatais

competentes nessa seara.

Visto isso, parte-se agora para a análise do caso concreto objeto do presente artigo.

DO PERFIL DAS MULAS DO TRÁFICO NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE MANAUS

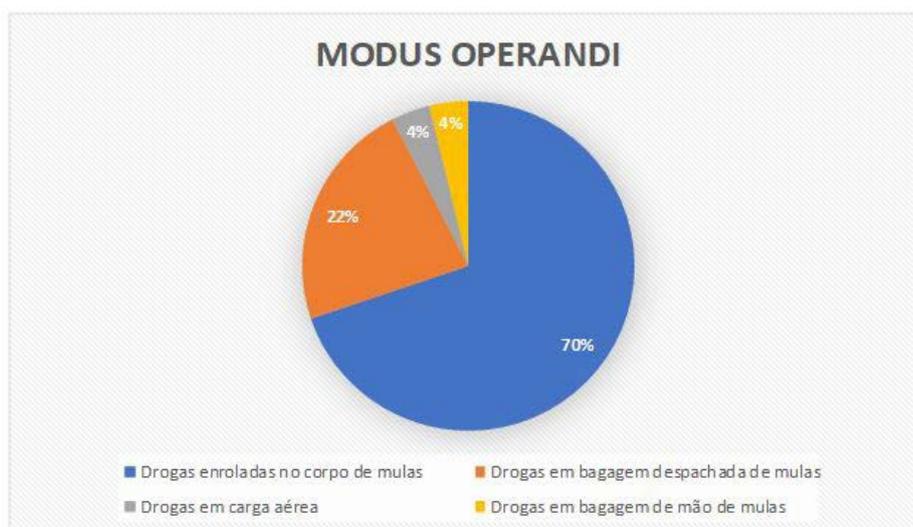
Para o desenvolvimento da presente seção tomou-se por base a análise das ocorrências registradas pelo Núcleo de Polícia Aeroportuária da Polícia Federal no Aeroporto Internacional de Manaus no primeiro semestre do ano de 2022. Esse marco temporal foi utilizado porque nos anos imediatamente anteriores (2020/2021) houve a pandemia do coronavírus (Covid-19), o que afetou sobremaneira o transporte aéreo e poderia não revelar uma realidade atual.

Visto isso, da análise das ocorrências observou-se que o Aeroporto Internacional de Manaus está inserido no contexto do tráfico de drogas da região. Afinal, no primeiro semestre de 2022 foram apreendidos **311,7** quilos de droga no Aeroporto, tendo sido registradas **53** ocorrências de tráfico⁹.

De início, cumpre observar que **100%** das ocorrências foram relativas a voos **domésticos**, não havendo no período analisado qualquer apreensão de droga em voos internacionais ou mesmo envolvendo passageiros estrangeiros. Nesse ponto, vale observar que no período pesquisado só havia 01 voo internacional operando no Aeroporto Internacional de Manaus (para o Panamá), de modo que isso pode ser um fator que influenciou nessa constatação, além de que os voos internacionais exigem passaporte dos passageiros e o controle realizado é sabidamente maior, o que pode ter servido de fator inibitório aos narcotraficantes.

Das drogas apreendidas, vale pontuar desde logo a ampla predominância da maconha (99%) sobre a cocaína (1%) na casuística das apreensões do Aeroporto.

Das **53** ocorrências de tráfico no Aeroporto, observou-se a seguinte distribuição de *modus operandi*¹⁰:



Do gráfico acima nota-se que a utilização de *mulas* é a modalidade preponderante na

⁹ Das 53 ocorrências contabilizadas na pesquisa, em 02 delas não foi possível extrair a quantidade de droga apreendida das informações disponíveis da Polícia Federal, uma vez que houve encaminhamento dos envolvidos à Polícia Civil por se tratar de menores de idade.

¹⁰ Todos os gráficos são de autoria própria, a partir de dados da Polícia Federal.

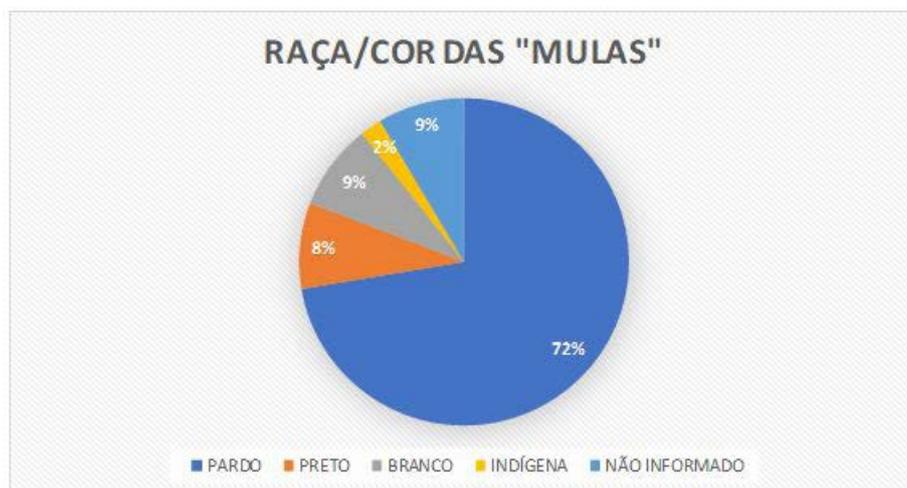
atividade do narcotráfico encontrada no Aeroporto Internacional de Manaus (**96%**), sendo bem mais recorrente que a apreensão de drogas escondidas em cargas aéreas (**4%**).

Nesse ponto, vale observar que não foi identificada no período pesquisado **nenhuma** ocorrência envolvendo: droga engolida; droga colocada na bagagem de passageiro sem sua anuência; ou droga transportada por tripulantes. Isso revela ou uma falta de fiscalização adequada por parte dos órgãos competentes ou uma falta de preferência dos traficantes por essas modalidades, que de fato são mais perigosas, no caso dos engolidos, ou complexas, por envolverem cooptação de funcionários.

Tendo sido identificada a ampla utilização de **mulas** para o transporte de droga no Aeroporto Internacional de Manaus, corrobora-se a importância deste artigo ao se propor a verificar o perfil social dessas pessoas.

Nesse sentido, observou-se no período a prisão ou apreensão de 47 *mulas*¹¹, das quais a maioria absoluta (**81%**) de **mulheres**. Nesse ponto, registre-se que como o *modus operandi* mais utilizado na casuística do Aeroporto é o de enrolar droga no corpo da *mula*, a preferência por mulheres pode ser explicada pela possibilidade de utilização de vestidos e roupas largas, que facilitam o escamoteamento da droga sem chamar a atenção. Além disso, não pode ser descartado o fato de que no Brasil é sabido que os homens cometem mais crimes que as mulheres¹², de modo que os traficantes podem acreditar que a “desconfiança” sobre as mulheres é menor por parte dos agentes de fiscalização.

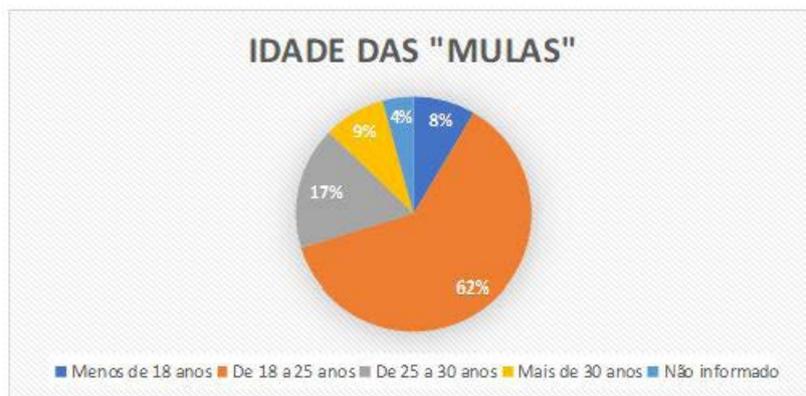
Além de serem em sua maioria mulheres, vale observar que as *mulas* são em sua maior parte (80%) composta por pessoas negras (pardas ou pretas), senão vejamos:



Quanto à questão etária, identificou-se que as *mulas* são na maioria das vezes pessoas jovens, sendo importante destacar que até mesmo pessoas menores de idade são arregimentadas para esse tipo de “serviço”, na forma do gráfico abaixo:

¹¹ Vale registrar que além das 47 *mulas* detidas também foi presa 01 pessoa (mulher) que seria “olheira” do tráfico, mas que não portava drogas consigo, tendo sido flagrada monitorando se a *mula* iria realmente embarcar em um voo.

¹² Segundo o SISDEPEN havia no Brasil em 2021 o total de 666.026 homens presos, e apenas 26.345 mulheres.



No que toca ao aspecto escolar das *mulas*, deve-se observar que a coleta dessa informação se mostrou bastante prejudicada pela ausência desse dado em relação a muitos presos. Todavia, dos dados coletados, observou-se que uma pequena **minoría** acessou o ensino superior (**4%**):



Quanto ao quesito renda, observou-se a ampla preponderância (**92%**) de pessoas **desempregadas, estudantes ou com renda em torno do mínimo**, a revelar uma situação de hipossuficiência indicativa de vulnerabilidade social que podem as tornar mais cooptáveis pelo narcotráfico:



Vale destacar também que a maioria das mulas informou que nunca tinha sido presa anteriormente (**68%**), a indicar uma possível preferência do narcotráfico por pessoas com “nome limpo”, numa provável tentativa de iludir a fiscalização aeroportuária.

O último dado coletado diz respeito à possível condição das mulas como dependentes químicos, sendo que a pesquisa não confirmou tal hipótese, tendo a maioria dos presos (70%)

declarado não ser usuário de entorpecentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo foi possível observar que o tráfico de drogas é modalidade criminosa nefasta para a sociedade e que vem sendo objeto de repressão pelos Estados nacionais. Nesse contexto, o Brasil está inserido numa realidade em que facções criminosas voltadas ao narcotráfico atuam em todas as regiões, inclusive a Amazônica, onde está inserido o Aeroporto Internacional de Manaus.

Identificou-se que esse Aeroporto possui importância estratégica para a cidade de Manaus, uma vez que atua na recepção dos insumos e envio dos produtos do Polo Industrial de Manaus, além de ser um ponto de chegada e saída de pessoas, ante o isolamento geográfico da capital amazonense.

Observou-se ainda que, em razão dos países vizinhos Peru e Colômbia serem grandes produtores de entorpecentes, o Amazonas virou um corredor de escoamento de droga, que chegam a Manaus pelos rios e são daqui distribuídas.

E é como um ponto de distribuição doméstico, principalmente da maconha do tipo skunk, que funciona o Aeroporto Internacional de Manaus, onde no primeiro semestre de 2022 foram apreendidos mais de trezentos quilos de entorpecentes.

Essa quantidade significativa de drogas ilícitas seria levada para diversos Estados da Federação a partir do Aeroporto, principalmente por meio da utilização das chamadas mulas do tráfico, que são pessoas contratadas pelos narcotraficantes para realizar o transporte da droga, sendo que se observou na casuística do Aeroporto que a maior parte dessas mulas utiliza seus próprios corpos para esconder a substância entorpecente sob suas vestes.

Ao fim deste artigo foi possível identificar a clara situação de vulnerabilidade social em que se encontram as mulas do tráfico presas no Aeroporto Internacional de Manaus, uma vez que elas são em sua grande maioria mulheres, pardas, jovens, pobres, desempregadas, sem instrução superior e sem histórico criminal, a revelar um quadro de marginalização social bastante forte que as torna mais suscetíveis à cooptação pelos narcotraficantes.

É por isso que se revela fundamental, além das medidas de repressão policial no âmbito aeroportuário, que sejam também implementadas políticas sociais inclusivas pelos órgãos de assistência social estatais para inclusão dessas mulheres no mercado de trabalho, principalmente por meio da capacitação profissional em larga escala, fins de que não mais precisem se submeter à humilhação de literalmente se enrolarem com droga para auferirem alguma renda.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. Estudos avançados, v. 21, p. 7-29, 2007.

DE FARIA, Edimur Ferreira; REZENDE, Renato Horta. Responsabilidade civil no caso do massacre de presos no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), em 01º de janeiro de 2017. Revista

Jurídica, v. 2, n. 51, p. 456-479, 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. SISDEPEN - <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em 16.10.2022.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. SIGEPOL. <https://sigepol.dpf.gov.br/sigepol/logon/>. Acesso em 12/10/2022.

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA. <https://transparencia.infraero.gov.br/estatisticas/>. Acesso em 17/09/2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2022.

MACIEL, Marcia Maria Cavalcante Carvalho. Atuação do Núcleo de Combate ao Tráfico Internacional de Drogas no Aeroporto de Fortaleza/CE. Cadernos ANP, n. 21, 1ª ed. Brasília: Academia Nacional de Polícia, 2012.

NASCIMENTO, Celio Litwak. Emprego da Marinha do Brasil na Garantia da Lei e da Ordem nos rios da Amazônia Oriental. Revista Marítima Brasileira. v. 138. p. 183/193. Rio de Janeiro: Marinha do Brasil, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. World Drug Report. Sales No. E.21.XI.8, 2021.

RIBEIRO, Larissa Agostinho *et al.* A logística do narcotráfico na bacia do rio Amazonas: o impacto na securitização da Tríplice Fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru. Florianópolis: UFSC, 2022.

SERAFICO, Marcelo. Formação Socioeconômica da Amazônia. Belém: NAEA, 2015.

VINCI AIRPORTS. <https://airport-manaus.com.br/pt-br#one>. Acesso em: 17/09/2022.



Distinção entre usuário e traficante na lei de drogas e a proteção aos direitos da personalidade

Silvio Luis Cordeiro Júnior

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.13

RESUMO

Tem o presente trabalho o objetivo de diferenciar o usuário do traficante, analisando e discutindo os critérios previstos na Lei 11.343/2006. Trata-se, portanto, de estudo de qualitativo, com revisão bibliográfica sobre os doutrinadores da matéria, no intuito de demonstrar a aplicação equivocada dos critérios acima referidos. O capítulo inicial abrangeu o tema de forma geral, deixando claro ao leitor a concepção de drogas, bem como a evolução histórica e legal da política criminal de drogas no Brasil. O capítulo seguinte analisou a norma jurídica nacional, desde as Ordenações Filipinas até a presente Lei de Drogas. Buscou-se, posteriormente, compreender as inovações e objetivos desta Lei, em especial no que tange aos critérios distintivos previstos entre o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes. As razões finais da pesquisa deram ênfase, em específico, à questão de que os critérios distintivos previstos no § 2º do art. 28 da Lei de Drogas não são aplicados pelos magistrados, ou, se aplicados, ocorrem de forma inadequada, em grave transgressão aos direitos personalíssimos.

Palavras-chave: lei de drogas. direitos da personalidade. direitos humanos. proteção integral da pessoa.

ABSTRACT

The present work has the objective of differentiating the user from the dealer, analyzing and discussing the criteria provided for in Law 11.343/2006. It is, therefore, a qualitative study, with a bibliographic review on the indoctrinators of the matter, in order to demonstrate the mistaken application of the aforementioned criteria. The initial chapter covered the topic in general, making the concept of drugs clear to the reader, as well as the historical and legal evolution of criminal drug policy in Brazil. The following chapter analyzed the national legal norm, from the Philippine Ordinances to the present Drug Law. Subsequently, we sought to understand the innovations and objectives of this Law, especially with regard to the distinctive criteria provided for between the use and trafficking of narcotic substances. The final reasons of the research gave emphasis, in particular, to the question that the distinctive criteria provided for in § 2 of art. 28 of the Drug Law are not applied by magistrates, or, if applied, they occur inappropriately, in serious transgression of very personal rights.

Keywords: drug law. personality rights. human rights. full protection of the person.

INTRODUÇÃO

A Lei de Drogas, nº 11.343/06, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, aderindo a dois modelos distintos. De um lado reiterou a prevenção do uso de drogas, bem como a reinserção social de usuários e dependentes. Por outro lado, enfatizou a repressão à produção e ao tráfico ilegal de drogas.

O texto normativo elegeu como princípios norteadores a liberdade do indivíduo e a autonomia da vontade, sendo direitos fundamentais da pessoa humana, representando, desta forma, um considerável avanço. Sobretudo, estes princípios foram dirigidos especialmente aos usuários, incidindo apenas sobre eles a promoção dos valores de cidadania.

No tangente a produção e venda de drogas, a Lei explicitamente alega que deve imperar o modelo repressivo, no intuito de assegurar a garantia da estabilidade e bem-estar social.

É de suma importância ressaltar que, na diferenciação se o dolo é de uso ou de tráfico, o critério que se utiliza permite todo tipo de arbitrariedade. Desta forma, promove-se a construção social e legal do estereótipo criminal, visto que o juiz, além de atender-se à quantidade da droga, analisará as circunstâncias sociais e pessoais do agente e, ainda, aos seus antecedentes criminais. É possível afirmar, portanto, que determinados indivíduos estarão mais propensos a serem indiciados pelo crime de tráfico, devido a sua condição social, inseridos nas camadas mais baixas da população.

Neste cenário conturbado, a presente monografia se propõe a questionar em que medida a aplicação dos critérios diferenciadores entre usuário e traficante, previstos na Lei 11.343/06, tem promovido divergências jurídicas que causam consequências catastróficas para os agentes.

A metodologia utilizada é de cunho histórico e exploratório, com fundamentação teórica pautada em livros, artigos científicos e, ainda, pesquisa qualitativa, com exame de dois casos concretos, no intuito de analisar as sentenças condenatórias prolatadas com base na Lei 11.343/06.

Para efeito de contextualização, no capítulo inicial é realizado o resgate histórico da política criminal de drogas no Brasil e no mundo, bem como é feita uma abordagem social e criminológica sobre as substâncias entorpecentes.

O capítulo seguinte aborda uma análise dos diversos textos legais que versaram sobre a matéria em questão, desde as Ordenações Filipinas, percorrendo pelas Constituições Brasileiras e Leis Especiais que regeram o tema, chegando, por fim, à Lei 11.343/06, a Nova Lei de Drogas.

Na sequência, o próximo capítulo discutirá os objetivos da Nova Lei de Drogas, juntamente com as modificações apresentadas no que tange às condutas de usuário e traficante de substâncias entorpecentes.

POLÍTICA DE DROGAS: CONTEXTO HISTÓRICO

Antes de adentrar no tema do presente estudo, é necessário trazer à tona como a sociedade, historicamente, concebeu as drogas.

Durante a Idade Média, os povos utilizavam as drogas com finalidades religiosas ou ritualísticas, em práticas medicinais, atividades bélicas e, ainda, atividades produtivas (Karam, 1996). Na civilização inca, exemplificando, o ato de consumir folhas de coca era um privilégio restrito aos nobres, de forma que o uso pelos servos e soldados era condicionado à autorização real.

Com a Revolução Industrial e expansão europeia, as substâncias entorpecentes (psicoativas) passaram a ser produtos comerciais, abandonando os elementos religiosos e espirituais. É válido citar como marco deste processo de transição, as Guerras do Ópio, entre 1839 e 1841, momento em que os ingleses garantiram o monopólio internacional.

A partir do século XIX, com o crescente consumo de drogas, foram notados sérios im-

pactos sociais, sendo os principais a overdose e graves complicações de saúde nos usuários. Devido a este fato, fez-se necessária a elaboração de políticas públicas no intuito de minimizar, ou até mesmo solucionar, os prejuízos decorrentes do consumo massificado de substâncias entorpecentes.

O termo “droga” vem da palavra *droog*, que em holandês significa folha seca. A Organização Mundial da Saúde – OMS, define droga como “qualquer entidade química ou mistura de entidades, que alteram a função biológica e possivelmente a sua estrutura” (CEBRID, 2015).

Luiz Flávio Gomes (2014), por sua vez, elabora outra concepção para droga, sendo tida como qualquer substância capaz de modificar a função de organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento.

Segundo o dicionário Aurélio, droga é definida por “qualquer produto alucinógeno que leve à dependência química e, extensivamente, qualquer substância ou produto tóxico de uso excessivo”.

De acordo com a OMS, as drogas psicoativas são aquelas que alteram o comportamento, o humor e a cognição. Desta forma, tais drogas agem especialmente nos neurônios, afetando o SNC – Sistema Nervoso Central, ou seja, a “mente” humana. Ainda neste sentido, a OMS afirma que as drogas possuem grande propriedade reforçadora, sendo passíveis de autoadministração, causando dependência.

Numa análise etimológica do termo psicotrópico, tem-se que *psique* significa “mente” e, *tropismo*, por sua vez, é a ação de aproximar.

Um ponto relevante a ser debatido no presente estudo é a discussão acerca da conceitualização de drogas lícitas e ilícitas, visto que ambas contêm substâncias capazes de induzir à dependência. É necessário registrar que há uma aceitação social e cultural das drogas lícitas, como álcool e tabaco, que sempre ocupam os primeiros lugares nas pesquisas referentes ao consumo, seja entre jovens ou entre adultos.

Após as considerações iniciais, é importante debater a relação estabelecida entre as drogas e a sociedade, nas várias fases em que esta foi se constituindo.

É inegável o fato de que nas mais diversas sociedades, durante sua constituição, houve o consumo de drogas. Desta forma, as mudanças ocorridas podem ser observadas na finalidade e na utilização das drogas, visto que no início eram utilizadas para fins medicinais, religiosos, afrodisíacos, dentre outros. Todavia, atualmente a perspectiva acerca das drogas mudou radicalmente, sendo o foco desviado para o intuito lucrativo, ou seja, o tráfico ilegal de drogas tornou-se uma atividade comercial altamente lucrativa.

A partir deste momento, os governos perceberam a necessidade de intervirem para controlar, bem como regular, a produção, o tráfico e o uso de substâncias psicoativas.

Neste sentido, Rosa Del Olmo (2002, p. 65) afirma que

Hoje em dia se fala das drogas como um problema e se assinala que a cada dia aumenta sua produção e consumo, mas não se preocupa verificar o porquê, nem se aceita que ao longo da história as drogas nem sempre foram um ‘problema’. Converteram-se em ‘problema’ quando deixaram de ter exclusivamente valor de uso para adquirir valor de troca e converterem-se, assim, em mercadorias sujeitas às leis da oferta e da procura.

Essa visão comercial despertou o interesse da Organização das Nações Unidas de analisar a questão das drogas mediante uma compilação de documentos. Neste sentido, os objetivos internacionais da Estratégia Nacional de Controle de Drogas da Casa Branca mudam seu foco, como é possível constatar na Estratégia de Controle de Drogas de 1994.

No entendimento da ONU, de acordo com os termos da Convenção sobre Criminalidade Organizada Transnacional, revelada por Rosa del Olmo (2002, p. 72):

Na última década, os grupos de criminalidade organizada expandiram mundialmente seu alcance e suas atividades e atualmente são uma ameaça global, representando um perigo específico à comunidade internacional, empregando estratégias sofisticadas e diversos *modus operandi* para levar a cabo suas atividades nos mercados lícitos e ilícitos. Em consequência, são capazes de infiltrar-se nos sistemas financeiros, econômicos e políticos de países do mundo todo.

A partir da Lei 11.343/06, entra em cena a política de drogas, através da qual o Estado brasileiro cria programas a fim de reduzir os danos, visando à saúde pública e os direitos humanos elencados no artigo 3º da Lei de Drogas, ou seja, prevenir o uso indevido de drogas e reinserir o usuário/dependente de tais substâncias no meio social. Isso devido ao fato de que a Nova Lei de Drogas despenalizou a conduta do usuário, apesar de mantê-la criminalizada.

É fundamental salientar que o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas prioriza, dentre seus objetivos e princípios elencados nos artigos 4º e 5º, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade, bem como a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas.

Ademais, objetiva promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e de repressão à produção não autorizada, unindo as políticas públicas setoriais da União, Estados e Municípios.

A atual política de drogas brasileira, bem como todo seu percurso histórico-político, teve inspiração no modelo norte-americano de “guerra às drogas”. Essa política era autoritária, ou seja, pautada numa atuação repressiva, sendo regida através de Conselhos de Entorpecentes em nível federal, estadual e municipal, entre 1980 e 1998, com a finalidade de propor políticas públicas sobre a matéria e zelar por sua aplicação.

Uma medida provisória de 1998 extinguiu os conselhos e criou a SENAD- Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, juntamente com suas secretarias estaduais e municipais. A SENAD continuou com a mesma política de combate ao tráfico, produção e uso de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica, de acordo com a Lei 6.368/76. Nesta época, observou-se um aumento expressivo no tráfico de drogas, enquanto o usuário continuou sem a devida assistência, ficando em segundo plano.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2014, p. 53), a política proibicionista está desvinculada de reais preocupações com a saúde pública, fazendo da pessoa humana um mero subsistema funcional do Sistema existente e de sua reprodução. Ainda segundo o doutrinador, aceitar as evidências de que a maioria das pessoas não deixarão de consumir tais substâncias e que a atitude mais racional e eficaz para minimizar as consequências do consumo de drogas está no desenvolvimento de políticas de saúde pública, possibilitando ao indivíduo consumir tais substâncias em condições que ocasionem o mínimo possível de danos ao indivíduo e à sociedade.

A PNAD – Política Nacional sobre Drogas, atualizada e aprovada por resolução em 2005, se afirma com a finalidade de estabelecer uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas, sendo que os seus pressupostos estão ligados ao incentivo, à orientação e ao aperfeiçoamento da legislação para a garantia da implementação de fiscalização de ações decorrentes dessa política.

A partir desse contexto surgiu a Nova Lei de Drogas, com uma política adotada em face dos usuários com caráter preventivo, de redução de danos e de assistência e reinserção social, afastando-se, ligeiramente, da política repressiva. Em relação ao traficante, a lei atual foi mais severa, além de diferenciar quem cede eventual e gratuitamente uma porção de droga a outra pessoa e aquele que vende a droga. Na lei anterior, mesmo quem cedesse gratuitamente pequena quantidade de droga a um amigo, no intuito de consumirem juntos, estaria sujeito à pena prevista para o tráfico.

A PNAD está fundamentada no princípio da responsabilidade compartilhada, concentrando esforços dos mais diversos segmentos sociais e governamentais em prol da efetividade de ações, no sentido de obter redução da oferta e o consumo de drogas, do custo social a elas relacionado e das consequências adversas do uso e do tráfico de drogas.

Abordagem sócio criminológica sobre as drogas

No presente trabalho, a abordagem sobre a política criminal de drogas, no tangente à Nova Lei, não se pauta apenas em regras penais, mas enfrenta, mesmo que resumido, um debate sobre o tema com análise criminológica e sociológica. Nesta linha, o estudo da política criminal que se pauta na relação adotada pelo senso comum que analisa as drogas a partir da criminologia etiológica.

A criminologia etiológica tradicional tratou de identificar as causas do comportamento delitivo sem a inserção desse comportamento no curso vital do indivíduo, ou seja, o delito é considerado de maneira estática, fazendo uma abstração da mudança que experimenta todo ser humano com o passar dos anos e o que isto implica.

Todavia, essa fase não obteve êxito, visto que não conseguiu reduzir a criminalidade e a violência. A partir deste momento, surge um novo modelo criminológico, o *labeling approach*, que traça novos rumos para o que se constitui a criminologia crítica e o controle social, ou seja, o Sistema penal e o fenômeno do controle, pois estes criam a criminalidade através dos agentes do controle social formal que estão a serviço de uma sociedade desigual.

A teoria do *labeling approach* é uma corrente de pensamentos que serviu como transição do paradigma etiológico-determinista, para nova orientação de cunho crítico. Ressalta-se, nessa perspectiva, que o paradigma da reação social deslocou a atenção da ciência criminal da pessoa do criminoso e das causas do crime, para questionar quem é definido criminoso, porque tal definição e que efeitos surgem da atribuição da condição desviante. Em razão disso, concentrou-se um estudo dos processos sociais que descambam na criminalização de condutas e no poder de defini-las.

Conforme leciona Alessandro Baratta (2002, p. 86), esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do Sistema penal, que define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das

instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam) e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.

Neste sentido, o sujeito, não obstante realize a conduta proibida, não recebe do meio social o tratamento de delinquente. Portanto, o *labeling approach* preocupa-se principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, considerando sua função constitutiva em face da criminalidade.

Mediante o fracasso da penalização como meio para se obter a pacificação social, no intuito de inibir práticas delituosas bem como a ressocialização do indivíduo criminoso, houve o surgimento de novas ideias entre os doutrinadores do Direito, inspiradas no abolicionismo e minimalismo.

A doutrina abolicionista, por sua vez, afirma o emprego do individualismo e humanismo na resolução dos conflitos penais. Desta forma, a solução do caso concreto deve ser focada nas experiências passadas pelo indivíduo. Aplicando-se o princípio da igualdade, objetiva-se alcançar a diferenciação equilibrada entre os indivíduos, chegando, ao final, no verdadeiro humanismo.

Neste prisma, a concepção abolicionista de Salo de Carvalho afirma que o sistema penal se caracteriza como um problema por si só, visto que se trata de um sistema inútil e incapaz de resolver os conflitos para os quais se propõe solucionar. Entende-se, portanto, que há uma completa ineficácia na resolução dos conflitos existentes na convivência civil.

O Direito Penal Mínimo, ou minimalismo penal, é uma corrente originária das propostas elaboradas, principalmente, por Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, sendo que Eugenio Raul Zaffaroni também é grande propulsor deste movimento. Esta teoria afirma que o Direito Penal deve ser utilizado como *última ratio* do Estado, quando não há possibilidade de aplicação de outros institutos do Direito.

Uma política criminal moderna se orienta no sentido da desjudicialização e descriminalização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas antissociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais.

Conforme lecionam Zaffaroni e Pierangelli (2007, p. 101)

As tendências atuais do Direito Penal nos países centrais são no sentido de não se associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viola normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada salvo prevendo para estas hipóteses uma forma de sanção particularmente preventiva ou particularmente reparadora, que se distingue da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas.

A atuação estatal restringe-se, portanto, às condutas que causem à sociedade dano de que ela se ressinta intensamente.

Outro aspecto sócio criminológica a ser abordado, de suma importância, é o que se denomina de seletividade. Em tese, a lei penal é dirigida a todos os cidadãos, sendo indiferente sua classe social, todavia, é a reação social que seleciona quais pessoas serão taxadas como delin-

quentes. Portanto, o delito é, também, uma criação social, onde as pessoas incumbidas dessa tarefa é que determinarão quais condutas deverão ser rotuladas como delitivas.

Ainda neste sentido, Zaffaroni (2007, p. 69) afirma que

Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente 'vulneráveis' ao sistema penal, que costuma orientar-se por 'estereótipos' que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidarize ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado.

Desta forma, é possível afirmar que a seleção que deveria se ater a aspectos gerais e abstratos, simula eleger condutas para na realidade criminalizar pessoas específicas, tornando-se seletivo a deveras discriminatório. Tal seletividade pode ser analisada de duas formas, mentalizando campos diversos do sistema penal, no momento em que se define as condutas passíveis de punição e as respectivas penas atribuídas; e, ainda, no instante em que se seleciona quais indivíduos serão efetivamente punidos pela execução de condutas legalmente proibidas.

Nesta visão, a seletividade está claramente evidenciada na avaliação da conduta delitiva como tráfico de drogas ou uso de tóxicos, na medida em que os agentes aplicadores da lei irremediavelmente valer-se-ão de conceitos preconcebidos no momento de determinar se um cidadão específico é usuário ou traficante.

AS DROGAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Evolução normativa

Retrocedendo historicamente na política criminal brasileira de combate às drogas, até o fim do século XIX, não havia preocupação direta do Estado, e sequer discussão versando sobre o controle do uso de substâncias alucinógenas. Conforme leciona a doutrina, este período é denominado de fase da anomia.

Ressalta-se neste ponto, a utilização de conteúdos jurídicos das Ordenações Filipinas, enquanto conjunto assistemático de normas de caráter eminentemente aleatório, como a pioneira forma de incriminação do uso, porte e comercialização de determinadas substâncias tóxicas no país.

Apenas em 1851 surgiu no Brasil um regramento de origem própria, tratando relativamente de algumas substâncias psicoativas. Tratava-se do Regulamento nº 828, que disciplinava a polícia sanitária e a venda de substâncias medicinais e outros medicamentos.

Não houve abordagem da matéria de drogas no Código Criminal do Império, de 1830. Na sequência temporal, os Códigos Penais de 1890 e 1940, além de alguns decretos e inúmeras Leis Especiais, trataram da "onda de toxicomania" que invadia o país.

Todos estes ordenamentos jurídicos foram se aprimorando, numa tentativa de abarcar estratégias efetivas de combate às drogas. Por fim, é notório a evolução no que tange à esta matéria, culminando na atual legislação objeto deste estudo, a Lei 11.343/2006.

É mister relembrar o contexto de sua discussão no âmbito das Constituições brasileiras,

para melhor entendimento da matéria.

Posição constitucional

As Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 não versaram sobre o tema das drogas, sendo que somente com o advento da Constituição de 1967 é que a Lei Maior brasileira cuidou do tema, adotando, desde já, um modelo repressivo de combate ao tráfico de entorpecentes. A referida Lei de 1967, dispunha, em seu Capítulo II, que competia à polícia federal prover a repressão ao tráfico de drogas.

Em 1969, a Constituição de 1967 foi emendada, sofrendo diversas modificações em seu texto. Tais mudanças atingiram, também, o dispositivo constitucional que versava sobre entorpecentes, acrescentando ao texto a necessidade da prevenção, ampliando a norma para alcançar as drogas afins. Diante disso, o dispositivo passou a dispor que a polícia federal devia prevenir e reprimir o tráfico de drogas.

Em 1988, com o fim da Ditadura Militar, foi promulgada a atual Constituição Federal, mantendo sua figura paternalista, abrangendo diversas matérias e, inclusive, tratando das substâncias psicoativas.

A Lei Maior, em seu artigo 5º, dispendo sobre direitos e deveres individuais e coletivos, fez questão de afirmar que o crime de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de graça. Este dispositivo não foi observado nas Constituições anteriores.

Greco Filho (2009) leciona que o art. 5º da Constituição de 1988 fez referência ao tráfico quando dispôs que o brasileiro naturalizado poderá ser extradite, desde que seja comprovada sua participação em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, independentemente se o crime foi cometido antes ou depois da naturalização (art. 5º, inciso LI). O estrangeiro pode ser extraditado, via de regra, exceto quando se tratar de crimes políticos ou de opinião.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar das atribuições destinadas à polícia federal, disciplinou em seu art. 144, que a polícia federal destina-se a, também, prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Quando tratou dos direitos e deveres de proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso, a Constituição também versou sobre a necessidade de se elaborar programas de combate às drogas e acolhimento de dependentes, individualizando as crianças e adolescentes, em seu art. 227, § 3º, VII.

Ainda, o legislador constitucional impôs a regra de expropriação das glebas destinadas ao cultivo de plantações ilícitas e a destinação dos bens oriundos da traficância censurável pelo sistema penal. De acordo com Greco Filho (2009), o artigo 243 e parágrafo único da Constituição, dispõe que as glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, assim como os bens decorrentes do tráfico ilícito serão apreendidos, confiscados e utilizados em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados, bem como no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

A legislação especial de drogas

A legislação pioneira a versar sobre drogas foi a Lei nº 5.726/71, de 29 de outubro de 1971, regulamentada pelo Decreto nº 69.845/71. Esta Lei discorreu sobre formas de prevenção e repressão ao tráfico de entorpecentes e substâncias psicoativas, dando nova redação ao artigo 281 do Código Penal Brasileiro, bem como alterando o rito processual para os delitos previstos neste artigo. Desta forma, naquele momento histórico representou a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos.

Em suma, o objetivo da Lei nº 5.726/71 era afirmar a importância da educação e conscientização geral na luta contra os tóxicos, sendo o único instrumento realmente válido na obtenção de resultados no combate ao vício. Ademais, em sua época, representou a iniciativa mais completa e válida que dispunha sobre essa questão, conforme leciona Greco Filho (2009). É mister evidenciar que, nesta Lei, o dependente químico deixou de ser considerado um criminoso, todavia ainda não diferenciava o usuário eventual do dependente.

A referida legislação ainda mantinha o discurso medico-jurídico vigente à época e seu visível efeito de delimitar o usuário habitual como dependente – estereótipo da dependência – e traficante como delinquente – estereótipo criminoso. Além desta falsa ideia de realidade, segmentando a sociedade entre “bons” e “maus” indivíduos, o diploma legal em questão representou um avanço real em relação ao Decreto anterior e iniciou o processo de substituição do modelo repressivo, de acordo com Salo de Carvalho (2010).

Desta forma, conforme exposto, tal Lei não obteve êxito em atingir completamente seu objetivo, principalmente pelo fato de que, naquela época, não havia a uniformização das leis antidrogas no Brasil. De fato, o que se constata é a predominância do discurso médico sobre o jurídico, sendo inevitável e necessário incrementar a repressão e criar uma nova estratégia político-criminal. Essa realidade político-jurídica impôs a elaboração de nova ordem de caráter especial que disciplinasse a matéria, dando origem a Lei nº 6.368/76.

Esta Lei foi inspirada na Convenção Única Sobre Entorpecentes de 1961, além das pesquisas realizadas e publicadas pelo ASEP – Acordo Sul Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos, firmado em 1973, após visita do Grupo de Estudos do Congresso Norte-Americano à América Latina.

Salo de Carvalho ressaltou a incompatibilidade que marcava as proposições norte-americanas, por razões que se pautavam não apenas quanto ao tipo de droga que liderava a preferência dos consumidores latino-americanos quanto pelas pautas preventivas e repressivas das propostas. Desta forma, o doutrinador afirma que (2010, p.23) a proposta norte-americana era incompatível com o padrão e o perfil do consumidor latino-americano, tendo em vista o tipo da droga consumida, tornando-se ineficaz tal proposta no âmbito da América Latina.

Por consequência, a Lei nº 6.368/76 instaurou, no fim dos anos 70, um novo tipo de controle que seguia, novamente, as tratativas internacionais, ou seja, as estruturas exógenas comandavam a agenda do controle de drogas no país. No tocante a essa insuficiência de construir perspectivas próprias para lidar com as questões territoriais, Rosa Del Olmo (2002, p.70) afirma a necessidade de “romper com tais estruturas, abandonar a intenção de adotar ideologias dos países hegemônicos e começar a construir paradigmas a partir de nosso contexto sociopolítico”.

A lacuna do discurso médico-jurídico, no que se refere à repressão, deu lugar ao sistema predominantemente jurídico, baseado numa legislação severa que, ao mesmo tempo que mantinha resquícios do antigo sistema (discurso médico-jurídico), elaborava e legitimava um novo discurso, enfatizando o jurídico-político.

No tocante às alterações promovidas pela nova Lei, foram de pouca relevância, permanecendo quase inalteradas as composições típicas da Lei nº 5.726/71. Todavia, ressalta-se o crime de tráfico de drogas, que agregou três novos verbos – remeter, adquirir e prescrever - além de aumentar a pena, que passou a ser de reclusão, de três a quinze anos, além de multa. Houve ainda uma preocupação com as condutas equiparadas ao tráfico de drogas, sendo a elas atribuídas as mesmas penas.

Ainda, o novo texto legal disciplinou a questão referente à posse de maquinário para fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como a conduta relativa à associação de pessoas para cometimento de crimes relacionados ao tráfico.

Após 26 anos de vigência da Lei, não surpreendeu a nova leitura que a doutrina, jurisprudência e, principalmente, a sociedade fizeram sobre o uso de entorpecentes, promovendo alterações a partir da visão desses atores sobre a matéria. Neste momento, era necessário migrar de uma visão proibicionista para uma nova política abolicionista, intensificada pela falência da pena privativa de liberdade.

Seguindo esta linha, o Poder Legislativo buscou aplicar na ordem legal os impactos causados pelas discussões promovidas no meio social, confrontando a falência da pena exagerada e, em alguns momentos, colhendo posicionamentos do pensamento médico-científico. Neste sentido, Mendonça e Carvalho (2012, p.15) debatem que o legislador conciliou a opinião popular com a opinião médico-científica.

Neste contexto surgiu a Lei nº 10.409/2002, que visava sincronizar o legislador com as novas tendências mundiais de combate às drogas, mitigando o tratamento anteriormente dispensado ao usuário e ao dependente de psicoativos, no intuito de criar uma separação nítida entre suas condutas, o que já vinha sendo construída ao longo da vigência da Lei nº 6.368/76.

A nova Lei buscava harmonizar-se com as legislações mais avançadas em todo o mundo, a exemplo de Portugal, que conseguia distinguir nitidamente o traficante ou terceiro que se beneficiava do tráfico de drogas, além de separar o usuário do dependente, aquele que é vítima do consumo de drogas que, por este motivo, não pode mais ser tratado de forma igual pelo sistema criminal.

Segundo Sérgio Habib (2002), a nova lei buscou despenalizar e desprisionalizar o uso e o consumo de drogas, desde que o portador ou o usuário fosse encontrado com pequena quantidade de substância tóxica, o que, afinal, não vingou em face do veto total a esse capítulo pelo Presidente da República.

É importante salientar que as intenções positivas do legislador, por si só, não foram suficientes para que a Lei surtisse o efeito esperado, já que, em expressiva parte, foi vetada pelo Presidente da República.

Segundo Greco Filho (2009), a Lei nº 10.409/2002 tinha a pretensão, enquanto projeto,

de substituir a Lei nº 6.368/1976 integralmente. Todavia, este objetivo não poderia ser alcançando em razão da ausência de definição dos crimes, lapso que patrocinou a veto, pelo Poder Executivo, de todo o Capítulo III – Dos Crimes e das Penas.

Desta forma, o diploma legal em exame alterou a Lei de Drogas precedente apenas nos dispositivos de caráter processual. Não houve qualquer alteração quanto a crimes e penas, tampouco na exigência de se formalizar o procedimento perante a autoridade policial, via inquérito policial, já que o Capítulo III – Dos Crimes e das Penas, da Lei 10.409/02 foi totalmente vetado, devido a vício de inconstitucionalidade.

O projeto, de forma lamentável, deixou de fixar normas precisas quanto a limites e condições das penas aplicáveis. Diversamente do que ocorre nos casos de conversão de penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos e vice-versa, o projeto não contém limites temporais expressos que atendam aos princípios constitucionais.

Importante ressaltar que os vetos presidenciais, porque não sofreu obstrução apenas o Capítulo III, resultou na vigência bastante desfigurada da Lei 10.409/2002. Essa desqualificação legal foi abordada por Mendonça e Carvalho (2009, p.16), para quem o ordenamento passou a ser composto de leis esparsas no tempo e na intenção, passando a valer, de forma conjunta, as Leis 6.368/76 e 10.409/2009.

Entretanto, esta vigência paralela de leis, causou inúmeras discussões no campo doutrinário e jurisprudencial, gerando uma grande insegurança jurídica. Por consequência, buscando ser a solução para todas as lides existentes até o momento, despontou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, denominada de “Nova Lei de Drogas”, entrando em vigor no dia 8 de outubro de 2006, e instituindo sensíveis mudanças na normatização pátria acerca das drogas.

A entrada em vigor da Lei 11.343/06 trouxe, como uma de suas novidades, causa de redução de pena para autores de tráfico ou delitos a ele equiparados, previstos no artigo 33, aplicável se o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Ainda, indicou medidas para prevenir a utilização indevida, cuidados especiais e recuperação social de usuários e dependentes de substâncias tóxicas, bem como normas para repreensão da produção não autorizada e o tráfico ilícito de entorpecentes.

De certa forma, é possível afirmar que o novo regramento conseguiu atingir o objeto esperado desde a elaboração da Lei 10.409/2002. O que se pretende afirmar é que a Lei 11.343/2006 alinhou-se às novas tendências mundiais de combate a psicoativos, sobretudo, diferenciando o tratamento dado ao usuário e ao dependente de substâncias alucinógenas, no intuito de criar uma nítida barreira impenetrável entre as suas condutas.

Cabe afirmar, neste momento, que a preocupação maior da nova Lei com o dependente químico não é mais reprimir sua conduta de portar substância entorpecente para consume próprio, e sim dar-lhe atenção e reintegração social. Assim, estabelece o texto normativo que a conduta do usuário é passível de reinserção social, enquanto a conduta de produção e tráfico deve receber repressão.

As pontuações apresentadas até aqui, neste estudo, traçaram um breve histórico das questões pertinentes à evolução do processo criminalizador dos usuários, portadores, traficantes

tes, dentre outros, de substâncias entorpecentes. Apesar dos aspectos positivos elencados pela doutrina ao tratar da matéria, é notória a lacuna existente na conduta do usuário, suscitando importantes questionamentos no momento de se identificar e classificar determinado indivíduo como usuário ou traficante.

Seguindo esta linha de pensamento, a questão principal levantada neste estudo se centraliza na pergunta sobre quais critérios devem ser utilizados para marcar as diferenças entre os dois personagens mais importantes ao tema, quais sejam, o usuário e o traficante. Afinal, de que forma podemos diferenciar tais condutas, no momento de aplicação da Lei de Drogas?

A NOVA LEI DE DROGAS – USUÁRIO E TRAFICANTE: O QUE HOUE?

Conhecendo a proposta de inovação

As primeiras notícias divulgadas à época nos meios de comunicação do Brasil foram favoráveis à Nova Lei de Drogas, tendo sido enfatizado que “com a nova lei de drogas, o usuário não poderia mais ser preso”. Apesar dessa aprovação social, foram penosos e longos os caminhos pelos quais passaram os projetos de leis de drogas que tramitaram no Congresso Nacional até que se chegasse à nova Lei, até então em vigor.

De início, o Poder Executivo, após realização dos vetos, enviou um novo projeto de lei ao Congresso (nº 6.108/02), que tramitou por dois anos na Câmara dos Deputados, e foi apensado ao PL nº 7.134/02, originário do Senado Federal (PLS nº 115/02). A Câmara debateu sobre os dois conjuntamente e aprovou no Plenário, em 2004, o Substitutivo da Câmara de Deputados (PLS nº. 7.134-B). Devido as alterações feitas na Câmara, o projeto retornou ao Senado, tramitando como SCD nº. 115/02, que deu origem à nova lei de drogas (nº 11.343/06).

Conforme se percebeu, o PL nº 7.134/02 percorreu um longo caminho até se tornar a Lei nº 11.343/06. Este diploma, por sua vez, abordava de forma inovadora e extensa a questão das drogas, construindo políticas públicas apropriadas e modernas, a partir da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas.

Outrossim, era visível a preocupação com o atendimento e reinserção de usuários e dependentes de drogas, atribuindo ao Sistema Único de Saúde – SUS a responsabilidade de criar e aperfeiçoar programas de cuidado aos usuários e dependentes de drogas, seguindo as diretrizes impostas pelo Ministério da Saúde.

O que é ser usuário?

Este é um dos principais questionamentos deste trabalho monográfico, já que se trata de um dos protagonistas na discussão acerca das drogas.

Afinal, o que é ser usuário? De acordo com o artigo 28 da Nova Lei de Drogas, tem-se por usuário “*quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”.

Conceitualmente, adquirir é comprar, passar a ser proprietário, ou seja, dono do objeto. Já a conduta guardar, significa ocultar, esconder, não publicar a posse. A conduta de ter em de-

pósito significa manter sob controle, à disposição. Agora, transportar traz a ideia de deslocamento, ou seja, de um local para outro. Trazer consigo, por sua vez, é o mesmo que portar a droga, tendo total disponibilidade de acesso ao uso.

Desta forma, a punição passa a ser mais branda para o usuário, trazendo medidas educativas, tanto de tratamento, quanto de reinserção ao convívio social. Com isso, não mais possibilita a prisão do usuário ou dependente. Passa, assim, a ser tratado como um doente, como realmente o é, e não mais como um criminoso. Assim que abolidas as penas privativas de liberdade, busca-se, de logo, medidas educativas para os comportamentos de dependências ou toxicomanias.

É de suma importância ressaltar que as condutas tipificadas no artigo supracitado contemplam apenas a forma dolosa, ou seja, saber e querer ter a posse da droga. Não se admite a forma culposa; desta forma, se ignora as modalidades de culpa (negligência, imprudência e imperícia). Assim, o agente que tiver a posse da droga sem saber do que se trata, encontra-se em erro de tipo.

O tipo requer, ainda, outro elemento subjetivo: a intenção especial do agente em ter a droga para consumo pessoal. Desta forma, se o sujeito tem a posse da droga para destinação a terceiros, não há incidência do artigo 28. O elemento subjetivo do tipo é o dolo específico, isto é, juntamente com a intenção do agente de financiar ou custear o tráfico ou os crimes semelhantes.

É necessário se atentar, como elemento normativo, para a expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Por consequência, o julgador tem a responsabilidade de verificar a ocorrência ou não de tal elemento no caso concreto.

A Lei 11.343/06 surgiu para dar tratamento diferenciado aos usuários de entorpecentes. Todavia, diversos questionamentos foram levantados acerca da inovação no artigo 28 desta Lei: houve a descriminalização (*abolitio criminis*), a modificação para uma infração *sui generis*, surgiu um tipo para uma modalidade de contravenção especial, promoveu a despenalização da posse para consumo próprio ou a conduta do usuário continua sendo crime?

Cabe ressaltar, neste momento, que não há previsão de pena de reclusão, nem de detenção, no artigo 28 da Lei 11.343/06. Por consequência, há quem entenda que, neste cenário, não há crime ou contravenção cometida. Conforme leciona Thiago André Pierobon de Ávila (2006), este entendimento está fundamentado no artigo 1º do Decreto 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais).

A partir de uma interpretação literal da norma acima referida, como a conduta descrita no artigo 28 da Nova Lei de Drogas não impõe nenhuma das penas mencionadas, entende-se que essa conduta não deve ser enquadrada na premissa de crime ou contravenção penal.

Por outro aspecto, Luiz Flávio Gomes entende que a conduta do usuário de drogas passou a ser infração penal *sui generis*, já que não se trata de um crime nem de uma contravenção penal, muito menos uma infração administrativa (2014, p. 77).

Entende-se, desta forma, que a Nova Lei de Drogas criou uma infração penal, que não se enquadra na classificação legal de crime, nem de contravenção penal. Criou, simplesmente, uma infração penal *inominada*, punida com novas alternativas e isto não contraria a diretiva genérica de classificação das infrações penais, emanada do referido dispositivo da Lei de Introdu-

ção ao Código Penal.

Ademais, há quem entenda de modo diferente, como é o caso de Thiago André Pierobon de Ávila (2006), que afirma ser contravenção penal a posse de drogas para consumo pessoal.

É de suma importância ressaltar que, num confronto direto do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 com os princípios da lesividade e proporcionalidade, é clara a relação entre a natureza da infração penal e a intensidade/natureza da pena. Ainda de acordo com Ávila (2006), uma interpretação sistemática desse novo delito com os demais crimes e contravenções deve necessariamente classificá-lo ao lado das contravenções penais. Não é possível que haja uma contravenção com pena de prisão simples de até dois anos (LCP, art.24) e exista um crime sem pena privativa de liberdade).

Até o momento, as teses trazidas neste trabalho encontram oposição na doutrina majoritária e no Supremo Tribunal Federal. Nessa outra linha de pensamento, a hipótese analisada trata-se de caso de despenalização da conduta e, assim, a posse de drogas para consumo pessoal continua sendo crime.

Segundo a posição majoritária do STF, com o advento do artigo 28 da Lei 11.343/2006, houve uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade, mas não uma redução do tipo para contravenção, criação de uma infração *sui generis* ou descriminalização (*abolitio criminis*) do porte de drogas para consumo pessoal, que continua a ser crime.

E o traficante?

De acordo com o pensamento atual, traficante é o sujeito ativo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Entretanto, a exemplo da lei anterior, a atual Lei de Drogas também não indicou expressamente a conduta, ou condutas, portadora deste *nomem juris*. Nem o artigo 33, seus parágrafos e incisos, e nenhum outro dispositivo incriminador são assinalados com a denominação legal de tráfico de drogas.

Importante lembrar que a doutrina penal e a jurisprudência têm utilizado, de forma pacífica, a expressão “tráfico ilícito de drogas” para denominar o crime anteriormente descrito no art. 12, caput, da Lei 6.368/76 e agora tipificado no art. 33, caput, da Lei Antidrogas.

É de suma importância, para melhor compreensão do tipo descrito no art. 33, fazer uma análise dos elementos nele contido. Neste sentido, Mendonça e Carvalho (2008, p. 90-91) lecionam que

Em relação às condutas nucleares, importar significa introduzir a droga no território nacional, enquanto exportar significa a via inversa, de fazer a droga sair dos limites espaciais do território brasileiro. Remeter significa enviar, destinar, por qualquer meio e se consuma com a mera remessa, independentemente de ter chegado ao destinatário. Preparar, produzir e fabricar possuem sentidos semelhantes, mas o que diferencia as condutas é que, enquanto no preparar há composição ou decomposição química de substâncias, o verbo produzir maior atividade criativa, como a atividade extrativa. Por fim, fabricar traduz a utilização de meios mecânicos e industriais na criação da droga.

Assim prosseguem os autores (2008, p. 92-93)

“Adquirir é obter, gratuita ou onerosamente, e se consuma com o ajuste, ou seja, no instante em que há o acordo de vontades sobre o objeto e o preço, independentemente da

entrega efetiva. Vender significa alienar. Expor à venda consiste em deixar à mostra para a venda. Oferecer significa ofertar, colocar à disposição de terceiro para a sua aceitação. Ter em depósito significa [...] principalmente a retenção provisória e a possibilidade de deslocamento rápido da droga de um lugar para outro, enquanto guardar se conceituaria como a mera ocultação da droga. Transportar, por sua vez, significa a conduta de levar de uma local a outro por intermédio de algum meio de locomoção que não pessoal, pois nesse caso configurar-se-ia o trazer consigo. O verbo trazer consigo se configura quando o agente traz a droga junto ao corpo ou em seu interior (dentro da cavidade abdominal, por exemplo). Prescrever significa receitar, enquanto ministrar significa inocular, introduzir no corpo de alguém.”

Continuam, ainda (2008), afirmando que entregar a consumo ou fornecer drogas ainda que gratuitamente são as normas de encerramento que visam abarcar as condutas não enquadráveis nos demais núcleos. Entregar a consumo e fornecer trazem a ideia de tradição da droga, de dar a droga a terceiro. A distinção entre entregar e fornecer é a continuidade, pois enquanto entregar se aproxima mais da tradição única, esporádica, o fornecimento se liga à ideia de continuidade no tempo, de tradição contínua durante determinado lapso temporal.

A forma fundamental do crime de tráfico de drogas, descrito no caput do presente artigo, compreende dezoito verbos que indicam as condutas típicas que, *prima facie*, vão muito mais além do seu significado etimológico. Tráfico, portanto, ganha um sentido jurídico-penal muito mais amplo do que o comércio ilegal: a expressão abrangerá desde os atos preparatórios às condutas mais estreitamente vinculadas à noção lexical de tráfico. Isto indica que a intenção do legislador penal continua como sendo a de oferecer uma proteção penal mais ampla ao bem jurídico tutelado.

Entre os dois dispositivos mencionados, há quase uma total identidade no tocante à descrição das condutas. O legislador, ao reformar a legislação, se limitou a modificar a ordem de alguns verbos e acrescentou, ao fim do rol, a expressão “ainda que gratuitamente”, a qual pode ser considerada como referência, também, à conduta de entregar droga a consumo. Apesar da criação de alguns tipos penais permita um enquadramento mais certo de condutas antes subsumidas de forma genérica ao revogado art. 12, o crime em análise (tráfico) é o mais relevante da Nova Lei de Drogas.

Entretanto, a mais importante inovação da legislação atual foi prescrever o aumento das penas privativa de liberdade e pecuniária. A pena mínima atribuída ao delito de tráfico aumentou de 3 (três) para 5 (cinco) anos, enquanto a pena pecuniária, por sua vez, foi elevada de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa para 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O aumento da pena mínima foi para evitar a substituição por penas restritivas de direitos, expressa no § 4º, possibilidade esta que causava expressiva divergência doutrinária e jurisprudencial em face da Lei nº 6.368, cuja pena mínima era de três anos. A justificativa apresentada para este aumento, desde a Lei nº 6.368, sempre foi em decorrência da distinção feita entre aquele que traz consigo, adquire ou guarda para uso próprio (atualmente para “consumo pessoal”), agora punido com as penas não privativas de liberdade do art. 28, bem como a de outras condutas punidas de maneira diferenciada, como os §§ 2º e 3º, agora previstas.

Ainda, levando em consideração que a principal finalidade do traficante é obter lucro, entendeu o legislador que era necessário aumentar a pena pecuniária para desestimular a traficância, conforme afirmam Mendonça e Carvalho (2008, p. 89).

Vale citar que, de acordo com o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a pena poderá ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, com bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Dessa forma, criou-se uma espécie de “tráfico privilegiado”, para beneficiar o indivíduo que recém ingressou na traficância.

Esta previsão é interessante, e deveras justa, ao permitir uma individualização mais adequada e proporcional da pena; todavia, é necessária uma maior cautela por parte do magistrado, devendo este apurar os requisitos legais no curso da instrução criminal, no intuito de evitar conceder ou negar tal benefício fora das hipóteses almejadas pelo legislador.

Percebe-se, assim, que o legislador procurou, na nova Lei, aumentar a distância entre o traficante e o usuário, principalmente ao diferenciar as penas cominadas para cada uma destas condutas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou fazer uma abordagem crítica acerca dos aspectos diferenciadores, previstos no art. 28, § 2º, da Lei 11.343/06, que devem ser utilizados no momento de definir se o indivíduo é usuário ou traficante.

De início, houve uma contextualização histórica da política de drogas, para demonstrar de que forma a sociedade lidou com estas substâncias no decorrer da história, fazendo uma análise da sociedade brasileira e mundial. Ademais, foi realizada uma abordagem socio criminológica, discorrendo acerca de algumas teorias da pena e sua aplicação específica na temática das drogas.

Posteriormente, fez-se um estudo sobre a evolução legislativa a versar sobre drogas, a partir da Lei Maior, discorrendo pelas Ordenações Filipinas, Códigos Penais brasileiros, chegando, por fim, às legislações específicas da matéria.

Em seguida, chegou-se ao estudo minucioso das inovações trazidas pela Lei 11.343/06, buscando estudar o usuário, além de analisar o fato de que não existe mais pena privativa de liberdade como sanção para o usuário de drogas.

Destacou-se, também, que esta mudança gerou diversos posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica da conduta descrita no art. 28 da Nova Lei de Drogas. Neste aspecto, foi salientado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, onde este afirma que, com o advento da nova legislação de drogas, houve uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade, mas não uma redução do tipo para contravenção penal, criação de uma infração *sui generis* ou descriminalização (*abolitio criminis*) do porte de drogas para consumo pessoal, como afirma boa parte da doutrina brasileira.

No que tange ao tráfico, a Nova Lei trouxe um tratamento mais severo à esta conduta, aumentando a pena privativa de liberdade, bem como a pena pecuniária. A pena mínima foi aumentada de 3 (três) para 5 (cinco) anos, enquanto a pena pecuniária foi elevada de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa para 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Neste momento do trabalho, foi crucial estabelecer a relação entre tráfico e uso pessoal, já que buscou-se analisar a aplicação dos aspectos diferenciadores de maneira a compreender como esses critérios são utilizados para diferenciar o usuário do traficante.

Finalizando o estudo, fez-se um estudo de caso, para avaliar o discurso do Poder Judiciário de Maringá, no intuito de identificar como são aplicados os critérios diferenciadores das condutas, identificando se o indivíduo é usuário ou traficante.

Com base na análise do caso concreto, foi possível observar o errôneo emprego dos aspectos contidos no § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06, caracterizando-se pela omissão na aplicação de certos critérios, bem como pelo modo com que são empregados, de modo a selecionar quem será penalizado, sendo a decisão judicial fundada, basicamente, a partir da quantidade de droga encontrada, do local onde ocorreu o fato e das condições pessoais e sociais do agente.

Desta forma, entende-se que determinados indivíduos estarão mais predispostos a serem condenados por tráfico, em razão de sua condição social, arraigada em nível mais desvalorizado da população, ficando suscetíveis à apreensão seletiva da autoridade policial e dos magistrados, atingindo, assim, o objetivo desta monografia.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. Drogas: Aspectos Penais e Processuais Penais (Lei 11.343/2006). São Paulo: Método, 2007.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal – Introdução à sociologia do Direito Penal. 2ª ed. Col. Pensamento Criminológico. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 86.

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

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil, do discurso oficial às razões de descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Érica Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. 10 anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Élcio Pinheiro de. A Nova Lei de Tráfico: Uso Indevido de Drogas e Juizados Especiais. Revista da Ajufe, ano 23, nº 86, p.18, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito Penal a Marteladas (Algo Sobre Nietzsche e o Direito). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. Discursos

Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12. p. 65-80, 2. sem 2002.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice, CUNHA Rogério Sanches e OLIVEIRA, William Terra. Lei de Drogas Comentada. 6ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de Drogas para Consumo Pessoal: Crime, Infração Penal “sui generis” ou Infração Administrativa? Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1275, 28 dez. 2006. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/9327>. Acesso em: 16 mai. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: prevenção-repressão. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada: Lei n. 11/343/06. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Nova Lei Antidrogas Comentada. Crimes e Regime Processual Penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

MARCÃO, Renato. Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. 4ª ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto. Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentado artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 9ª. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Forense, 2015.

SÉRGIO HABIB. O Espírito da Lei. A Nova Lei de Tóxicos e a Despenalização do Uso de Drogas. Revista Jurídica Consulex, ano VI, nº 19, p.13, 2002.

SILVA, César Dario Mariano da. Lei de Drogas Comentada. 2. ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA. A Nova Contravenção Penal de Porte de Drogas para Consumo Pessoal (art. 28 da lei nº. 11.343/2006). Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União, ano 05, nº. 20/21, p.159, 2006.

VILAR LINS, Emmanuela. A nova lei de drogas (lei n. 11.343/06) e o usuário. A emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social, p. 08. Salvador: 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: Parte Geral, 7ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



Crime virtual no âmbito penal contra a honra

Virtual crime in the criminal scope against honor

Lucian Miranda de Paula

Centro Universitário São Lucas. <https://orcid.org/0000-0003-2184-8329>

Pedro Matheus Farias Lima

Centro Universitário São Lucas

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.14

RESUMO

O presente estudo apresenta como ideia principal os crimes contra a honra causadas virtualmente e a responsabilidade do impacto em detrimento da calúnia, difamação e injúria. A pesquisa tem por finalidade a discussão e debate de ideias referente aos crimes virtuais no âmbito penal em face dos crimes contra a honra, desta forma, será utilizado o Método Dialético, sendo a pesquisa classificada como qualitativa com o objetivo exploratório, uma vez que se busca interpretar o fenômeno observado do papel do direito nos crimes virtuais contra a honra, proporcionando assim, uma maior familiaridade e aprimoramento da ideia do problema. Quanto ao método de procedimento, será utilizado a pesquisa histórica, a fim de proporcionar o entendimento de uma base das leis e estudos anteriores, que entram em concordância com a legislação vigente, levando sua base teórica das doutrinas e artigos científicos para realização do trabalho e construção do mesmo. A pesquisa histórica atenha-se ao conceito das leis que englobam sistemas de proteções de dados virtuais que foram aplicadas recentemente, o qual viabilizou o estudo com códigos anteriores dentro do mesmo sistema, que podem ser acessados através de leitura de artigos científicos, leis e doutrinas. Após o estudo acerca do tema, conclui-se que se faz necessário a imediata tipificação em nosso ordenamento jurídico, de condutas criminosas por meio da internet, visto que para combater os crimes em ambiente virtual é aplicada somente o Código Penal e quase sempre os agentes que cometem esse tipo de crime ficam impunes.

Palavras-chave: honra. internet. crime. direito.

ABSTRACT

This study presents as its main idea the crimes against honor caused virtually and the responsibility for the impact to the detriment of libel, defamation and injury. The research aims to discuss and debate ideas related to cyber crimes in the criminal sphere in the face of crimes against honor, in this way, the Dialectical Method will be used, and the research is classified as qualitative with the exploratory objective, as it seeks to interpret the observed phenomenon of the role of law in virtual crimes against honor, thus providing greater familiarity and improvement of the idea of the problem. As for the method of procedure, historical research will be used in order to provide an understanding of a basis of previous laws and studies, which come into agreement with the current legislation, taking its theoretical basis of scientific doctrines and articles to carry out the work and build it. The historical research sticks to the concept of laws that encompass virtual data protection systems that were recently applied, which enabled the study with previous codes within the same system, which can be accessed through reading of scientific articles, laws and doctrines. After studying the topic, it is concluded that it is necessary to immediately typify criminal conducts through the internet in our legal system, since to combat crimes in a virtual environment only the Penal Code is applied and almost always the agents who commit this type of crime go unpunished.

Keywords: honor. internet. crime. law.

INTRODUÇÃO

A rede de internet nos tempos atuais vem cada vez mais se destacando em meio a sociedade, aproximando as pessoas por intermédio das redes sociais, auxiliando em pesquisa

e tarefas de diversas áreas, e com isso, abusos, violência, agressões e xingamentos, neste mesmo ambiente, vem sendo recorrentes, ocasionando diversas consequências psicossociais e emocionais aos usuários desta rede de informações tecnológicas (SOARES *et al.*, 2016).

O funcionamento dessas redes é caracterizado pelo uso de computadores que permitem o acesso de dados de diversos tipos afins, facilitando práticas boas, como compartilhamento de informações de pesquisa, música, conteúdo educacional, arquivo de fotos, comunicações instantâneas e outros, bem como práticas de ilícitos, onde a figura criminosa de informação, faz uso de sua capacidade intelectual do assunto para o manuseio dos sistemas com intuito de atingir bens jurídicos tutelados alheios (SOARES *et al.*, 2016).

Campanhola *et al.* (2018). Expõe que no momento em que se diz ou posta algo na rede de internet, podem afetar outras pessoas, podendo os fatos acontecidos não dependerem de nossa intenção, por consequência, os três tipos de crimes contra a honra que traz os significados que o indivíduo praticou um crime, isto é calúnia, imputar falsamente fato definido como crime, difamação, impor fato ofensivo à reputação ou injúria, ofender sua dignidade trazem a luz todo o ato delituoso de agredir o direito constitucional à honra.

Vivemos em um estado democrático de direito, mas infelizmente é preciso lembrar que nenhum direito é absoluto, trazendo ao mundo virtual um local visto como um espaço sem lei, e o aumento de casos desta natureza mostra que a “ética virtual” não está presente no comportamento social das redes, entrando em conflito com a liberdade de expressão que por muitas vezes é ultrapassada do limite, atingindo uma ou inúmeras pessoas (TANAKA *et al.*, 2013).

Neste viés, possibilita-se o seguinte questionamento: Qual o papel do direito em função dos crimes virtuais contra a honra expressamente tipificados no Código Penal brasileiro no que tange a calúnia, difamação e injúria?

Assim, frente ao questionamento e a conjuntura do tema abordado, este trabalho tem por objetivo analisar o papel do direito em relação aos crimes contra a honra causadas virtualmente e a responsabilidade do impacto em detrimento da calúnia, difamação e injúria.

DOS CRIMES VIRTUAIS

História do crime virtual

O crime virtual surgiu como a disseminação dos computadores e do acesso à internet, com isso acabou surgindo crimes e criminosos especializados na linguagem da informática, espalhando assim para todo mundo. Tanto que crimes são chamados de crimes virtuais, por estar atingindo pessoal pelas redes de computador, partindo da internet que transmite informação de dados a todo lugar, digitais, informática, telemáticos, com alto nível de tecnologia, crimes por computador, fraudes informáticas, de anúncios maliciosos que não tem uma certificação de autenticidade, delitos cibernéticos e entre outras (PINHEIRO *et al.*, 2006).

Os crimes cometidos neste ambiente são caracterizados pela ausência física dos agentes ativos, portanto normalmente são definidos como crimes virtuais, ou seja, os crimes cometidos na internet devido à ausência física de seus autores essas pessoas são denominadas criminosos virtuais, por não possuir uma pessoa física e sim uma presença virtual, onde o criminoso

invade o computador da vítima de casa (TERCEIRO *et al.*, 2005).

A nomenclatura usada para identificar onde o desempenho criminoso começou, podemos chamar o mundo virtual, ciberespaço, espaço Cibernético, não há escrita única usada no mundo, varia de cada país e de sua legislação. Não é realmente um ambiente, algo físico, mas sim um meio de comunicação como também é a escrita, o telefone, a radiodifusão, o fax, entre outros (ROVER *apud* VENTURA, 2004, p. 237-238).

A tecnologia criada não possui uma fonte que garante cem por cento da segurança. Na década 1960 começaram a surgir os primeiros criminosos, 10 desvendando assim o mundo da tecnologia envolvida nos computadores e na internet. Utilizavam o conhecimento adquirido para acessar informações sigilosas de usuários como programação, a linguagem da programação e engenharia social, também acessava informações de grandes empresas de diferentes ramos de negócio (SALDANHA, 2011, s.p).

Os criminosos tinham o mesmo conhecimento de programadores de computadores, para acessar todas as informações do usuário associadas à rede da Internet. Em 1970, a nomenclatura de hackers, de origem americana, foi usada para classificar as pessoas que descobriram falhas no sistema de Internet através do computador. Havia também pessoas classificadas como Cracker, que, além de saber profundamente das falhas dos computadores, roubavam e destruíram dados importantes de outros usuários na rede (TERCEIRO *et al.*, 2005).

O HACKER, espécie, é a pessoa que possui grande conhecimento na área de TI (tecnologia da informação) e TC (tecnologia da comunicação), utilizando sua capacidade de investigar a sua vulnerabilidade e aperfeiçoar sistemas. Tudo isso para poder buscar a melhoria de software, de sistemas e de redes de uma forma legitimada. De modo geral, não possuem motivação econômica (SALDANHA, 2011, s.p).

Diferentemente ocorre com os CRACKERS. Estes, também possuem um vasto conhecimento em TI e TC. Porém, utilizam sua capacidade de programação, linguagem de sistema para fins ilícitos visando a obtenção de proveito pessoal, podendo, ainda, serem chamados de Ciberpiratas ou Black Hat. Detém motivação econômica, comportamento malicioso e integram o crime virtual organizado (SALDANHA, 2011, s.p).

Os Cracker foram os que deram início ao uso do computador para fins ilícitos para poder prejudicar as pessoas, uma nova modalidade de crimes, começando, assim, a burlar as leis e criar novos meios de agir contra outras pessoas, com a vantagem de não serem vistos, agindo anonimamente.

Conceito e característica de crime virtual

Crime virtual, ou crime cibernético é a ação tipificada antijurídica e culpável, contra ou pela utilização de processamentos de dados ou sua transmissão, que são recursos oferecidos por um sistema de processamento compreendida por elementos que compõe esse sistema de armazenamento de dados, sendo o crime a ação típica realizada contra esse processamento, utilizando-se de um sistema ou máquina de informática para atentar contra um bem ou interesse jurídico tutelado e suas formas diversas (ROSA *et al.*, 2002).

Crimes virtuais puros, misto e comuns

Os crimes virtuais puros são provindos do uso da informática podendo ser definidos como toda e qualquer conduta ilícita que seja direcionada ao computador como atentados técnicos de equipamentos, dados e sistemas (CAPEZ *et al.*, 2009).

Os crimes virtuais mistos, diferente dos demais, são crimes complexos que violam a proteção de dados, bem como a norma visa tutelar o bem jurídico de natureza diversa, onde o principal meio classificador é o uso de internet ou sistema informático, isto é, hardwares e softwares, que modulam a conduta (CAPEZ *et al.*, 2009).

Já os crimes virtuais comuns, são cometidos por qualquer pessoa, utilizando tão somente da internet como instrumento para realizar delitos já tipificados expressamente por lei penal (CAPEZ *et al.*, 2009).

Crimes virtuais próprios e impróprios

Crimes virtuais próprios remetem aos crimes que só podem ser cometidos por uma pessoa específica ou de determinada categoria de pessoas, ou seja, o sistema informático de informação da pessoa é o objeto do crime (CAPEZ *et al.*, 2009).

No que se refere aos crimes impróprios, são aqueles que atingem um bem jurídico comum e se utiliza do meio de sistemas informáticos apenas para o meio de execução, como o crime contra o patrimônio que foi planejado junto de uma máquina de computador, mas executado por um agente criminoso (CAPEZ *et al.*, 2009).

ANÁLISE DA LEI 13.709/ 2018 (LGPD) ANTE AO CRIME A HONRA

A honra consiste na reputação e do conceito de que a pessoa detém na sociedade. A proteção para a honra é garantida o exame social da pessoa em ambientes profissional, comercial, familiar e outros. É uma preocupação milenar para a lei com a tutela de honra, embora sem o desenvolvimento atual que a conceba como uma manifestação da dignidade da pessoa humana e uma espécie de direitos de personalidade (BESSA *et al.*, 2021).

A proteção da honra encontra uma justificativa fácil para ser um aspecto da personalidade necessária para a conservação da dignidade e progresso do homem em seu ambiente social. Sua importância é que, tem conduzido o legislador a criar tipos penais próprios para sua tutela (CAMPANHOLA *et al.*, 2018).

No Brasil, tipificam-se calúnia, difamação e injúria (artigos 138 a 140 do Código Penal). A lei de proteção de dados ela veio para poder auxiliar ainda mais e fortificando a ideia de proteção e abrangendo mais, como é descrito no seu Artigo 1º:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA SECRETARIA-GERAL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS, 2018).

Apesar da clara distinção, consagrada nos mais diversos sistemas jurídicos, o direito de honra, possivelmente devido a não ter um novo caráter, não recebeu a atenção que merece em debates relacionados ao LGPD, mas continua previsto o direito à honra na própria lei que descreve no seu artigo 2º:

“Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade;

- a autodeterminação informativa;

- a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

- o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

- a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

- os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA SECRETARIA-GERAL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS, 2018).

DOS CRIMES CONTRA A HONRA

A honra subjetiva é a sensação de cada um sobre o respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e outros do ser humano. É apreciação da autoestima em relação a tais atributos. A honra Objetiva é a reputação, boa fama, respeito e consideração que o cidadão merece perante a sociedade. É o sentido dos outros sobre os atributos da pessoa (BASILIO *et al.*, 2016).

Qualidades físicas, morais e intelectuais de uma pessoa são sua honra. A honra deve ser protegida porque é uma herança que a pessoa possui. A honra do indivíduo é subjetiva, consistindo de sentimentos e de respeito, moralidade, atributos intelectuais e outros elementos. Um crime contra a honra é previsto no Código Penal Brasileiro, e estes são os crimes mais comuns cometidos pela Internet (BASILIO *et al.*, 2016).

O crime de difamação é um dos crimes contra a honra, é definido no artigo 139. do Código Penal:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS, 1940).

Difamar é uma espécie de crime que ataca a honra objetiva da pessoa, esse crime é praticado na Internet de maneiras diferentes que envolvem o indivíduo que ofende sua honra objetiva por e-mail ou até mesmo publicando ofensas nas redes sociais.

Ao contrário do crime de difamação, tipificado no art. 138 do Código Penal Brasileiro, o crime de calúnia não requer a tarefa de ser falsa, apenas o agente sentir que sua honra foi ofendida diante da sociedade e do crime é consumado no instante que o terceiro tem conhecimento do fato, já em um ambiente virtual o crime que vai se consumir, por exemplo, quando há uma propagação do ato ofensivo através de redes sociais. O crime de Calúnia é descrito no art. 138 do Código Penal, que é previsto:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS, 1940)

No crime de Calúnia, o agente cobra alguém um crime e balança sua reputação contra a sociedade, ferindo sua honra objetiva.

Já o crime de Injúria, que é previsto no artigo 140. do Código Penal, o agente propaga negativamente uma qualidade da vítima, a qualidade, que diz respeito aos seus atributos morais, físicos ou intelectuais ferindo de forma subjetiva a honra da vítima.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS, 1940).

DOS CRIMES CONTRA A HONRA

A sociedade informativa surgiu da facilitação no desempenho das atividades diárias fornecidas pelo uso de ferramentas informatizadas. Esses dispositivos eletrônicos guardam inúmeros bens jurídicos de suma importância para as pessoas, como saúde, privacidade, segurança, liberdade entre muitos outros. Assim, a sociedade está ligada a tecnologias informativas, tendo o crime, passando pelo mesmo processo. Crimes virtuais aparecem e, com eles, novos bens jurídicos, aos quais a ordem constitucional deve proteger. Há um efeito da sociedade da informação em uma ordem constitucional, que gera consequências no âmbito criminal (MONTEIRO NETO, 2008, p. 6; OLIVEIRA, 2013, p. 11).

A caracterização referente à honra se dá pela objetiva e subjetiva. O fornecedor de aplicativos da Internet que fornece conteúdo gerado por terceiros será responsável subsidiariamente pela violação da intimidade devido à divulgação, sem autorização de seus participantes, imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou atos sexuais privados, após a recepção de notificações por parte do participante ou do seu representante legal, deixam de promover, de forma diligente, dentro do campo da aplicação e dos limites técnicos de seu serviço, desse conteúdo. Com isso ferindo a sua honra de que houve pela a divulgação de sua intimidade privada que foi divulgada deixando danos psicológicos irreversíveis por fato de a sociedade olhar com outros olhos, e não ser mais a mesma pessoa (MARTINS *et al.*, 2018).

Assim, foi discutido neste trabalho a conceituação de Crimes virtuais, seus pressupostos, modalidades e relação de danos no âmbito dos crimes contra a honra, buscando compreender o papel do direito e suas aplicações nos crimes virtuais e caracterizar a responsabilidade para com as vítimas dos crimes virtuais contra a honra.

SAFERNET

A SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem nenhum vínculo político partidário, religioso ou racial.

Foi fundada no dia 20 de dezembro de 2005 por cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em Direito, surgiu com intuito de materializar ações concebidas ao

longo de 2004 e 2005, quando os fundadores desenvolveram pesquisas e projetos sociais voltados para o combate à pornografia infantil na Internet.

Na época, era urgente a necessidade de oferecer uma resposta efetiva, consistente e permanente no Brasil para os grandes problemas relacionados ao uso indevido da Internet para praticar crimes e violações contra os Direitos Humanos. Aliciamento, produção e difusão em larga escala de imagens de abuso sexual de crianças e adolescentes, racismo, neonazismo, intolerância religiosa, homofobia, apologia e incitação a crimes contra a vida e maus tratos contra animais, que já eram crimes cibernéticos atentatórios aos Direitos Humanos presentes na rede (NET, *et al.*, 2005).

O Brasil, no entanto, carecia de políticas e ações concretas de enfrentamento a estes fenômenos complexos, que envolvem variáveis econômicas, sociais e culturais, com desdobramentos e implicações nos campos da ética, da moral, da educação, da saúde, do direito, da segurança pública, da ciência e da tecnologia. (NET, *et al.*, 2005).

Com isso foi criada, a SaferNet Brasil, que se consolidou como entidade referência nacional no enfrentamento aos crimes e violações aos Direitos Humanos na Internet, e tem se fortalecido institucionalmente no plano nacional e internacional pela capacidade de mobilização e articulação, produção de conteúdos e tecnologias de enfrentamento aos crimes cibernéticos e pelos acordos de cooperação firmados com instituições governamentais, a exemplo do Ministério Público Federal (NET, *et al.*, 2005).

Por meio do diálogo permanente, a SaferNet Brasil conduz as ações em busca de soluções compartilhadas com os diversos atores da Sociedade Civil, da Indústria de Internet, do Governo Federal, do Ministério Público Federal, do Congresso Nacional e das autoridades policiais (NET, *et al.*, 2005).

Este central de atendimento é operado em parceria com os Ministérios Públicos e Secretarias de Direitos Humanos para fortalecer o combate aos referidos cibercrimes, em serviços online e gratuitos para enfrentamento de situações de violência em ambientes digitais, disponibilizando uma ajuda em tempo real com a equipe especializada da SaferNet Brasil (NET, *et al.*, 2005).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como finalidade trazer informações básicas sobre procedimentos investigativos usados pelos agentes responsáveis da persecução penal quando os crimes são praticados pelo meio virtual, sendo elas medidas necessárias a toda e qualquer investigação que envolva crimes dessa mais nova modalidade, ainda trazendo a nova lei que teve um grande impacto positivo deixando mais claro o entendimento.

Com isso, é feita uma análise sobre algumas noções acerca de como funciona a internet, bem como informações sobre conceito e classificação dos crimes virtuais, como, contra honra, calúnia, difamação, injúria, com o intuito de oferecer ao leitor um melhor entendimento.

Certos dos riscos apresentados pelo mal uso da rede, bem como das maneiras pelas quais os criminosos usam para a prática dos atos ilícitos, os usuários estão mais capazes de se

defender de agressões virtuais, limitando a probabilidade de êxito das investidas dos criminosos no mundo virtual, pois a prevenção é uma das medidas mais eficazes ao combate dos crimes virtuais. A partir das leis que entraram em vigor, fortalecendo ainda mais a segurança dos usuários

A partir do dia 02 de abril de 2013, entram em vigor a Lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/2012) e a Lei Azaredo (Lei nº 12.735/2012), sendo as duas as primeiras leis que versam especificamente sobre crimes virtuais, sendo considerados como um grande avanço na legislação (TANAKA *et al.*, 2013).

Com advento da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), a proteção dos dados pessoais das pessoas, inclusive por meio digital, mostra a responsabilidade de tutela do direito, frente aos direitos fundamentais da liberdade, privacidade e personalidade da pessoa humana natural, isto é, caracterizando a proteção da honra no âmbito virtual.

O ordenamento jurídico brasileiro impõe condutas criminais contra a honra, mesmo que virtualmente, objetiva e subjetiva, sendo a responsabilidade da conduta delituosa atribuída a quem pratica, podendo o criminoso virtual ser responsabilizado ao se recusar disponibilizar informações (MARTINS *et al.*, 2018).

A rede de internet mundial não pode ser utilizada para práticas indiscriminadas de ofensas por acreditarem ser imunes de qualquer penalidade através de seus computadores, deste meio, o direito como primordial em defesa da dignidade da pessoa humana, deve acompanhar a evolução social, tendo em vista a necessidade de tipificar condutas delituosas imorais para a sociedade, e acabar com a falsa sensação de impunidade dos delituosos virtuais (DIEGUES *et al.*, 2015).

REFERÊNCIAS

- CASTELO BRANCO, Fernando. A Pessoa Jurídica no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 197-198.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. _____. _____. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.
- Neto, João Araújo Monteiro. Aspectos constitucionais e legais do crime eletrônico. Diss. Universidade de Fortaleza, 2008.
- Oliveira, Larissa Teixeira. "Proteção dos Direitos da Personalidade na Internet e o Exercício da Liberdade de Expressão: Crimes Cibernéticos." Revista Eletrônica do Curso de Direito—PUC Minas Serro 8 (2013): 115-162.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROSA, Fabrício. Crimes de Informática. Campinas: Bookseller, 2002.
- SALDANHA, Maria Salete Melgarejo. O uso das tecnologias na formação de crianças leitoras e produtoras de texto. 2011.
- SOARES, Delfina Sá; AMARAL, Luís; FERREIRA, Luís Miguel Santos. Presença na internet das câmaras municipais portuguesas em 2016: Estudo sobre local e-government em Portugal. 2017.

VENTURA, Miguel Ângelo Gonçalves. Internet, jogo e consumo de substâncias psicoativas na população universitária. 2016. Tese de Doutorado.

Legislação, documento jurídico

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa Do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 24 de abril de 2021.

BRASIL. Decreto Lei no 12.737: lei de crimes cibernéticos. Brasília, , 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acessado em 24 de abril de 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA SECRETARIA-GERAL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. LEI nº lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)., BRASIL: DIOF, ano 2018, v. 1, n. 1, p. 1-1, 14 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. DECRETO LEI nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. CÓDIGO PENAL. CÓDIGO PENAL: CÓDIGO PENAL, BRASIL: DIOF, ano 1940, v. 1, n. 1, p. 1-1, 7 dez. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>

ARAÚJO, João; NETO, Monteiro. FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ UNIVERSIDADE DE FORTALEZA -UNIFOR CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS –CCJ PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DO CRIME ELETRÔNICO. [s.l.]: ,2008. Disponível em. <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp055676.pdf>. Acesso em: 1 maio 2021.

BASILIO, Samuel. Os Crimes Contra Honra nas Perspectiva do Ambiente Virtual. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXVI, No. 000094, 26/12/2016. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/os-crimescontra-honra-nas-perspectiva-do-ambiente-virtual>. Acessado em 24 de abril de 2021.

CAMPANHOLA, Nadine Finoti. Crimes Virtuais Contra a Honra. Conteúdo Jurídico, Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51558/crimesvirtuais-contra-a-honra>. Acessado em 24 de abril de 2021.

CALDAS, P. D. P. S. P. Teoria e Prática da Metodologia da Pesquisa Histórica: Reflexões sobre uma Experiência Didática. rth |, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 6–19, 2014. 16 Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/teoria/article/view/28628>. Acessado em 27 de abril de 2021.

DIEGUES, Carolina da Costa. A Repercussão Penal da Divulgação Não Autorizada de Conteúdo Ofensivo Através da Internet. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas////////trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/Ca rolinadaCostaDiegues.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas////////trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/Ca%20rolinadaCostaDiegues.pdf). Acessado em 24 de abril de 2021.

MARTINS, J. D.; RECH, F. A RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL NOS CRIMES VIRTUAIS. Interfaces Científicas - Direito, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 63–74, 2018. DOI: 10.17564/2316-381X.2018v6n2p63-74. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/5373>. Acessado em 27 de abril de 2021.

PINHEIRO, Emeline Piva. Crimes virtuais: uma análise da criminalidade informática e da resposta

estatal. Santa Catarina: UFSC, 2006. Disponível em: CRIMES VIRTUAIS: UMA ANÁLISE DA CRIMINALIDADE INFORMÁTICA E DA RESPOSTA ESTATAL | e Gov. UFSC Acesso em 24 de abril de 2021.

TANAKA, Claudia Sayuri Ito. Crime Virtuais Contra Honra. São Paulo, 2013. Disponível em: FACULDADES INTEGRADAS ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO - PDF Download grátis (docplayer.com.br). Acessado em 24 de abril de 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o direito à honra. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/leonardo-bessa-lgpd-direito-honra>. Acesso em: 1 May 2021.

NET, SAFER. INSTITUCIONAL: SAFERNET. In: NET, SAFER. SAFERNET: CRIMES NA WEB. 1.0. WEB, 20 dez. 2005. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/>. Acesso em: 25 nov. 2022.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. Crimes virtuais. 2005. Disponível em: <http://www.advogadocriminalista.com.br>. Acesso em 24 de abril de 2021.

SERPRO - SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS. Dados Pessoais — LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais | Serpro. Serpro.gov.br. Disponível em: <https://www.sepro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados-pessoais-lgpd>. Acesso em: 1 maio 2021.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos ao ilustre professor e orientador Franklin Vieira dos Santos, pelas suas informações e conhecimentos prestados para a conclusão deste artigo, bem como a paciência necessária para que, juntamente com a persistência e colaboração, fosse concluso este tema que de fato é pertinente para assegurar o conhecimento de informação sobre os crimes digitais e como eles influenciam as normativas jurídicas atuais que devem sempre estar em evolução para acompanhar os âmbitos atuais da humanidade.

Um agradecimento especial a Instituição de ensino do Centro Universitário São Lucas do Grupo AFYA, pela exemplar docência e seus profissionais deveras qualificados que, com o ensino e atividades objetivas de estudo, influenciam os seus acadêmicos a excelência.



O direito de imagem no direito digital

The right of image in digital law

Treicy Milena Mendes de Oliveira

Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas

Luciana Adélia Sottili

Docente de ensino superior no curso de Direito UNISL/PVH, advogada, Bel. Direito, Especialista em Educação e Direitos Humanos, Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG), especialização em andamento em Direito Digital e LGPD,

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.15

RESUMO

A imagem sendo algo tão vulnerável, foi protegida pela Constituição Federal de 1988, sendo colocada na lista de direitos fundamentais, ressaltando a indenização no caso de violação desta. A segurança é um ponto importante da imagem, pois a partir do momento que ela é exposta na era digital, se torna uma incógnita, sem saber qual fim ela terá. Assim sendo, o presente estudo possui como objetivo analisar a influência causada pela Lei Geral de Proteção de Dados e do Direito de Imagem dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, visa ressaltar de que maneira a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) será aplicada, explorando a relação de dados pessoais e dados sensíveis, e salientando como o direito de imagem é exposto no sistema jurídico, de forma que eleve a importância da aplicabilidade do Direito Digital no Direito.

Palavras-chave: imagem. tecnologia. privacidade. direito de imagem. direito digital.

ABSTRACT

This study aims to analyze the influence caused by the General Data Protection and Image Rights Law in the Brazilian legal system. In view of this, it aims to highlight how Law nº 13.709/2018 (General Data Protection Law) will be applied, exploring the relationship between personal data and sensitive data, and highlighting how the right to image is exposed in the legal system, in a way that raises the importance of the applicability of Digital Law in Law.

Keywords: image. technology. privacy. image right. digital right.

INTRODUÇÃO

A imagem sendo algo tão vulnerável, foi protegida pela Constituição Federal de 1988, sendo colocada na lista de direitos fundamentais, ressaltando a indenização no caso de violação desta. A segurança é um ponto importante da imagem, pois a partir do momento que ela é exposta na era digital, se torna uma incógnita, sem saber qual fim ela terá.

Em 2018, a proteção e a preservação de informações foram levadas à discussão, com o intuito de criar algo que pudesse assegurar o direito das informações de um indivíduo, sendo criada a Lei nº 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados, conhecida como LGPD. A imagem no quadro da Lei Geral configura um dado pessoal, entretanto, muitas vezes foi pauta no Direito Digital, diversos questionamentos sobre os limites do direito e uso dela.

A criação da Lei tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, tratando os dados pessoais também no meio digital, sendo por meio de pessoa natural ou pessoa jurídica, de direito público ou privado.

Se tornou considerável como dado pessoal qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, porém, o dado pessoal sensível tem a sua peculiaridade, pois têm entendimentos que podem levar a discriminação do indivíduo.

Na LGPD, existem diferenças entre dados pessoais, dados pessoais sensíveis, e dados anonimizados e o grande impasse no ordenamento jurídico é a relação entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis.

Desta forma, surge o seguinte questionamento: Poderia a imagem figurar no rol de dados pessoais sensíveis da LGPD? Para responder a este questionamento elencou-se como objetivo geral: Compreender se a imagem poderia integrar o rol de dados sensíveis da Lei Geral de Proteção de Dados; e como objetivos específicos: Identificar o que é e quais são os dados pessoais e dados sensíveis; verificar se a imagem é realmente protegida; analisar o direito à imagem no contexto jurídico e comparar o avanço tecnológico e os resultados discriminatórios.

A metodologia escolhida para o desenvolvimento deste artigo foi a revisão bibliográfica a partir do levantamento de artigos, doutrinas, referências teóricas já analisadas, e publicadas por meio impresso e eletrônico.

Assim, o presente estudo foi dividido em quatro seções. A primeira aborda a Lei Geral de Proteção de Dados, dados pessoais e dados sensíveis e analisa como a imagem se enquadra como um dado sensível. A segunda seção aborda o direito à imagem no ordenamento jurídico brasileiro e discorre sobre os direitos da personalidade e a proteção à imagem. A terceira seção analisa a inteligência artificial e seus resultados discriminatórios, incluindo o estudo da discriminação realizado pelo algoritmo e sua opressão social, bem como o sistema de reconhecimento facial com suas rupturas.

A LEI 13.709/2018 - LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)

A criação da Lei Geral de Proteção de Dados passou por um extenso desenvolvimento, com discussões sobre a função, o tratamento de dados, e as possíveis consequências que iriam gerar. Os debates não eram apenas sobre a implementação no Brasil, mas quais eram as ferramentas e cuidados que diversos países estavam utilizando para tratar os dados da sociedade.

Influenciado pela Europa, o Brasil procurou criar a sua própria Lei, publicada em agosto de 2018, passando a valer após 18 meses de sua publicação. A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, institui a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), assumindo essa, “[...] o papel de principal legislação existente sobre o tema, incluindo o estabelecimento de fundamentos e princípios que transpassam a própria lei, norteando e aclarando o pensamento jurídico” (COTS; OLIVEIRA: 2019, p. 39).

Até a conclusão dos debates ocorreram situações que aceleraram o progresso de sua criação. A segurança dos dados e a privacidade se tornaram assuntos habituais e intensificou-se uma cobrança na política brasileira em lidar com esses pontos, pois não existia no país uma lei com o intuito de defender a privacidade dos usuários e seus dados pessoais, bem como seria o tratamento dessas questões.

O principal valor que a legislação tem como base, é o objetivo de dar o respeito à privacidade, criando-se novas concepções jurídicas, ela tem como função também especificar quais são os dados pessoais que podem ser tratados, definindo um montante de direitos para os devidos titulares dos dados, gerando determinadas obrigações para os controladores dos dados

e mantendo o zelo de organizar inúmeras normas para manter o cuidado com o tratamento dos dados e o seu devido compartilhamento com os demais, assim a LGPD passa a reconhecer que “[...] para que o cidadão seja capaz de controlar o fluxo de seus dados pessoais, é necessário lhe atribuir certos direitos subjetivos em face daqueles responsáveis pelo controle de tais dados” (FEIGELSON; SIQUEIRA: 2019, p. 120).

Antes do surgimento da lei, a proteção de dados pessoais recebia amparo no artigo 5º, inciso X, da CRFB/1988, que já validava como “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, assegurando nos casos de violação o “direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

A notoriedade do tema requisitava há muito tempo a necessidade dessa proteção que recentemente foi incorporada à nossa lei maior por ocasião da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, que alterou a CF/88 para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, sendo esta, a modificação mais importante que compôs, inserindo no art. 5º o inciso LXXIX, que determina ser “assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (BRASIL, 1988).

A LGPD é uma lei que tem como maior propósito a proteção dos dados pessoais e dos dados sensíveis, situação a ser explorada no tópico seguinte.

Dados pessoais e dados sensíveis

Os principais dados definidos pela Lei Geral de Proteção de Dados são os pessoais, sensíveis e anonimizados. A partir da Lei n.º 13.709/2018 a proteção de dados passou a ser um compromisso de todos que a utilizavam.

É notável que a LGPD não tem como fim os dados de empresas ou instituições públicas e privadas, mas os dados que essas pessoas jurídicas têm das pessoas físicas, logo, enquadram-se dentro dessas pessoas físicas: clientes, funcionários, entre outros.

Conforme BARBIERI (2019, p. 7), “os dados, diferentemente de outros ativos organizacionais, podem ser copiados ou replicados”, característica que permite o seu tratamento veloz, devido à sua alta latência e as demandas da sociedade digital no que tange ao registro e processamento de dados bem próximos ao momento de sua ocorrência (BARBIERI, 2019, p. 13). Garante-se, por exemplo, a identificação no Brasil de cerca de 87% das pessoas obtendo apenas a data do nascimento, número do CPF e a idade, lembrando-se que cerca de 116 milhões de pessoas no Brasil estão conectadas na internet compartilhando seus dados a todo instante.

Entende-se que os dados pessoais são um conjunto de informações de pessoas naturais, que favorecem a identificação direta ou indireta. As diretas permitem a visualização imediata do indivíduo, e as indiretas juntam informações para chegar à identificação. A Lei não cita o que significa “identificável”, e a concepção de dado pessoal é extensa, podendo abranger tanto referências que identifiquem diretamente uma pessoa natural como seu nome completo, número de CPF, quanto elementos a ela relacionados. Neste entendimento:

[...] observa-se que nem a LGPD nem o GDPR trazem uma listagem do que poderia constituir um dado pessoal, na medida em que a avaliação deve sempre ser levada a efeito de maneira contextual. Se uma determinada informação potencialmente é capaz de tornar uma pessoa identificável, então ela pode vir a caracterizar-se como dado pessoal naquele

específico contexto (MALDONADO: 2019, p. 15).

Em relação ao dado pessoal sensível, é mostrado categoricamente o seu significado, sendo: “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, 2018).

Já o dado anonimizado, é aquele que, anteriormente, era relacionado a uma pessoa, mas que passou por fases que asseguraram a desvinculação dele a essa pessoa. Se um dado for anonimizado, então a LGPD não vai se aplicar a ele. Salienta-se que só será considerado totalmente anonimizado se não autorizar que, através de tais meios, volte o acesso para “encontrar” quem era a pessoa titular do dado.

Existem diversos debates entre os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis, pois adentra na discussão quais os cuidados que devem ser tomados em relação aos dados sensíveis. As medidas cabíveis quando há vazamento de dados são tomadas em razão da pessoa ficar propensa a sofrer discriminações e/ou assédios comerciais caso seja exposta em temas íntimos como por exemplo: sexualidade, religião, etnia, opinião política, entre outros.

Apesar das disposições sobre a categoria de dados sensíveis, ainda restam controvérsias. Dentre eles, a definição do que seria considerado sensível ou não.

É compreensível a inserção de dados relativos à etnia como sensíveis, diante do risco da xenofobia a grupos imigrantes em certos locais ou dos referentes à raça quando observada a questão do racismo estrutural, tal como a opinião política, a fim de se evitar perseguição por adversários. Mas apoiar-se somente ao que é disposto pode dificultar a análise de casos mais confusos, pois “dados não considerados sensíveis podem ser tratados com finalidade ou com um resultado discriminatório, bem como dados sensíveis podem ser tratados e não gerarem um efeito discriminatório, mas que, ao contrário, atenda a um propósito legítimo” (KORKMAZ, 2019, p.49).

É importante compreender o objetivo da criação de dados pessoais sensíveis, e quais foram as consequências para chegar até a iniciativa da diferenciação dos dados, para lembrar que esses devem ter uma atenção maior por situações que vitimizam os indivíduos por vazamento de informações que devem ser sigilosas e tratadas com atenção. A Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 5º, já previa o básico, sendo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Em 10 de fevereiro de 2022, foi incluída pela Emenda Constitucional nº 115, o acréscimo do inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal passando a proteção dos dados pessoais a integrar o rol dos direitos fundamentais de forma expressa, determinando que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” (BRASIL, 2022).

Devido a tantas repercussões históricas que trouxeram discriminações, e acometimentos difíceis para o convívio social, houveram mudanças em políticas públicas que puderam mostrar um progresso no bem estar das pessoas mais vulneráveis, e na eficiência da aplicabilidade da lei. Apesar dessas mudanças, a criminalidade não falta e nem fica pouca, pois tratar de problemas que estão enraizados, são mais difíceis de lidar, pela constância de realizações do crime e

a história que ele traz. A maior parte dos pontos que os dados sensíveis protegem são problemas enraizados, devido ao seu contexto até a resolução. Independentemente do tamanho da sua complexidade, é importante compreender que está explícito na lei que os direitos e garantias serão assegurados e é obrigação do Estado dar segurança e privacidade ao indivíduo.

Entender as desigualdades na sociedade se tornou um relevante avanço do direito para compreender mais claramente a realidade. A igualdade formal, ao colocar todas as pessoas em situação isonômica diante da lei, manifestou-se insuficiente para lidar com os diferentes sujeitos, operacionalizando o ordenamento para a eternização de privilégios.

Logo, é então adicionada a igualdade material ou substancial, prevendo a “necessidade de tratar pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade” (BODIN DE MORAES, 2009, p. 86). Constatou-se, deste modo, que não dar atenção às diferenças e não criar meios de proteção e um protagonismo maior a determinados grupos poderia ocasionar em discriminações.

A categoria de dados pessoais sensíveis não somente foi dotada de uma qualificação, mas também a ela são direcionados requisitos específicos, alguns considerados “gerais”. A LGPD adotou nesta categoria de dados um consentimento específico, citado assim em seu art.11, inciso I: “de forma que a manifestação de vontade deve conhecer dos fins determinados e deve ser registrada em destaque nos instrumentos de declaração autorizativos do tratamento de dados” (BRASIL, 2018)

Entende-se que a técnica utilizada na legislação para os dados sensíveis é de característica restritiva, onde são citadas normas mais rígidas e os devidos cuidados, logo, ampliar o conceito de dado pessoal sensível para diversos do que está em lei, poderia contrariar a proposta legislativa, ocasionando em dificuldades na diferenciação dos dados pessoais de dados sensíveis. De outro modo, orientar o procedimento diferente apenas em hipóteses previstas no rol do art. 5º, inciso II, poderia prejudicar a defesa de outros dados não considerados sensíveis como a imagem.

Como a imagem se enquadra como um dado sensível

Com a ascensão tecnológica, a imagem foi colocada como um dos principais dados pessoais tratados. Antes do entendimento da internet, a Lei Municipal nº 43.236, de 22 de maio de 2003, do Município de São Paulo, já versava sobre a obrigação de informar aos indivíduos que se encontravam em ambientes fechados filmados com câmeras, a obrigação de informação sobre a filmagem. Diante dessa afirmação, o questionamento que fica é se as imagens realmente são confidenciais e protegidas, independente dos termos da lei, os principais problemas na aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, é que ela depende muito da confiança e investimento, esbarrando em um possível problema pois diversas organizações privadas e públicas não investem em segurança digital.

Em 2021, a IBM divulgou o Índice de Inteligência de Ameaças X-Force 2021, destacando como os ataques cibernéticos evoluíram em 2020, a medida que os responsáveis pelas ameaças buscavam lucrar com os desafios socioeconômicos, comerciais e políticos sem precedentes causados pela pandemia de COVID-19. Nesse ano, conforme o estudo da IBM Security X-Force Threat Intelligence Index, houve um aumento de 4% nos ciberataques em 2021 na América La-

tina em comparação com o ano anterior. Brasil, México e Peru foram os países mais atacados.

A imagem, na área infraconstitucional, é colocada como um dos fundamentos da proteção de dados pessoais, como institui o artigo 2º, inciso IV, da Lei Federal nº 13.709/2018. Questionamentos surgem quanto à conformidade entre a aplicabilidade das diretrizes que defendem a imagem e aquelas que cuidam dos dados pessoais. Em vista disso, um dos assuntos que são expostos é: toda imagem é um dado pessoal sensível?

Neste ponto é importante salientar que existem dois tipos de imagem, a imagem-retrato e a imagem atributo.

Entende-se por imagem-retrato, a demonstração física da pessoa, como um todo ou separada, desde que sejam identificáveis, por meio de pinturas, sites, fotografias e etc., que requerem a autorização do retratado para sua disponibilização. A compreensão da imagem-atributo, é o conjunto de qualidades fomentado pela pessoa, reconhecido socialmente, como por exemplo: habilidade, competência, lealdade e etc.

Toda imagem, estando relacionada ou sendo relacionável a uma pessoa natural, é um dado pessoal, segundo o entendimento dado pelo artigo 5º, inciso I, da LGPD. Entretanto, não são todas as situações em que a imagem se fixa que têm a presença de dados pessoais sensíveis.

Assim, há conclusão, de acordo com o artigo 11, da LGPD, que é possível a afirmação de que, em síntese, a imagem-retrato é uma imagem do titular de dados pessoais cujo tratamento sempre deverá recair em hipótese de tratamento de dados pessoais sensíveis, onde o contexto estará acoplado àquele do âmbito de aplicação dessa lei, sendo o artigo 3º. Enquanto a imagem-atributo, apesar de constituir-se como um dado pessoal, que não se apresenta pertencente ao dado sensível, pois, o devido enquadramento poderá ser tanto nas hipóteses de tratamento de dados pessoais (artigo 7º, LGPD), quanto nas hipóteses de tratamento de dados pessoais sensíveis (artigo 11, LGPD).

O entendimento entre os dados pessoais e a imagem devem dialogar, relativamente, com diferentes normas referente às matérias com as quais se cruzam. É nesse entendimento que o direito de imagem e o direito à imagem se relacionam ao direito à proteção de dados pessoais.

Dentro disso, existem os dados biométricos, uma classe dos dados pessoais sensíveis que, fortemente, em muitos entendimentos se misturam à imagem-retrato. Perante isso, há o exemplo do uso de um sistema de reconhecimento facial (*facial recognition system*) ou de um sistema de impressão digital (*fingerprint recognition system*), onde as devidas compreensões estão juntas com o direito de imagem e são aptas em criar um tratamento de dados pessoais sensíveis biométricos.

Seguindo essa lógica, os dados que dizem respeito à convicção religiosa, outra classe dos dados pessoais sensíveis, podem dialogar com o direito à imagem, ou seja, com a imagem-atributo, que reflete a personalidade do indivíduo socialmente. Portanto, o direito de imagem e o direito à imagem não apenas se relacionam com o tipo abstrato dos dados pessoais, mas, especificamente, com o seu subtipo dos dados pessoais sensíveis, que possui uma proteção específica enquanto inserida no espaço de execução da Lei Geral de Proteção de Dados.

O DIREITO À IMAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

São poucas as Constituições que garantem explicitamente o direito à imagem. Além da Constituição Federal/88, a Constituição espanhola de 27 de dezembro de 1978 (art. 18), e a Constituição portuguesa de 02 de abril de 1976 (art. 26), asseguram expressamente o direito à imagem. É compreensível a relevância à imagem pelo Constituinte de 1988. Assim destaca David Araújo, sobre tal proteção constitucional:

A prodigalidade do constituinte ao cuidar do tema e a importância que lhe foi dada, incluindo-o dentre as matérias imutáveis, localizando-o em capítulo destacado, logo na abertura do texto constitucional, revelam o desenvolvimento e a preocupação com o direito à imagem, como decorrência do direito à vida. O desenvolvimento tecnológico ameaçou o indivíduo, sua imagem, de tal forma que a proteção deve ser de molde a preservá-los das violações produzidas pela captação e veiculação da imagem (ARAÚJO, 1989, p. 68).

O Código Civil afirma que cabe indenização à exposição indevida, ou seja, sem autorização da pessoa, ciente disso, não necessita a imagem violar a intimidade ou honra da pessoa, basta que seja publicada ou exposta sem autorização do titular. Em seu art. 20, cita ainda que:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2002).

Mostra-se a preocupação da legislação civil com a divulgação da imagem com relação a danos à honra ou ao destino comercial. Porém, não se pode deixar de levar em conta a pessoa que se recusa a divulgar sua imagem sob qualquer fundamento, respeitando sempre o interesse público nessa divulgação. Por exemplo, o uso de imagem não-autorizada numa campanha em prol de organização não-governamental de combate ao câncer não atinge a respeitabilidade do sujeito, muito menos se destina a fins comerciais, mas ainda é propenso à proibição.

O direito à imagem é amplo e dotado de conteúdo próprio. O preceito do Código Civil não continuou o caminho traçado pelo Poder Constituinte Originário.

Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini, a respeito do art. 20 do Código Civil, sustentam:

O tratamento do instituto *imagem* no novo Código Civil está desatualizado e contrário ao texto constitucional, na medida em que a simples exposição da imagem de uma pessoa, sem a devida autorização, independentemente de atingir a sua honra, a boa fama ou respeitabilidade, gera o direito à indenização. Ressalte-se que a parte final do dispositivo em comento também contraria a Constituição Federal e a jurisprudência e doutrina dominantes, tendo em vista que a exposição da imagem de alguém, mesmo para fins institucionais, também possibilita ao ofendido a reparação desse dano, o que torna despicienda a expressão “ou se se destinarem a fins comerciais” (DONNINI; ODUVALDO, 2002, p. 63).

Observa-se que antes mesmo da divulgação sucede a assimilação, que por si só provavelmente não seja de interesse do sujeito, nesse segmento, configura ato ilícito, mesmo que não mencionada em tal artigo. Quando inserida e ocorrida em local público, a captação não precisa ser autorizada; diferente de uma imagem que foque apenas na pessoa, especificamente, ou em ambiente particular. É a separação entre a imagem do Congresso, televisionado no Jornal Nacional e a de um turista em destaque. O mesmo tem aplicabilidade à palavra, como num discurso no meio de uma praça, que pode ser livremente gravado e reproduzido por ocorrer em local público.

Conforme os fatos sociais passam, surgem novas possibilidades de ataque e violação à imagem dos indivíduos, sobretudo, a vinculação da imagem de terceiros a discriminações, conotações sexuais, constrangimentos e etc.

A exposição sem consentimento com imagens ofensivas ou inapropriadas é ilegal. Se a imagem-retrato for tirada, reproduzida ou publicada sem o devido consentimento e fora dos “limites do direito à imagem”, se for obtido o consentimento e seus termos são excedidos ou se a imagem for distorcida de qualquer forma, existe ato ilícito, contratual ou extracontratual, pelo qual o proprietário tem direito a indenização.

A proteção da imagem pode ser pleiteada judicialmente ou, excepcionalmente, pela defesa privada. No campo da defesa privada, presume-se a possibilidade de legítima defesa das imagens, ressalvada a ilegalidade prevista expressamente no Código Civil/2002, em seu art. 188, inciso I, e no Código Penal, citado no art. 25.

Direitos da personalidade e a proteção à imagem

O direito à imagem é um dos direitos da personalidade previstos na Constituição Federal Brasileira. É inerente a toda pessoa natural, física ou jurídica e acarreta obrigação de reparação em caso de violação. A imagem pode ser interpretada como a personalidade exteriorizada pelo indivíduo na sociedade.

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa física ou jurídica conforme o artigo 52 do Código Civil/2002, protegidos pela lei constitucional, explícita no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira/1988, sendo os artigos 11 a 21 do Código Civil aplicados desde a concepção dos nascituros até mesmo posteriormente à morte do sujeito. Nesse entendimento é compreensível que “conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2019, p. 96).

Por serem considerados inerentes a cada indivíduo, os direitos da personalidade são classificados em absolutos; necessários; extrapatrimoniais; indisponíveis; imprescindíveis; impenhoráveis; e vitalícios. Os direitos individuais podem então ser considerados como um gênero, com propriedades ilimitadas, divididas em vários tipos. Exemplos: Direito à vida, integridade física, integridade mental, liberdade, liberdade de pensamento, privacidade, honra, imagem, identidade.

Entendendo que o direito à privacidade tem múltiplos significados, é importante saber qual é a relação dela com o direito à imagem. Como já mencionado, uma garantia clara de proteger a própria imagem pode ser encontrada na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, e na Legislação Infraconstitucional também pode-se verificar essa proteção, como no art. 20, do Código Civil Brasileiro.

Conforme explicitado no tópico 2.3 do presente artigo, há dois tipos de imagem, a imagem-retrato, e a imagem-atributo, e como cita o Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2014, p. 167):

A imagem, em definição simples, constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica. Para efeitos didáticos, dois tipos de imagem podem ser concebidos: a) imagem-retrato – que é literalmente o aspecto físico da pessoa ima-

gem-atributo- que corresponde à exteriorização da personalidade do indivíduo, ou seja, à forma como ele é visto socialmente. (STOLZE; PAMPLONA; 2014, p.167)

Vale ressaltar que o direito de imagem vai além de meras propriedades físicas para incluir a transmissão sonora, ou seja, a proteção da voz de cada agente. Em síntese, se diz que a imagem pode ser interpretada como uma extensão da personalidade exteriorizada pelo indivíduo na sociedade.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E OS RESULTADOS DISCRIMINATÓRIOS

As ideias relacionadas à inteligência artificial são anteriores à tecnologia que a tornou possível. Os seres humanos sempre desejaram que as máquinas fizessem trabalhos, agissem e pensassem de forma similar a um ser humano. Vários campos de pesquisa começaram a tomar rumo, especialmente durante a Segunda Guerra Mundial.

George Luger, engenheiro austríaco e projetista, se posiciona em seu escrito “Artificial Intelligence” que: “Definir o campo inteiro da inteligência artificial é semelhante ao de definir a própria inteligência: ela é uma única faculdade ou é apenas um nome para uma coleção de capacidades distintas e não relacionadas?” (LUGER, 2013, p.1)

Essa dificuldade em definir o que significa inteligência artificial também surge por conta de sua constante evolução, pois existe um conjunto de práticas e técnicas que definem coletivamente essa técnica. O conceito mais significativo para o entendimento deste raciocínio é:

[...] a coleção de problemas e metodologias estudada pelos pesquisadores de inteligência artificial, cujo interesse principal é encontrar um modo efetivo de entender e aplicar técnicas inteligentes para a solução desses problemas, para o planejamento e as habilidades de comunicação em uma ampla gama de problemas práticos. (LUGER, 2013, p. 2)

De acordo com a Statistical Analysis System, empresa norte-americana pioneira em inteligência de negócios, o *Machine Learning*, também conhecido como Aprendizado de Máquina no Brasil, permite que sistemas aprendam com dados, reconheçam padrões e tomem decisões. É uma tecnologia de inteligência artificial baseada na ideia de que sistemas vão reconhecer padrões e assim tomar decisões com o mínimo de intervenções humanas.

Diante disso, os modelos de *Machine Learning* procuram por padrões nos dados com que são alimentados e tiram conclusões, da mesma forma que os seres humanos fazem ao aprender algo novo. Como exemplo, tem-se uma criança que está aprendendo a diferenciar animais. Os pais dizem que esses animais são “au au”. Imediatamente a criança começa a procurar padrões, identifica os traços que vê: são quatro patas, peludos, um rabo, e associa-os à informação recebida de que se trata de um “au au”. Mais tarde, quando a criança vê o gato pela primeira vez, após analisar e visualizar o mesmo padrão, conclui a criança que provavelmente é “au-au”, mas quando corrigida por um dos pais que diz “miau”, novamente a informação entrou no banco de dados mental da criança e ajudou a formar outros padrões que distinguem cães de gatos.

É assim que funciona o modelo de aprendizado de máquina. Eles não são explicitamente programados por humanos para tirar essas conclusões, mas recebem um exemplo, um conjunto de dados, para que aprendam o que concluir a partir deles. Como é mais fácil fornecer um exemplo do que escrever código, essa técnica minimiza o esforço e o custo de desenvolvimento de um projeto ou aplicativo.

Embora o aprendizado de máquina seja muito útil e suficiente para muitos aplicativos e sistemas, outros aplicativos exigem grandes quantidades de dados para funcionar e o aprendizado de máquina é muito linear, portanto, os modelos que usam aprendizado de máquina não são suficientes para tais propósitos. Isso levou ao desenvolvimento de outra técnica de inteligência artificial para melhorar a precisão e o desempenho do sistema mais complexo, o *Deep Learning*, também chamado de Aprendizagem Profunda.

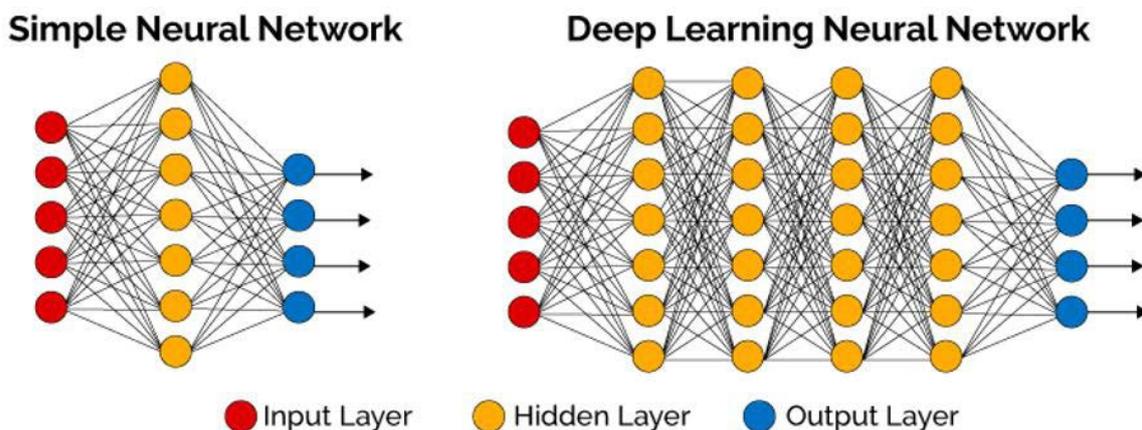
A Aprendizagem Profunda é uma parte da Machine Learning, a primeira utiliza-se de tecnologias mais complexas que a última, possuindo a capacidade de simular um cérebro humano fielmente, pois baseia-se em métodos de Redes Neurais Artificiais que permitem que modelos computacionais que a utilizem sejam compostos por várias camadas de processamento que aprendem com os dados em múltiplos níveis de abstração. (LECUN; BENGIO; HILTON, 2015).

Machine Learning e Deep Learning se diferem porque o aprendizado de máquina funciona de forma linear, enquanto o aprendizado profundo funciona organizado em camadas encadeadas, resultando em um aprendizado mais complexo usando conjuntos de dados maiores, o que possibilita análises mais profundas.

Normalmente essas camadas são classificadas em três grupos: as de entrada (*input layer*, em inglês), onde os dados são apresentados e fazem coligações; as camadas intermediárias ou discretas (*hidden layers*, em inglês), onde ocorre a maior parte do processamento, e, finalizando, a de saída (*output layer*, em inglês), onde será finalizado, e apresentado (BRAGA; LUDERMIR; CARVALHO, 2000).

Nota-se na imagem abaixo uma demonstração visual de como funciona o Deep Learning:

Figura 1 – Exemplo do funcionamento de uma Rede Neural Simples e uma Rede Neural Profunda



Fonte: Deep Learning Book (2022, on-line)

Tendo-se em vista sua metodologia de análise, o *Deep Learning* é plenamente capaz de processar quantidades extraordinárias de dados, ajudando o *Machine Learning* a aprimorar a precisão e performance do algoritmo. Um exemplo disso é o Google Tradutor. Até 2016, o Google usava apenas modelos de aprendizado de máquina, que não eram suficientemente precisos, pois os algoritmos realizavam traduções por partes independentes das palavras. Por isso, em 2016, foi anunciada a criação do sistema *Google Neural Machine Translation (GNMT)*, que utiliza algoritmos baseados em *deep learning*. Isso permitiu melhorias significativas na tradução, permitindo sistemas mais inteligentes e trabalhos mais complexos, tentativas de traduzir o texto

de forma mais completa e respeitar o contexto, levando a traduções mais precisas ao longo do tempo (GOOGLE AI BLOG, 2016).

Uma área que tem possibilitado esse crescimento exponencial de tecnologias e sistemas utilizando técnicas de inteligência artificial é o Big Data. Essa capacidade de processar grandes quantidades de dados a uma velocidade vertiginosa é um dos principais ingredientes da inteligência artificial.

A Inteligência Artificial, a ferramenta por trás da mudança, para identificar e reter profissionais qualificados, traz benefícios e riscos bem compreendidos pelos cientistas. A tecnologia utilizada para gerar e entender melhor as informações também possuem um lado sombrio: se os dados que alimentam os algoritmos de I.A são colhidos em uma sociedade misógina, homofóbica e racista, é bem provável que, na falta de um bom controle antidiscriminatório feito pelo programador, o algoritmo reproduza o mesmo comportamento. Esses mecanismos de tomada de decisão podem repetidamente ter consequências negativas para membros minoritários já desfavorecidos na sociedade e, pior ainda, conferir uma aura de legitimidade ao processo.

Os algoritmos replicam o aprendizado, embora as tarefas executadas pela IA sejam matemáticas e, portanto, assumidas como mais justas. Eles analisam as conexões e os dados que mais se aproximam dos perfis de especialistas altamente qualificados e contratados anteriormente. Por exemplo, se a maioria das novas contratações em uma empresa for do sexo masculino, alguns dados podem ser avaliados negativamente, mesmo que estejam indiretamente relacionados a termos femininos.

A simples cegueira do algoritmo aos dados sensíveis não é suficiente para evitar decisões enviesadas.

A discriminação realizada pelo algoritmo e sua opressão social

Para compreender os atos discriminatórios dos algoritmos, é importante saber o que é o algoritmo.

Algoritmo, para entendimento geral, é uma sequência de passos – chamado de “receita” – para executar-se uma tarefa ou resolver um problema. “[...] uma sequência de raciocínios, instruções ou operações para alcançar um objetivo, sendo necessário que os passos sejam finitos e operados sistematicamente.” (ROCKCONTENT, 2019, on-line). Essa sequência de passos deve ser finita. Um exemplo clássico é uma receita de bolo, que possui entradas (ingredientes), seguidas de processamento, realizado em uma sequência bem definida, única e finita de etapas (o processo de preparação) e, finalmente, resultando em uma saída (bolo acabado). A diferença é que com algoritmos de inteligência artificial, estes são muito mais complexos e podem até tomar decisões por conta própria.

Diante dessa lógica, pode-se afirmar que os algoritmos, por meio do *machine learning* e *deep learning*, conseguem induzir premissas, isto é, construir hipóteses com base em um determinado conjunto de dados. (SCHIPPERS, 2018).

Um dos principais problemas em jogo é que, se não for supervisionado, esse processo de aprendizado pode impedir que até mesmo os desenvolvedores e programadores entendem como o algoritmo chegou a um determinado resultado, chamando-os de algoritmos “caixa-preta”

(em inglês, *black box algorithms*).

Coloca-se diante de um grande problema, principalmente com relação ao direito à transparência. Compreende-se que:

Com seus neurônios artificiais conectados de forma a tentar mimetizar a estrutura de um cérebro humano, é difícil acompanhar e “enxergar” o que se dá nelas. Rápidas e complexas, elas complicam a vida de quem quer compreendê-las. Resta aos curiosos analisar seus resultados e, por inferência, supor o processo. Daí o motivo de muitos especialistas se posicionarem como contrários ao uso de algoritmos caixa-preta, ou ao menos preocupados com algumas das consequências de seu uso. [...] Se não é possível entender exatamente como o sistemas caixa-preta funcionam e quais parâmetros utilizam, fica mais fácil duvidar deles ou perder a confiança neles. A IBM, gigante no setor tecnológico, respondeu a essa corrente disponibilizando na nuvem, um serviço que torna visíveis os parâmetros de IA dos sistemas da empresa e permite a detecção de vieses durante seu funcionamento. Dados de um relatório elaborado pelo Institute for Business Value, vinculado à corporação, mostraram que 82% das empresas observadas consideram implementar IA em seus processos, mas delas 60% ainda têm receio quanto a questões de responsabilidade e compliance e 63% não dispõem de recursos humanos e/ou tecnológicos adequados para incorporar a tecnologia de forma confiável (GoToData, 2019, on-line).

Assim, aspectos bastante problemáticos podem ser observados em relação a essas decisões autônomas e algoritmos de ‘caixa-preta’, que ajudam simultaneamente a definir aspetos de um perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito, ou da personalidade de uma pessoa singular. Na prática, a expressão consta na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018).

Na pesquisa realizada para este estudo, Joy Buolamwini, uma pesquisadora negra do MIT, que trabalha na área de inteligência artificial relacionada ao reconhecimento facial, foi uma das primeiras a relatar problemas de identificação com o algoritmo. Quando estava treinando um algoritmo de análise facial, ela percebeu que ele não detectava seu rosto, entretanto, a pesquisadora percebeu que quando utilizava uma máscara branca, o algoritmo conseguiu detectá-la. (BOULAMWINI, 2016)

Em uma palestra que realizou, Joy conclui e explica que o fato dos desenvolvedores desses algoritmos de reconhecimento facial não consegue identificar inúmeros tons de pele e estruturas faciais, fazendo com que os sistemas não reconhecessem o rosto de pessoas negras (CANCELIER, 2019).

Em 2015, ocorreu outra situação de discriminação, envolvendo o Google. Um usuário do Google Photos notou que o aplicativo etiquetava seus amigos negros como gorilas. A inteligência artificial do Google não tinha a capacidade de diferenciar a pele de um ser humano da dos macacos. Esse viés racista do programa forçou o Google a pedir desculpas, prometendo encontrar uma finalidade para o erro. Passou-se o tempo e a solução óbvia para a empresa identificou que, para que o programa não confunda seres humanos com gorilas, deveriam ser suprimidos os gorilas do buscador.

Este acontecimento é um exemplo específico de alguns dos problemas que estão sendo descobertos no campo da I.A. Os algoritmos trazem vieses e preconceitos presentes nas bases de dados (alimentadas por seres humanos) e na utilização dos programadores que os desenvolvem. Compreende-se por discriminação algorítmica, ou viés algorítmico, “a discriminação baseada no tratamento automatizado de dados pessoais (*data-based discrimination*): o processo de tomada de decisão por algoritmos que resulta em um tratamento injusto para os afetados” (SCHIPPERS, 2018, p. 21).

O viés algorítmico pode ter seu surgimento em dois momentos: (I) na formação da base de dados utilizada para seu treinamento e funcionamento, com dados de baixa qualidade, já enviesados e/ou não representativos; e/ou (II) na criação, desenvolvimento e testagem dos algoritmos, no que concerne: ao resultado almejado pelos desenvolvedores, a definição dos critérios utilizados para a tomada de decisão e a falta de diversidade de testes dos mesmos. (SCHIPPERS, 2018).

O desenvolvimento do viés pode ocorrer na formação das bases de dados utilizadas pelos algoritmos para o processo de tomada de decisão. O ponto com relação ao treinamento de dados, onde é relevante para o funcionamento de sistemas que utilizam de tecnologias de inteligência artificial (*machine learning e deep learning*), é a forma de ser usada por meio de exemplos. Logo, se esses exemplos são enviesados, se dá por consequência como o sistema vai entender, construindo resultados discriminatórios como frutos da classificação errônea dos exemplos. (BARROCAS; SELBST, 2016).

Na situação da Joy Buoluwini, o algoritmo de reconhecimento facial teve dificuldades em identificar rostos negros como rostos. Por isso, o algoritmo não coletou dados suficientes e de qualidade para conseguir identificar com precisão diferentes tons de pele e estruturas faciais.

Nessa lógica afirma Maria Cristine Lindoso (2019, p. 62):

O impacto negativo da falta de representatividade dos dados é evidente, e gera um distanciamento, por parte do processo automatizado, da igualdade de gênero que deve ser perseguida. Na verdade, a discussão da representatividade abrange questão muito maior, que envolve todos os grupos marginalizados, principalmente aqueles que ainda não foram atingidos pelo desenvolvimento tecnológico.

O documentário da Netflix, *Coded Bias*, investiga o viés nos algoritmos depois que a pesquisadora do MIT - Instituto de Tecnologia de Massachusetts (Massachusetts Institute of Technology, em inglês), Joy Buoluwini, descobriu falhas na tecnologia de reconhecimento facial. Logo no início do documentário, ela demonstra o erro de um sistema de análise facial com uma simples ação. Ela posiciona o seu rosto em frente a um espelho com a IA. Quando ela coloca a máscara branca, o sistema detecta a face. Quando tira, nada acontece.

O levantamento de questões acerca do comportamento das novas tecnologias é crucial para entender até que ponto a Inteligência Artificial reforça atitudes racistas e em que nível a Lei Geral de Proteção de Dados trata a imagem como um dado pessoal e não com um dado sensível. Compreendendo também como os usuários revigoram e promovem este tipo de conteúdo em contraponto com os direitos humanos e da personalidade.

O sistema de reconhecimento facial e suas rupturas

O uso do reconhecimento facial tornou-se comum e traz consequências principalmente no direito à imagem das pessoas, devendo, portanto, observar-se o princípio da finalidade, tal como previsto na LGPD.

O reconhecimento facial é uma das ferramentas criadas pela inteligência artificial. Antes de entendê-lo, nota-se que a inteligência artificial é “uma subárea da ciência da computação e busca fazer simulações de processos específicos da inteligência humana por intermédio de recursos computacionais” (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 20), ou melhor, “envolve utilizar métodos baseados no comportamento inteligente de humanos e outros animais para solucionar problemas

complexos” (COPPIN, 2010, p. 4).

É relevante, compreender que, o conceito apresentado por Silva, Lenz, Freitas e Bispo (2019, p. 13), traz uma sugestão do que é o reconhecimento de expressões faciais:

O termo 'inteligência artificial' representa um software diferente dos demais, pois é inteligente e visa fazer os computadores realizarem funções que eram exclusivamente dos seres humanos, por exemplo, praticar a linguagem escrita ou falada, aprender, reconhecer expressões faciais, etc. Seu campo tem um longo histórico e muitos avanços, como o reconhecimento de caracteres ópticos, que atualmente são considerados de rotina.

Uma das dificuldades da atualidade é compreender o uso da identificação facial como regular em diferentes atividades do dia a dia, entendendo que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) não se aplica para fins exclusivos de segurança pública, salientando, porém que nas demais hipóteses deverá haver o consentimento dos titulares para o uso de suas imagens faciais.

São diversos fatores que são levados em discussão. Diversos serviços começaram a utilizar o reconhecimento facial como ferramenta de identificação, como o do metrô de São Paulo. No ano de 2018, a concessionária foi ordenada a parar o projeto “Portas Digitais”, em que eram utilizadas tecnologias de reconhecimento facial para analisar os rostos dos passageiros do serviço público para fins publicitários. Em maio de 2021, a Via Quatro, empresa que tem a concessão da linha 4-amarela do metrô de São Paulo, foi condenada a pagar uma multa pela captação de imagens por câmeras de reconhecimento facial sem o consentimento dos passageiros. Em tal período não havia a LGPD, mas a atuação da concessionária do serviço público ocorreu em virtude da vigência do Código de Defesa do Consumidor. (GERMANO, 2021; MIGALHAS, 2021).

Outra situação importante a recordar foi o ocorrido em Detroit, nos Estados Unidos, em 2018, logo após um ano de implementação de um sistema de reconhecimento facial pela polícia local, a taxa de erro do sistema foi de mais de 95%. (WXYZ, 2020).

O sistema ainda parece falho quando da identificação facial do indivíduo pela cor, o que pode resultar em atividade racista, não admitida pela LGPD, tampouco pela Constituição Federal. Apesar de tantas repercussões, o sistema de reconhecimento facial continua falho, trazendo consequências sociais e perpetuando problemas já enraizados.

Neste ano, no mês de janeiro, foi noticiada a confusão da lista de procurados pela Polícia Civil do Ceará, sobre a chacina de Sarapinga, ocorrida no Estado do Ceará em 2021. No Termo de Reconhecimento Fotográfico, uma foto do ator Michael B. Jordan, astro das franquias “Creed” e “Pantera Negra”, foi utilizada pela Polícia Civil em um catálogo para o reconhecimento de suspeitos. Sobre a realização do reconhecimento de pessoas, a Polícia Civil informou em nota que o trabalho de reconhecimento fotográfico é “apenas uma das etapas que podem levar ao indiciamento de um acusado” (G1 CE, 2022). Disseram ainda que editaram uma nota técnica, em setembro de 2021, que define as normas para ação de reconhecimento de pessoas, seja presencial ou fotográfica, a ser seguida pelos delegados da Polícia do Estado do Ceará.

Perante isso, é urgente discutir os desafios da construção de um banco de imagens audível (procedência da imagem rastreável e legal), padronizado (todas as fotografias com mesma qualidade) e que, assim, tenha a capacidade de ter à presunção de inocência do cidadão que porventura assuma a condição de suspeito de um delito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão teórica tratada neste estudo, em que buscou uma resposta para a pergunta relativa à imagem estar no rol de dados pessoais sensíveis da LGPD, esclarece sobre a Lei Geral de Proteção de Dados; dados pessoais e sensíveis; verifica-se se a imagem é realmente protegida; analisa o direito à imagem no ordenamento jurídico; direitos da personalidade e de um de seus ramos, que é o direito à imagem. Compreende-se também o papel da Inteligência Artificial na LGPD, os resultados preconceituosos, vindo com a discriminação algorítmica sendo refletidos em uma opressão social, e a relação da imagem no reconhecimento facial e suas consequências.

Os cuidados que devem ser realizados com a imagem e seu viés é fundamental, colaborando com a consciência de que mesmo com o avanço digital sendo benéfico de uma forma, ainda há sequelas de uma insegurança tecnológica e jurídica, onde existe uma indiferença no progresso da confiança nas ferramentas tecnológicas e seus algoritmos.

O abundante erro na utilização da foto de Michael em um reconhecimento fotográfico não poderá ser abrandado por nota à imprensa, onde informa que a nefasta prática, conhecida como “álbum de suspeitos”, é que será supostamente atenta ao risco de falsos positivos. Existe racismo na postagem da imagem do ator norte americano e há racismo ao manter o “álbum de suspeitos”, e as mudanças devem vir do sistema de Justiça, ao viabilizar tecnologia e capacitação para o reconhecimento e protocolos de reconhecimento baseados em evidência.

Constatou-se que é relevante compreender que a imagem tem tendência a ser um dado pessoal sensível, devido ao excesso de confusões e racismo acerca desse ponto, além de debates e discussões sobre o direito à imagem e os cuidados com o reconhecimento facial, e a sua fragilidade nos bancos de dados, sendo um dos fatores fundamentais para ocorrerem mais crimes cibernéticos, preconceitos e discriminações.

Por fim, reitera-se que a imagem precisa ser analisada com maior atenção pelos legisladores, vez que deveria incorporar o rol de dados sensíveis na LGPD, pois conforme os casos aqui apresentados a imagem pode e é utilizada de forma discriminatória, impactando na sociedade e vida dos atingidos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 1989. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1989.

BAATZ, Willfried. Photography: An Illustrated Historical Overview. Nova Iorque: Barron's, 1997.

BARBIERI, Carlos. Governança de Dados: Práticas, conceitos e novos caminhos. 1. ed. Brasil, 2019.

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. California Law Review, [s.l.], v. 104, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899. Acesso em: 9 nov. 2022.

BOULAMWINI, Joy. How I'm fighting bias in algorithms. TED Talk 2016. Disponível em: https://www.ted.com/talks/joy_buolamwini_how_i_m_fighting_bias_in_algorithms. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRAGA, Antonio de Pádua; LUDERMIR, Teresa Bernarda; CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira. Redes neurais artificiais: teoria e aplicações. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

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

BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 17 dez. 2022.

CODED Bias: documentário da Netflix revela viés racista em algoritmos. Guia do Estudante, [S. l.], 17 abr. 2021. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/dica-cultural/coded-bias-documentario-da-netflix-revela-vies-racista-em-algoritmos/>. Acesso em: 2 dez. 2022.

COPPIN, Ben. Inteligência artificial. Rio de Janeiro: LCT, 2010.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Lei Geral de Proteção de Dados pessoais comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CANCELIER, Mariela. Tecnologia de reconhecimento facial é menos eficaz em negros, segundo estudo: Algoritmos também têm dificuldade com rostos asiáticos. 2019. Disponível em: <https://mundoconectado.com.br/noticias/v/11662/tecnologia-de-reconhecimento-facial-e-menos-eficaz-em-negros-segundo-estudo>. Acesso em: 7 mar. 2021.

DATA SCIENCE ACADEMY. Deep Learning Book: 2022. Capítulo 3 – O Que São Redes Neurais Artificiais Profundas ou Deep Learning? Disponível em: <http://deeplearningbook.com.br/o-que-sao-redes-neurais-artificiais-profundas/>. Acesso em: 10 dez. 2022.

DETROIT police challenged over face recognition flaws, bias. WXYZ. 24 jun. 2020. Disponível em: <https://www.wxyz.com/news/america-in-crisis/detroit-police-challenged-over-face-recognition-flaws-bias>. Acesso em: 18 dez. 2022.

DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. Imprensa livre, dano moral, danos à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil. São Paulo: Método, 2002.

ESPAÑA. [Constituição (1978)]. Constituição Espanhola de 1978. [S. l.: s. n.], 1978.

FALCÃO, Daniel; PEROLI, Kelvin. As novas abordagens da privacidade: contextos, tipos e dimensões. Migalhas de Proteção de Dados, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/357252/as-novas-abordagens-da-privacidade-contextos-tipos-e-dimensoes>. Acesso em: 10 dez. 2022.

FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (coords.). Comentários à lei geral de proteção

de dados: Lei 13.709/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FOTO de astro do cinema Michael B. Jordan aparece em lista de procurados pela polícia do Ceará. G1 CE.2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/01/07/astro-do-cinema-michael-b-jordan-aparece-em-lista-de-procurados-pela-policia-do-ceara.ghtml> . Acesso em: 23 nov. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: V. 1. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. Manual de Direito Civil. Vol. Único. 3ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

GERMANO, Luiz Paulo. Reconhecimento facial X LGPD. BAGUETE. 28 jun. 2021. Disponível em: <https://www.baguete.com.br/noticias/28/06/2021/reconhecimento-facial-x-lgpd>. Acesso em: 18 dez. 2022.

GOOGLE AI BLOG. A Neural Network for Machine Translation, at Production Scale. Disponível em: <https://ai.googleblog.com/2016/09/a-neural-network-for-machine.html>. Acesso em: 2 dez. 2022.

GOOGLE conserta seu algoritmo “racista” apagando os gorilas. BRASIL EL PAÍS. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/14/tecnologia/1515955554_803955.html. Acesso em: 2 dez. 2022.

GO TO DATA. Caixinhas de segredos: as máquinas que não conseguimos decifrar. Disponível em: <http://gotodata.com.br/web/caixinhas-de-segredos-as-maquinas-que-nao-conseguimos-decifrar/>. Acesso em: 3 mar. 2021.

KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon, 2019. Dados sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: mecanismos de tutela para o livre desenvolvimento da personalidade. 2019. 119 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora. p. 49. Disponível em: <https://bit.ly/3kHxLxS>. Acesso em: 10 dez. 2022.

LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HILTON, Geoffrey. Aprendizagem Profunda. Revisão, 2015.

LINDOSO, Maria Cristine Branco. Discriminação de gênero em processos decisórios automatizados. Dissertação - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília. 2019. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38524/1/2019_MariaCristineBrancoLindoso.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

LINHA de metrô é condenada por instalar câmeras com captura facial. MIGALHAS. 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/345285/linha-de-metro-e-condenada-por-instalar-cameras-com-captura-facial>. Acesso em: 18 dez. 2022.

LUGER, George F. Inteligência artificial. 6ª edição. São Paulo: Pearson Universidades, 2013.

MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: manual de implementação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MACHINE Learning: O que é e qual sua importância? SAS.2021. Disponível em: https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html. Acesso em: 3 dez. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos

morais. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin. O tratamento de dados pessoais sensíveis. In: MULHOLLAND, Caitlin (Org.). A LGPD e o novo marco normativo no Brasil. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência artificial e direito. Curitiba: Alteridade, 2019.

PENTEADO, Luciano de Camargo. O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade. Revista de Direito Privado, vol. 13, nº 49, pp. 73-109 (p. 91), jan./mar. 2012.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. Constituição da República Portuguesa de 1976. [S. l.: s. n.], 1976.

RELATÓRIO de IBM Security: Dobram os ataques às indústrias que dão suporte aos esforços em resposta à COVID-19. IBM CAMBRIDGE, Mass. 2021. Disponível em: <https://www.ibm.com/blogs/ibm-comunica/ibm-security-ataques-ciberneticos/>. Acesso em: 24 nov. 2022.

ROCKCONTENT. Saiba como funciona um algoritmo e conheça os principais exemplos existentes no mercado. 2019. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/algoritmo/> Acesso em: 8 nov. 2022.

SÃO PAULO. Lei nº 43.236, de maio de 2003. Dispõe (Regulamenta a Lei nº 13.541, de 24 de março de 2003, que determina a colocação de placas informativas sobre filmagem de ambientes). Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-43236-de-22-de-maio-de-2003>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SHIPPERS, Laurianne-Marie. Algoritmos que discriminam: uma análise jurídica da discriminação no âmbito das decisões automatizadas e seus mitigadores. Monografia - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29878/Algoritmos%20que%20discriminam%20-%20Laurianne-Marie%20Schippers.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SILVA, Fabrício Machado da; LENZ, Maikon Lucian; FREITAS, Pedro Henrique Chagas; BISPO, Sidney Cerqueira. Inteligência artificial. Porto Alegre: Sagah, 2019.



**Inteligência de segurança pública e
o enfrentamento criminal no brasil:
aspectos legais e doutrinários**

**Public safety intelligence and criminal
address in brazil: legal and doctrinal
aspects**

Adenilton Pinto Lopes

Especialista em segurança pública e em Inteligência de Segurança Pública

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.16

RESUMO

O presente trabalho parte do entendimento de que a Inteligência de Segurança Pública é uma atividade de assessoramento informacional que busca qualificar as ações do decisor. Tendo em vista a necessidade de contextualizar a Inteligência como um serviço de Estado, nesta oportunidade são realizadas breves reflexões sobre o seu papel de assessoramento na segurança pública e defesa social no Brasil. Outrossim, é apontada a ineficiência normativa e o quanto está fragiliza o exercício de Inteligência frente ao desafio de tornar as ações de enfrentamento à criminalidade mais eficientes. Ademais, esta pesquisa sinaliza a necessidade de superar estigmas que ainda permeiam o senso comum brasileiro sobre o serviço secreto, a fim de criar um ambiente social e jurídico favorável ao avanço de sua atuação em defesa dos direitos e garantias individuais e do próprio estado democrático de direito. Sendo assim, este trabalho tem como objetivo dá luz a discussão do quanto esta temática é estratégica para as forças policiais brasileiras e necessária ao aperfeiçoamento das suas ações frente o dinâmico e intrincado cenário criminal.

Palavras-chave: inteligência. estado. sociedade. segurança pública.

ABSTRACT

The present work is based on the understanding that Public Security Intelligence is an informational advisory activity that seeks to qualify the actions of the decision-maker. Bearing in mind the need to contextualize Intelligence as a State service, this opportunity presents brief reflections on its advisory role in public security and social defense in Brazil. Furthermore, normative inefficiency is pointed out and how much this weakens the exercise of Intelligence in the face of the challenge of making actions to combat crime more efficient. Moreover, this research signals the need to overcome stigmas that still permeate the Brazilian common sense about the secret service, in order to create a social and legal environment favorable to the advancement of its performance in defense of individual rights and guarantees and of the democratic state itself. right. Therefore, this work aims to shed light on how this theme is strategic for the Brazilian police forces and necessary for the improvement of their actions in the face of the dynamic and intricate criminal scenario.

Keywords: intelligence. state. society. public security.

INTRODUÇÃO

O Brasil guarda tamanhos continentais e uma diversidade de riquezas naturais e culturais que, apesar das oportunidades, apresentam do ponto de vista da segurança pública muitas vulnerabilidades. Ademais, tal cenário agrava-se com problemas relacionados às questões sociais, políticas, econômicas e ambientais, estes afetos, em alguma medida, a todo o mundo globalizado. Desta forma, as Instituições de segurança pública e defesa social são instadas a, dentro das suas competências legais, garantir a defesa dos direitos individuais e coletivos, tendo em vista a manutenção e o fortalecimento do estado democrático de direito.

O dinâmico e complexo cenário criminal requer uma atuação de enfrentamento cada vez mais qualificada por parte das Instituições de segurança pública e defesa social. Sendo assim, a Inteligência de Segurança Pública (ISP) se apresenta como uma ferramenta que visa a subsidiar

nos âmbitos político, estratégico, tático e operacional, as medidas policiais voltadas à proteção de pessoas e do patrimônio, tornando-as mais efetivas.

Nesse contexto, a ISP é uma atividade essencial à gestão das forças policiais, visando a obter mais eficiência e eficácia nos resultados. Portanto, em que pesem as recentes legislações publicadas referentes à Política¹ e à Estratégia² de Inteligência de Segurança Pública demonstrarem uma evolução normativa, considerando a importância estratégica no combate à criminalidade para o país, há um longo caminho a ser construído. Entretanto, a falta de previsibilidade constitucional e os estigmas que ainda nutrem o senso comum sobre a atividade sigilosa, trazem desconfiças e limitações ao seu exercício.

Decerto, o processo histórico de construção da democracia brasileira, sobretudo a partir da nova constituinte, propiciou um ambiente de equivocadas conjecturas sobre o serviço secreto por parte dos legisladores e da sociedade em geral. Desta forma, o país encontra dificuldades para solidificar as bases legais que favoreçam a segurança jurídica necessária ao avanço dos Sistemas e Subsistemas de Inteligência.

Diante desse contexto, as reflexões que são demonstradas nesta pesquisa tratam de questões que apontam para a necessidade de superar as percepções equivocadas sobre a atividade de Inteligência. E mais, para a compressão da ISP como ferramenta de Estado e imprescindível às forças policiais no enfrentamento criminal contemporâneo. Nesse sentido, aventa-se sobre o quanto o serviço reservado tende a contribuir com os propósitos de garantia dos direitos individuais e coletivos, consubstanciados na defesa do próprio estado democrático de direito.

SEGURANÇA PÚBLICA: ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS

A segurança pública é uma pauta de ordem mundial. Neste sentido, e diante das suas dinâmicas em consequência de um arranjo globalizado, as questões criminais devem ser tratadas de forma ampla e transversal, levando em consideração os desafios impostos à sociedade moderna. Referindo-se a este novo cenário, apontam Chuy e Matos (2020, p. 142):

As novas ameaças transnacionais, a cibercriminalidade, o crime organizado e o terrorismo resultaram na diminuição da capacidade dos Estados de exercerem isoladamente a sua defesa frente às ameaças do século XXI, criando novas condições de insegurança.

Nesse mesmo sentido, afirma Rodrigues (2020, p. 20):

Assistimos ao advento de uma nova sociedade, global e de risco, caótica e de fluxos instantâneos, que assumiu o significado de uma rutura epocal com um passado ainda recente. E, com as ameaças, as incertezas e a instabilidade - as crises -, os Estados mostraram as suas vulnerabilidades e as dificuldades que enfrentam em lidar com a questão da segurança.

No Brasil, a segurança pública, consoante preceitos da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 78) é “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”. Para tanto, o poder público, por meio das Instituições legalmente constituídas, define competências a fim de que o direito social da segurança faça-se acontecer através das mesmas, em parceria com a sociedade e alinhado às necessidades de cada momento. Neste sentido, a referida norma constitucional define em seu Art.144, que:

¹ Decreto Nº 8.793, de 29 de junho de 2016. Aprova a Política de Inteligência de Segurança Pública.

² Decreto Nº 10.778, de 24 de agosto de 2021. Aprova a Estratégia Nacional de Inteligência de Segurança Pública.

A segurança pública, **dever do Estado**, direito e **responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares; VI - polícias penais federal, estaduais e distrital (BRASIL, 1988, p. 78-79). (grifos nossos)

Tomando por base esse espectro normativo, deve-se considerar a forma com que cada uma das instituições atende às demandas da chamada “sociedade global e de risco (CHUY; MATOS, 2021, p. 144). Conforme enfatizam estes autores:

Na atual sociedade global e de risco, o conceito pluralizado de segurança demanda ao Estado, antes de mais nada, uma verdadeira prestação social protetiva. Para tanto, dentro dos princípios constitucionais, a atualização e a modernização do arcabouço legislativo estatal mostram-se fundamentais, medida sem a qual não se pode pensar em avançar na abordagem do problema.

Alinhado a essa perspectiva, na norma constitucional brasileira, o legislador estende a responsabilidade de segurança pública para além do Estado, alcançando toda a sociedade. Neste quesito, é possível aventar uma percepção evolutiva diante da denominada “sociedade global e de risco”, uma vez que esta recai também sobre a necessidade de o cidadão compreender que relativizar direitos individuais, não significa necessariamente perdê-los, mas garantir, em situações pontuais, a proteção de um bem maior, em nome da segurança coletiva.

Parte desse novo olhar engloba a atividade de ISP, uma vez que esta representa a possibilidade do aprimoramento nas medidas de proteção e defesa social, tanto no campo político e estratégico, quanto no universo tático/operacional. Nessa ordem, e referindo-se às questões jurídicas que envolvem os limites das operações de inteligência, conclui Ferro (2021, p. 220):

Recomenda-se o incentivo ao debate público mais amplo para a sociedade brasileira decidir se prefere, em prol da segurança, uma atividade de Inteligência de segurança pública mais forte e mais atuante em detrimento de certas garantias individuais; ou se prefere um Estado tão garantista dos direitos humanos a ponto de diminuir a eficiência das instituições Estatais. A situação ideal seria garantir, na mesma medida, tanto a segurança quanto os direitos humanos. Na hipótese de não ser possível o mundo ideal, a sociedade brasileira deverá refletir e escolher o quanto que prefere garantir ou ceder de cada parte.

Portanto, diante da importância da ISP no enfrentamento criminal, acredita-se necessário que a sociedade, inclusive no que se refere ao seu controle externo, avance na discussão deste tema. Sendo assim, o debate é oportuno para a evolução do papel social da atividade sigilosa, superando estigmas e a compreendendo como uma ferramenta de Estado em defesa da sociedade.

INTELIGÊNCIA DE SEGURANÇA PÚBLICA: REFLEXÕES SOBRE O CONTEXTO NORMATIVO

A Política Nacional de Inteligência de Segurança Pública (PNISP)³ define a Atividade de ISP como:

[...] exercício permanente e sistemático de ações especializadas destinadas à identificação, à avaliação e ao acompanhamento de ameaças reais e potenciais no âmbito da segurança pública, orientadas para a produção e a salvaguarda de conhecimentos necessários ao processo decisório no curso do planejamento e da execução da PNSPDS⁴ e

³ Decreto n.º 8.793, de 29 de junho de 2016. Aprova a Política de ISP.

⁴ Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), criada pela Lei Federal 13.675, de 11 de junho de 2018, com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito

das ações destinadas à prevenção, à neutralização e à repressão de atos criminosos de qualquer natureza que atentem contra a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 2021, p. 01).

Entretanto, para atender ao seu desiderato, a atividade de ISP precisa desenvolver ações sigilosas para produzir conhecimento, visando ao assessoramento do decisor. Dentre estas atividades, as operações de inteligência se sobressaem em razão do seu caráter mais evasivo. Entretanto, ressalta Barbosa (2011, p. 28) que:

[...] as Operações de Inteligência, face da atuação da Atividade de Inteligência de Segurança Pública, mais (in)visível e invasiva só pode ser levada a termo se há legitimidade e licitude no bojo desta ação. Assim não sendo, os dados angariados em sede de Operações, que darão, por exemplo, pálio à parturição do futuro elemento probatório, estarão maculados, viciados e, por via de consequência, imprestáveis à repressão criminal.

As operações de inteligência se constituem em ações e técnicas especializadas voltadas à busca de conhecimento privilegiado (dado negado)⁵, a fim de suprir a necessidade de acesso ao dado negado, tendo em vista a produção e proteção do conhecimento de inteligência (BRASIL, 2022, p. 30). Para tanto, as Instituições públicas, de forma geral, em razão da necessidade de cumprir com eficiência a sua finalidade, requerem conhecimentos seguros, úteis e oportunos para o adequado direcionamento das ações e dos recursos disponíveis.

Nessa medida, no âmbito da segurança pública, sinaliza Gonçalves (2016, p. 96):

[...] as operações como vigilância, recrutamento, interceptações de comunicações e fotografias são recursos valiosos para identificar criminosos, tipologias, e reunir dados para a produção de conhecimentos que auxiliarão as autoridades públicas a planejar políticas de combate à criminalidade, inclusive, com a neutralização de organizações criminosas.

Contudo, é fundamental que as operações, e todas as outras ações de Inteligência, estejam alinhadas às normas legais vigentes, e que seus operadores adquiram níveis de tecnicidade que afastem os riscos e potencializem os resultados. Nesta questão, Feitosa *apud* Ferro (2021, p. 90) se refere a quatro importantes princípios constitucionais que fundamentam e ao mesmo tempo limitam a atividade de ISP: “a) princípio da igualdade; b) princípio da proporcionalidade; c) princípio da eficiência; e, d) princípio do devido processo legal.” E acrescenta “um quinto fundamento, que é o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (FERRO, 2021, p. 92).

Nesse diapasão, é importante a questão lembrada por Gonçalves (2016, p. 134) ao afirmar que é “exatamente o controle eficiente e eficaz que garantirá que os serviços de inteligência operem dentro de princípios democráticos e realize uma atividade verdadeiramente em benefício do Estado e da sociedade”. Assim, o mencionado autor também aponta a ética na condução da atividade:

Sem ética, todo o restante da atividade não passa de trabalho sujo, e que põe em risco a sociedade, o Estado, o regime democrático e suas instituições, inclusive a própria comunidade de inteligência. É por meio da ética que o serviço secreto se diferencia como órgão a serviço de um bem maior, ganha confiança da sociedade e dos tomadores de decisão. (GONÇALVES, 2016, p. 132).

Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade.

5 Conforme a Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (DNISP), “dado é aquele que necessita de uma operação de busca para a sua obtenção.” Por sua vez, Operação de busca “são todos os procedimentos realizados pelo Elemento de Operações (ELO) de uma AI, envolvendo ambos os ramos da ISP, a fim de reunir dados protegidos e/ou negados em um universo antagônico. A DNISP - 4ª Edição, por força da Portaria n.º 2, de 12 de janeiro de 2016, é considerada documento de acesso restrito, conforme art. 45, do Decreto n.º 7.845, de 14 de novembro de 2012.

Nessa ordem, para ocorrer o amadurecimento da atividade de ISP no país, o aprimoramento técnico deve ser perseguido e a cultura de Inteligência disseminada nas Instituições e na sociedade. No estudo realizada por Barros (2012, p. 177), com o tema “Estigma da atividade de Inteligência e o endomarketing”, o autor conclui que os contextos:

[...] estigmatizantes e discriminatórios dentro da segurança pública contra a ISP violam e desacreditam um segmento de suma importância para os aspectos da prevenção e repressão da criminalidade em geral, ocasionando oportunidades de obtenção de sucesso para as ações criminosas.

Em outro nível, a sociedade, ainda que de forma representativa, por meio dos legislativos, necessita desmitificar o tema e sensibiliza-se para o debate, visando ao avanço normativo. Tal perspectiva inclusiva traduz-se num dos objetivos apresentados pela PNISP (BRASIL, 2021), que visa a “conscientizar a sociedade e os poderes constituídos acerca da importância da atividade de inteligência de segurança pública”.

Assim sendo, o projeto lei n.º 2.719, de 2019, que almeja se constituir como o marco regulatório da atividade de Inteligência no Brasil, atualmente em tramitação no Senado Federal, trata-se de mais uma oportunidade de debate para progredir no âmbito nacional sobre a temática. Neste horizonte, a referida proposta normativa leva em consideração a desvantagem brasileira frente aos demais países do mundo em termos de vulnerabilidade social e do Estado:

O Brasil é uma das maiores potências mundiais e encontra-se em séria desvantagem estratégica em face dos demais países que possuem atividades de inteligência capazes de monitorar os mais altos cargos da República, ter acesso a segredos políticos, econômicos e tecnológicos e, enfim, vulnerabilizar a segurança da sociedade e do Estado brasileiro. (GOMES, 2019, p. 15).

Sendo assim, mesmo consciente de que a solução do problema de (in)segurança pública não está isoladamente na atividade de Inteligência, diante do seu papel institucional, esta tem muito a colaborar. Para tanto, torna-se urgente o amadurecimento dos atores nacionais sobre esta temática, visando a lhe dar maior legitimidade social, por meio da sua inserção no texto constitucional e criação de um efetivo e eficiente controle externo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança pública e as suas variáveis encontram-se em um constante processo de mudança. As instituições de segurança pública, para o cumprimento das suas missões constitucionais, necessitam da Inteligência a fim de compreender os fenômenos e melhor direcionar suas ações, sejam no âmbito político, estratégico, tático ou operacional.

No que tange a atividade de ISP, esta é essencial ao processo de produção de conhecimento; contudo, como visto, não há ainda no país um ambiente seguro que favoreça o seu exercício pleno. É natural, em razão da construção política social brasileira, que outrora tenha ocorrido desconfianças quanto ao serviço sigiloso, mas ante as necessidades do agora, urge avanços nesta discussão.

Em razão da responsabilidade de todos pela segurança pública, conforme direcionado na Carta Magna, importante se faz também, por meio do modelo representativo adotado pelo Brasil, que os legisladores estejam aptos a debater o tema. Estes, diante do compromisso da boa governança, sem amarras estigmatizantes preconcebidas, devem compreender que o en-

frentamento da criminalidade passa pela necessidade de informações úteis, oportunas e seguras oriundas dos serviços de Inteligência.

Por tudo, é chegada a hora de dialogar com a sociedade sobre a Inteligência Policial em geral, distanciando do secretismo exacerbado e apresentando uma atividade de importância para a defesa da sociedade. Esta perspectiva perpassa também pela qualificação dos seus operadores e gestores, visando à construção e ao fortalecimento da cultura de inteligência.

Sob esse prisma, é possível vislumbrar o amadurecimento da Comunidade de Inteligência no Brasil e na sociedade em geral, tendo em vista a atuação sistêmica e integrada. Este cenário reflete na segurança jurídica dos profissionais e, por conseguinte, na proficiência dos resultados das Instituições por meio das suas respectivas ações de prevenção e repressão aos fenômenos criminas.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Adriano Mendes. A Atividade de Inteligência de Segurança Pública. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 28, jan. / jun. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.31412/rbcp.v2i1.33>; Acesso em: 18 mai. 2022.
- BARROS, Ronelson Jorge de. O Estigma da Inteligência e o Endomarketing. In: CASTRO, Clarindo Alves de; FILHO, Edson Benedito Rondon [Coords]. *Inteligência de Segurança Pública: um xeque-mate na criminalidade*. Curitiba: Juruá, 2012.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mai. 2022.
- BRASIL. Decreto Federal n.º 10.777, de 24 de agosto de 2021. Institui a Política Nacional de Inteligência de Segurança Pública. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.777-de-24-de-agosto-de-2021-340717199>. Acesso em: 15 de mai. 2022.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. *Doutrina de Inteligência Policial*. Brasília: 2022.
- CHUY, José Fernando Moraes; MATOS, Hermínio Joaquim de. Segurança: da evolução de um conceito à garantia democrática. *Revista SUSP*, Brasília, v.1, n. 1, p. 20, jan. / jun. 2021. Disponível em: <http://revistasusp.mj.gov.br/susp/index.php/revistasusp/issue/view/1/1>. Acesso em: 17 mai. 2022.
- FERRO, Alexandre Lima. *Os Direitos Humanos como limitadores das Operações de Inteligência de segurança Pública*. Brasília – DF: Ultima Ratio, 2021.
- FRANCO, Jacinto Rodrigues; SANTOS, Marcos Antônio dos. *A Atividade de Inteligência de Segurança para o Século XXI*. 1. ed. Brasília: Prospect Intelligence, 2016.
- GOMES, Sergio Olímpio. Projeto de Lei n.º 2719. Estabelece o marco regulatório da Atividade de Inteligência Brasileira. Brasília: Senado Federal, 08 de mai. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136646>. Acesso em: 19 mai. 2022.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de Inteligência e legislação correlata*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A Política Criminal no Estado de Direito do Século XXI - os desafios da segurança. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 20, jan. / abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.31412/rbcp.v11i1>. Acesso em: 18 mai. 2022.



Depoimento especial policial e seu impacto nos processos iniciados no NUCRIA - Ponta Grossa

Simone Sanson e Silva
Vanessa Milan

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.145.17

RESUMO

O interesse desse estudo surgiu a partir da observação da grave lacuna legal referente a escuta especializada no ambiente da delegacia especializada de proteção à criança e adolescente. Verifica-se ser uma escuta *sui generis*, pois acolhe a criança em momento de crise, direciona-a às redes de proteção, mas diferencia-se em sua essência pela persecução criminal que se inicia após sua escuta.

Palavras-chave: adolescente. criança. fatores de proteção. proteção da criança.

ABSTRACT

The interest of this study arose from the observation of the serious legal gap regarding specialized listening in the environment of the specialized police station for the protection of children and adolescents. It turns out to be *sui generis* listening, as it welcomes the child in crisis moment, directs them to the protection networks, but differs in essence due to the criminal prosecution that begins after listening.

Keywords: adolescent. child. protective factors. child protection.

INTRODUÇÃO

O direito está entre o que se chama de ciências sociais aplicadas, dessa forma, seu objetivo é auto explicativo e se perfaz na persecução de direitos derivados da dinâmica social.

Assim as leis de forma geral são criadas a partir de uma demanda social, e não foi de forma diversa com a Lei 13.431/17, que alterou sobremaneira a forma de depoimento de crianças e adolescentes.

Essa Lei surgiu a partir de uma experiência bem sucedida na 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre (RS), iniciada em 2003 (Childhood), e da percepção de que crianças e adultos têm peculiaridades que os torna diferentes, e por essa razão merecem tratamento diferenciado. Esse procedimento traduz o princípio da equidade, que reflete em oferecer um tratamento desigual para que as pessoas tenham direitos iguais.

Segundo Oliveira, além da igualdade perante a lei, ou igualdade formal, há também a necessária busca pela igualdade material, o que se revela na promoção de políticas governamentais voltadas a grupos vulneráveis.

A Lei 13.431/17 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito à forma com que crianças e adolescentes devem ser ouvidos, quando estas forem vítimas ou testemunhas de alguma forma de violência. O novo diploma legal além de garantir um trâmite mais célere e humanizado à criança vítima ou testemunha de violência, também, inova com dois institutos processuais: a escuta especializada e o depoimento especial.

O depoimento especial policial é o cerne do NUCRIA. É neste espaço que a vítima irá

encontrar não só o ambiente mais adequado para seu depoimento, mas a indispensável atuação do profissional de Psicologia especializado e capacitado para acolhê-la e ouvi-la.

Esse procedimento inovador torna-se de suma importância, uma vez que proceder ao interrogatório de um infante nos mesmos moldes de um adulto é, no mínimo infrutífero, tornando-se até mesmo agressivo.

A citada lei não impõe preferência entre um ou outro instituto, devendo apenas verificar sua aplicabilidade no caso concreto considerando a idade da vítima, ou seu desenvolvimento mental, e capacidade de compreensão dos fatos.

Uma vez que o legislador optou por colocar os dois institutos dentro do mesmo capítulo, percebe-se que a validade da utilização de qualquer um: a escuta especializada ou o depoimento especial. Reforça esse entendimento o disposto no artigo 22 da lei 13.431/17 “os órgãos policiais envolvidos envidarão esforços investigativos para que o depoimento especial não seja o único meio de prova para o julgamento do réu.” Assim embora cite explicitamente que os órgãos policiais envolvidos envidarão esforços investigativos para que o depoimento especial não seja o único meio de prova para o julgamento do réu, sabe-se que, muitos delitos além de serem praticados em lugar privado, também não deixam marcas passíveis de análise pelo Instituto Médico Legal, sendo, dessa forma, a palavra da vítima a única prova existente.

O citado diploma, elenca duas situações: a escuta especializada, (artigo 7º Lei 13.431/17) realizada indistintamente por qualquer profissional da rede de proteção ligado ao sistema de garantia de direitos e o depoimento especial que tem escopo de subsidiar processo judicial (artigo 8º Lei 13.431/17).

As diferenças entre os dois institutos não se encerram aí, enquanto na escuta especializada o discurso do depoente é livre (artigo 10, Lei 13.431/17), no depoimento especial segue protocolos que garantem que o ouvinte seguirá *pari passu* o roteiro que lhe é designado (artigo 11 Lei 13.431/17). Esse protocolo procedimental dá segurança ao interlocutor para colher o depoimento, já que nenhuma qualificação especial lhe é solicitada, a não ser o curso de capacitação e sua vinculação ao Poder Judiciário.

Entretanto, em que se pese as peculiaridades benéficas da Lei 13.431/17, esse diploma legal não levou em consideração uma situação que, ao nosso ver, se faz de mister importância: o depoimento especial policial.

Trata-se das situações em que a criança, levada por seu tutor, que recebeu a revelação espontânea, dirige-se até a delegacia especializada a fim de iniciar os procedimentos investigatórios.

A criança ou adolescente levados até o NUCRIA (Núcleo de Proteção à Criança e ao Adolescente Vítima ou Testemunha de Crime), encontra-se numa situação de crise. Ela pode ter sido vítima de violência ou revelado a mesma num momento muito próximo, causando dessa forma forte impacto emocional.

Acreditamos que a nomenclatura mais apropriada seja realmente depoimento especial policial, por ser realizada dentro da delegacia especializada, deviespecialdamente criada para atender a tal demanda.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para que a criança coopere é necessário que, em primeiro lugar, ela sinta-se segura, mas o ambiente inóspito de um fórum ou delegacia não especializada, causa apenas sentimentos como insegurança e medo, sentimentos estes que podem acarretarem bloqueios de memória ou criação de fatos fantasiosos na tentativa de preencher lacunas para apresentar uma história que seja convincente dentro da psicodinâmica deflagrada ou apenas para dar conta dos interesses das autoridades presentes que buscam o esclarecimento do fato jurídico prioritariamente.

Há uma violência desde o cerne da persecução criminal, pois, expor a criança ao ambiente policial, já é, por si próprio, uma afronta, uma violência social. Por essa razão o que se busca é minimizar os danos, tentando proporcionar um ambiente não hostil que permita à criança ser acolhida em sua totalidade.

Os artigos 7º e 10º da Lei 13.431/2017 definem que:

“Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

(...)

Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência

A escuta especializada deve restringir-se à coleta de dados necessários ao prosseguimento da denúncia e ao acompanhamento do caso pela rede.

Inclusive a escuta especializada é válida dentro de qualquer órgão que compõe a rede de proteção, e via de regra, deve ser realizada uma única vez, com a finalidade de proteção e garantia de direitos. Não deve ser confundida com o atendimento psicológico clínico. Quando se fala em rede, nesse contexto, estão inclusos as escolas, conselhos tutelares, assistências sociais, serviços de proteção social, além das delegacias, que podem compartilhar a informação prestada pela criança, dispensando que ela precise contar a mesma história repetidas vezes, poupando-a assim de um desgaste desnecessário de uma rememoração exaustiva de fatos desagradáveis.

Os integrantes da rede ficam incumbidos de não só de acolher a vítima ou testemunha de violência, mas também, como a própria lei 13.431/2017, em seu artigo 19, informa que a rede deve: “assegurar o acompanhamento [...] para a superação das consequências da violação sofrida”.

Assim, a rede fica incumbida de dar andamento às medidas disponíveis dentro do município para minimizar as consequências danosas da exposição à violência, como por exemplo encaminhamento ao CAPS e CRAS CREAS, a depender do caso concreto. Além disso os responsáveis pela escuta poderão, num futuro processo, serem arrolados como testemunhas, garantindo, assim a não revitimização da criança o adolescente (DIGIÁCOMO, 2018).

O mesmo diploma ainda estabelece que a escuta e o depoimento especializado serão,

sempre que possível, tomados uma única vez, evitando assim a revitimização e consolidação de memórias. Segundo Santos e Stein, citado por Fuentes (2008), “as emoções aumentam a retenção de memórias, mas também podem induzir falsas memórias.”

Essa Lei apresenta uma forma de humanização no tratamento dos infantes que, como seres em desenvolvimento, ainda não apresentam discernimento do que lhes ocorreu enquanto vítimas, bem como ainda não conseguem descrever um fato de maneira clara, pois sua forma de expressão ainda é precária.

Conforme Nucci (2010), em direito penal, é essencial para a condenação criminal tanto as circunstâncias em que a prática delituosa ocorreu, quanto também a materialidade e indicação da possível autoria. quanto Em qualquer investigação criminal, o primeiro passo é provar a existência do fato, ou seja, provar a materialidade do delito, através de elementos objetivos, que podem ser verificados e constatados sensorialmente através dos diversos critérios científicos existentes (NUCCI, 2010).

Quando se trata de materialidade, esta refere-se à prova da existência do crime, algumas infrações deixam marcas observáveis, como uma lesão física, que inclusive pode ser feita prova mediante exame de corpo de delito, através de laudo do IML. Porém, muitos crimes não possuem tal materialidade estampada de forma clara sendo, então, o depoimento da vítima a única prova de que se dispõe, configurando-se assim a materialidade psíquica para compreensão dos fatos..

A polícia no Brasil divide-se basicamente em dois tipos: a polícia preventiva (polícia militar) e a polícia investigativa (polícia civil).

A primeira tem como escopo inibir o cometimento de crimes por meio de rondas e atitudes ostensivas de maneira visível, fardados e identificados, a fim de coibir a ação criminosa. Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, §5º, tem a finalidade de zelar pela ordem pública. Embora dentro dessa corporação existam políticas voltadas para a criança e adolescente, como o PROERD e a Patrulha escolar, estas não se confundem com a atuação do NUCRIA, pois não abandonam seu caráter preventivo.

A Patrulha Escolar objetiva mapear violência nas regiões escolares, promover ações de conscientização como palestras para toda a comunidade escolar: alunos, professores e pais, bem como realizar rondas e monitoramentos nos territórios urbanos, evitando assim práticas delituosas contra a comunidade escolar.

O PROERD consiste em uma das ações que compõe as políticas públicas estaduais sobre a prevenção do uso de drogas e enfrentamento da violência no Estado do Paraná, e trabalha na perspectiva da prevenção primária em segurança pública, no espaço privilegiado das escolas. Embora seja de suma importância no campo preventivo, algumas vezes seus integrantes podem incorrer numa violência institucional. Dentro dos pressupostos do PROERD está o vínculo de confiança, que reside no fato de que toda informação prestada está sob a égide do sigilo.

Porém, há um paradoxo nesse campo, pois a criança que traz à tona uma situação de violência espera estar amparada pelo sigilo, porém a polícia tem o dever legal de persecução criminal, sob pena de prevaricação. Há assim uma verdadeira violência institucional ao levar a

conhecimento O fato que a criança só revelou, pois tinha a expectativa de manutenção do sigilo.

A polícia militar, deve decretar prisão dentro de seus limites, porém, as investigações serão conduzidas pela polícia civil.

Dessa forma, a segunda categoria citada: a polícia civil, é responsável por todos os processos de investigação criminal.

Diante da diversidade de espécies de crimes, há também uma divisão nas delegacias, a fim de que estas sejam especializadas nas diversas áreas como: crimes cibernéticos, crimes contra as mulheres, crimes contra a vida e crimes contra a criança e adolescente, sendo esta conhecida como NUCRIA (Núcleo de Proteção à Criança e Adolescente Vítima ou Testemunha de Crimes).

O NUCRIA, na cidade de Ponta Grossa, atua desde 05 de outubro de 2015 e atende queixas de violência física, sexual e psicológica contra menores, contando em sua estrutura com uma delegada de polícia, dois escrivães, dois investigadores, um assistente administrativo, uma psicóloga que presta o serviço de escuta especializada, fundamental para o público demandante.

Segundo o artigo 7º da Lei 13431/2017: *“Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.”*

A finalidade da escuta dentro do ambiente da delegacia, na modalidade do depoimento especial policial, centra-se justamente na persecução da coleta das informações circunstanciais, materialidade e autoria de um fato levado ao conhecimento da autoridade policial. Entretanto, a escuta especializada é mais do que um ofício que se aprende com a leitura de manuais, é, por outro lado uma rebuscada arte que vai sendo lapidada a medida em que a escuta perpassa a audição tecnicista. E deste modo o depoimento especial policial, ao contrário do depoimento especial, não segue necessariamente um protocolo. Essa liberdade procedimental revela-se extremamente útil, uma vez que a criança tem peculiaridades que a acompanha, e a depende er da fase de desenvolvimento em que se encontra. Com essa maleabilidade procedimental, o profissional pode verificar questões como comportamento, reações emocionais, mudanças no tom de voz. Essas particularidades poderiam ser obscurecidas diante de uma aplicação exclusiva engessada de protocolos, que torna o procedimento frio e impessoal como por exemplo: o protocolo NICHD (National Institute of Child and Human Development), o protocolo de entrevista investigativa forense e outros questionários fechados. A mera aplicação tecnicista de protocolo pode vir a deixar a criança numa posição intimidante ou limitada a exploração do fato jurídico, desconsiderando o desgaste emocional e sofrimento experienciado pela criança ou adolescente.

Além disso, não se pode olvidar de um processo psicológico básico de suma importância na tarefa de contar um fato: a memória.

Segundo Rovinski, a memória humana pode ser procedimental, que é aquela que usamos para atividades motoras como caminhar, e também declarativa, sendo que esta última ainda se divide em semântica e episódica.

A memória semântica é a que armazena conhecimentos gerais do mundo, enquanto a episódica refere-se, exclusivamente, à história singular do sujeito, portanto, na memória episódica, é possível reviver mentalmente um fato.

Além disso, a partir do efeito de reconsolidação, a memória fica suscetível a interferências emocionais, mesmo quando já consolidadas.

Ainda, Rovinski assevera que as memórias são consolidadas através do processo de repetição, pois uma vez que um evento ocorre forma-se uma rede neuronal, e toda vez que a mesma informação é repetida, fortalece-se esse circuito neuronal tornando essa memória mais vívida e palpável. Lembramos melhor de fatos quanto maior for a carga emocional envolvida.

Por outro lado, pode ocorrer de um indivíduo lembrar de uma coisa que não aconteceu, ou não vivenciou. Esse fenômeno é explicado pela teoria da causalidade de Martin e Deutscher. Para esses autores a memória só é realmente uma memória se preencher três critérios:

1. Dentro de certos limites de acurácia o sujeito representa aquela coisa passada.
2. Se a coisa (lembrada) foi pública, então ele observou o que agora representa. Se a coisa foi privada, então ele a experimentou.
3. Sua experiência passada foi operativa em produzir um estado ou sucessivos estados no sujeito. (Martin; Deutscher, 1966)

Entretanto, a teoria causalista não resolve questões relacionadas a pensamentos contrafactuais, ou seja, versões mentais alternativas ao fato real ocorrido. Trata-se de um mecanismo de defesa com função adaptativa, assim, podem apresentar uma função afetiva, que orienta pessoas a terem sentimentos diferentes em relação a um episódio, o que ocorre por exemplo num caso de estupro intrafamiliar onde a vítima interpreta a agressão como amor.

A memória, porém, não é um processo que se mantém intacto, pois ela está sob efeito, entre outras coisas da contiguidade, ou seja, a tendência de que, seguindo-se a uma recordação de uma informação, exista uma maior probabilidade de que sejam recordadas informações que tenham sido aprendidas com proximidade temporal à recém recordada (BOURSCHEID, 2016).

Assim, o contexto mental é variável e é moldado de acordo com as informações disponíveis em determinado momento, mas que podem ser passíveis de alteração por inferências internas e externas.

Estudos de Alfred Binet (1900) de maneira experimental, permitiram-lhe a categorização de dois tipos de sugestão de memória: a autos sugerida e a deliberadamente sugerida (estas foram posteriormente denominadas falsas memórias espontâneas ou sugeridas). Binet corroborou seus achados num estudo com crianças que consistiu na apresentação de seis objetos, durante 10 segundos cada.

Após um tempo, Binet realizou uma entrevista na qual utilizou perguntas abertas ou diretas, perguntas fechadas e perguntas sugestivas (que poderiam incluir detalhes ausentes nos objetos). Binet demonstrou que a recordação livre produz mais respostas corretas do que os demais modelos de perguntas, e que perguntas sugestivas produzem maior proporção de erros. A partir disto, concluiu que as memórias das crianças para os objetos são facilmente alteradas por sugestões de adultos.

Segundo Joaquim (2019), as pesquisas na área de detecção de mentiras consideram os comportamentos não verbais não só o comportamento do corpo, mas também expressões faciais, manipulação de objetos, latência de respostas e entonação vocal.

Dessa forma, muito mais do que preencher um questionário formal, a escuta especializada busca a verdade da vítima, ou, nas palavras de Oswald Andrade: “A gente escreve aquilo que ouve, não o que houve.” A criança é mais facilmente observada e interpretada a partir de suas condutas já que a linguagem vai ganhando peso com seu desenvolvimento, assim como sua capacidade de análise e síntese diante das situações vividas. .

Segundo Padovani, a consciência de realidade uma vez que o existir pressupõe estar aberto às experiências, analisa-as e compreende-as. À medida que estas se acumulam constituem-se em uma capacidade de percebermos o real. Muitas vezes a criança não se percebe como vítima posto que -constatado por experiências empíricas - se torna-se difícil identificar a violência num ambiente onde nunca houve gentileza.

A técnica da inquirição “designa, na terminologia jurídica, o ato de se obterem informações a respeito de certos fatos, de pessoas que se presumem sabê-los, por meio de perguntas feitas às mesmas” (SILVA, 2000)

Desde a criação do NUCRIA de Ponta Grossa-PR, em 2015, até o final do ano de 2021, houve a elaboração de aproximadamente 2700 boletins de ocorrência. Deste total 399 demandaram a escuta especializada com 228 deles tendo parecer favorável, ou seja, com o esclarecimento das circunstâncias e indicativo de materialidade e autoria.

O psicólogo criminal precisa estar apto a desenvolver e aplicar técnicas que permitam às vítimas prestarem seus depoimentos sem com isso causar maiores danos psicológicos que o próprio ato em si. Não se confunde com um atendimento clínico, pois busca, por outro lado explanações sobre a violência sofrida, num ambiente sem julgamentos e sem interpretações. Dessa forma é necessário que tenha um conhecimento significativo na esfera penal para verificar a ilicitude do ato denunciado e seus elementos.

Percebe-se que a especialidade do NUCRIA está em seus sujeitos passivos que apresentam uma vulnerabilidade extrema. São vítimas que precisam de alguém que interceda por eles e relate o ocorrido diante da autoridade policial.

As duas áreas do saber: Psicologia e Direito, podem caminhar juntas em busca da verdade factual, sem que os aspectos subjetivos e os objetivos tenham pesos díspares nessa busca, e tendo o locus adequado como uma importante ferramenta.

Nessa busca, os dois saberes se conectam através do processo da transdisciplinaridade, que nas palavras de Japiassu é a possibilidade da transgressão das fronteiras impostas pelas disciplinas acadêmicas por conta da necessidade de urgentes mudanças epistemológicas e sociais no mundo atual. Com uma profunda crítica ao processo de fragmentação do conhecimento. (JAPIASSU, 1976)

A escuta realizada pelo psicólogo capacitado, vai muito além do simples ato de ouvir, passa pela arte de decifrar a criança, a parte fragilizada que possui muitas vezes um conflito interno entre a perseguição por justiça tendo seu agressor penalizado, e a culpa por essa pena, já que há um grande número de agressores que fazem parte da própria família do ofendido.

Na delegacia, em estudo, de janeiro de 2017 a agosto de 2022, em mais de 55% dos inquéritos elaborados o agressor tinha algum parentesco com a vítima, seja por consanguinidade ou afinidade.

Nesses casos há de se prover meios para que a vítima não se sinta culpada por uma eventual condenação de seu agressor, reforçar sua condição de vítima e da necessidade de se frear as condutas criminosas do autor.

De acordo com a Lei 13.431/2017, a oitiva de testemunhas está embasada na necessidade de procedimentos especiais para a escuta de crianças e adolescentes, e também da necessidade de se respeitarem as prerrogativas processuais que justificam essa prática, envolvendo o direito de a criança ser ouvida em processos que lhe digam respeito.

Numa outra extremidade, há ainda a Convenção dos Direitos da Criança, que em seu artigo 12, afirma que o falar é um direito, não uma obrigação. Dessa forma, não cabe ao psicólogo usar de subterfúgios para conseguir uma declaração a qualquer custo, pois, nisso poderia constituir muito mais uma agressão do que uma proteção a direitos. O que também infringiria o próprio Código de Ética do Psicólogo, já em seus princípios fundamentais:

“O psicólogo baseará o seu trabalho no respeito e na promoção da liberdade, da dignidade, da igualdade e da integridade do ser humano, apoiado nos valores que embasam a Declaração Universal dos Direitos Humanos” (Conselho Federal de Psicologia).

Por seu turno, a Lei 12.830/2013, em seu artigo 2º, § 6º, afirma que o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. As circunstâncias servem de base para uma futura majoração de pena, mas a autoria e materialidade são os requisitos indispensáveis para iniciar os procedimentos persecutórios, e aqui torna-se crucial um depoimento especial policial com vistas a busca da verdade real, mas sem deixar de lado a dignidade da criança, com todas as implicações derivadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a Lei 13.431/2017 representou um avanço na oitiva de crianças vítimas ou testemunhas de violência, porém deixou uma lacuna lastimável no tocante ao depoimento especial policial. Esse deveria ser um terceiro instituto dentro do diploma legal, pois apresenta particularidades que o distinguem tanto da escuta especializada quanto do depoimento especial.

Fundamenta-se sua necessidade de especialização por vários motivos.

Quanto ao local: o ambiente da delegacia da criança e adolescente possui características que a distingue das demais delegacias (não possui cárcere, possui prédio próprio adaptado para receber as vítimas sempre em horário diverso do agressor, é um ambiente acolhedor e adaptado à clientela específica: crianças e adolescentes).

Quanto ao profissional que procede a oitiva do depoimento: deve ser psicólogo, pois há muitas controvérsias na eficácia de aplicação de protocolo por profissional leigo, já que a vítima chega à delegacia em momento de crise e o manejo desta requer mais do tecnicismo.

Quanto à finalidade sabemos que o depoimento especial policial visa iniciar ou não um inquérito policial, sendo que, em muitos casos ele é o único meio de prova para persecução criminal. O delegado de polícia tem poder discricionário e para que ele inicie um inquérito, a base deve ser sólida. Materialidade e autoria são muitas vezes definidas pelo depoimento especial policial.

Verificamos a existência de um limbo legislativo, no qual a figura do psicólogo criminal no âmbito da delegacia, na prerrogativa do especial policial não foi sequer citado, mesmo que sua importância seja indubitavelmente inquestionável para não somente cumprir os prazos para encerrar a fase inquisitorial, mas principalmente para garantir à vítima mais do que ter o amparo jurídico merecido, mas principalmente ter sua proteção integral garantida.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. E. V.; WERLANG, B. S. G. Atualizações em métodos projetivos para avaliação psicológica. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008

BINET, A. (1900). La Suggestibilité. Paris: Schleicher, versão para Kindle

Bourscheid, F. R., & Carneiro, P. A labilidade do conhecimento adquirido: Gênese e renascimento dos estudos sobre o efeito de reconsolidação. Psicologia USP, 2016

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 05/10/1988

BRASIL. Decreto 9.603/ 2018 Regulamenta a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência

BRASIL. Lei Nº 13.431, DE 4 DE ABRIL DE 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)

BRASIL. Lei 12.830/2013 - Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia

CÓDIGO DE ÉTICA DO PSICÓLOGO. Resolução nº010/2005. Brasília

DIGIÁCOMO, M.J.; DIGIÁCOMO, E. Comentários à Lei 13,31/2017. Versão eletrônica. Curitiba, 2018

FACCIOLI, J.S. A frequência de pensamentos contrafactuais em pessoas com e sem sinais indicativos de depressão. Boletim de Psicologia, vol.63. no.139. São Paulo.2013

FUENTES, D. (Et Al.). Neuropsicologia: teoria e prática. Porto Alegre: Artmed,2014

IZQUIERDO, I. Memória. Porto Alegre: Artmed, 2011

JAPIASSU, Hilton. Interdisciplinaridade e patologia do saber. Rio de Janeiro: Imago,1976

JOAQUIM. Rui Mateus (org.). Neuropsicologia e detecção de mentiras. São Paulo: Person, 2019.

MARTIN, C. B; DEUTSCHER. Max. Remembering. Philosophical Review, v.75, n.2, p.161-196, 1966.

NUCCI, G. S. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

OLIVEIRA, B.P.G. Manual de Direitos Humanos. Salvador:Juspodivm,2018

PADOVANI, A.S. Futuros (im)possíveis. Trajetórias Construídas por Adolescentes e Jovens Autores de Ato Infracional. Salvador.2017

ROVINSKI, C.R. Neuropsicologia na infância e na adolescência: casos clínicos em psicopatologia. Barueri. Manole, 2021

RIBAS, G.F. Teoria causal da memória: uma introdução em filosofia da memória. Griot: Revista de Filosofia. Amargosa. v.21, n3.2021

ROVINSKI, S.L.R. Violência sexual contra crianças e adolescentes: testemunho e avaliação psicológica. São Paulo, Vetor.2019

Resolução 06/2019 do Conselho Federal de Psicologia

SILVA, D. P. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense,2000

<https://www.pmpr.pr.gov.br/BPEC/Pagina/Atuacao>

<https://www.conjur.com.br/2021-dez-03/questao-genero-escuta-especializada-depoimento-especial-avaliacao-psicologica>

https://crianca.mppr.mp.br/arsquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf

https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/27566/1/ulsd730553_td_Fabio_Bourscheid.pdf

<https://www.childhood.org.br/depoimento-especial-avancos-e-conquistas-na-luta-por-justica-e-dignidade-para-criancas-e-adolescentes-que-passam-por-violencias>.



Os direitos humanos e a ressocialização no sistema penitenciário brasileiro

Pierre de Oliveira Menegoni

Tecnólogo em Assistência em Segurança Prisional, UNISC / Especialista em Segurança Pública, SENASP/PUCRGS / Especialista em Gestão de Política de Segurança Pública, SENASP/UNISC / Especialista em Perícia Criminal Forense, IPOGRS / Especialista Direito Processual Penal e Legislação Penal, URCAM.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.18

RESUMO

A Lei de Execução Penal discorre sobre os direitos dos presos, respeitando o princípio da dignidade humana, assegurando ao reeducando saúde, educação, respeito, trabalho, remição, assistência ao egresso, etc. A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira é considerada uma das mais avançadas do mundo. Desenvolver medidas que restabeleçam e contribuem para a reintegração do sujeito ao convívio social é extremamente significativo para o meio. Desta forma, o assunto abordado tem um valor tanto moral, como material. Os noticiários referentes aos carcerários são de descaso, violência e reincidência. Família das vítimas reclamam, pois não entendem a LEP. O egresso não possui nenhuma base econômica, e oportunidade de emprego escassa. A ressocialização possui um papel notório para o sujeito que cometeu delito, fazendo com que ele não reincida novamente ao crime. Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa é classificada como sendo bibliográfica, já que foi realizada através de livros e artigos. Além de ser estabelecida com fins descritivos e caráter qualitativo. Destaca-se que através da Lei de Execução Penal existe uma série de garantias e assistências ao preso, que se devidamente aplicadas, a sociedade e os presos tem muito a ganhar com as inúmeras contribuições.

Palavras-chave: ressocialização. lei de execução penal. preso. reintegração.

INTRODUÇÃO

O resultado de um cidadão adequado. O ganho de uma pessoa que tem o fato de aprender Família, escola: parceria na formação do sujeito a fazer uma leitura adequada do mundo e a conseqüente inserção social. Essa pessoa vai aprender a respeitar o convívio com a sociedade através das Leis que é ensina nos presídios cuja representação de periculosidade à sociedade é atestada pela medida punitiva aplicada, reverte-se de procedimento que, na maior parte das vezes, apaga a história do tempo de vida do transgressor. Por esse estudo, temos por objetivo propor reflexão da metodologia do ensino do sistema penitenciário, que é de amplo interesse para o contexto social, pois abrange a ressocialização dos detentos. No entanto, é preciso conhecer a Lei de Execução Penal Brasileira, reconhecer e prevê a reabilitação do detento, sabendo que é um de seus direitos. Desta forma, verifica-se a importância do tema uma vez que através dele que o preso pode ser respeitado e garantido. Nestas perspectivas, este estudo estabelece como problema de pesquisa: a Lei de Execução Penal Brasileira contempla a ressocialização do preso em sua complexidade de mudanças na educação. Portanto a educação no Sistema Prisional terá de reconhecer os saberes e os conhecimentos dos detentos. Conhecer os aspectos psicológicos e físicos e interação dos detentos com o pedagogo que é a peça importante do ensino-aprendizagem, visto que o sistema prisional abrange vários tipos de apenados que nem todos podem participar do processo de educação. É preciso dar à educação duas finalidades de igual importância: de um lado, a formação da razão e a capacidade de ação racional; do outro, o desenvolvimento da criatividade pessoal e do reconhecimento do outro como sujeito, sem jamais se esquecer da disciplina como base na formação do reeducando.

O próprio sistema penitenciário não possibilita o homem preso de ressocializar-se, pois, seus mais remotos direitos não são respeitados. A cadeia não comporta a totalização dos apenados, os agentes penitenciários não têm formação adequada e tampouco ética no cotidiano do preso; muitas vezes desrespeitando Princípios básicos de Direitos Humanos e Garantias Funda-

mentais. A superlotação dos estabelecimentos penais em atividade acarreta a violência sexual entre os presos, a presença de tóxico e a falta de higiene ocasionam epidemias gastrointestinais, etc. Doentes mentais são mantidos juntamente com os demais, o que causa a revolta dos presos, os quais têm que suportar a perturbação durante o dia e no repouso noturno, de tais doentes.

Os presos, em sua maioria são jovens oriundos das camadas sociais mais pobres, já marginalizados socialmente, filhos de famílias desestruturadas, que não tiveram e não têm acesso à educação nem à formação profissional. São, portanto, pessoas que estão numa situação já delicada e, se não encontrarem as devidas condições necessárias nos presídios, jamais poderão voltar à sociedade como cidadãos de bem.

A educação prisional tem ocupado rodas de conversas nas reuniões pedagógicas e nas instituições carcerárias em visão de uma educação que não pode ignorar as exigências, já que o direito a educação não pode ser dividido por categoria social, nem negociação em função do passado dos aprendizes. A aprendizagem na prisão por meio de programas educacionais é geralmente considerada hoje um instrumento de mudança, em seu valor estimado a luz da repercussão na reincidência, na integração e, mais importante, na oportunidade de emprego após a libertação do detento, que retoma para o seio da sociedade em condições mais favoráveis e fará a diferença, não retomando a reincidir no crime e mudando a vida de seus familiares e afetos.

DESENVOLVIMENTO

Historicamente a pena existe desde as civilizações mais antigas, no qual pode-se evidenciar o Código de Hamurábi. Conhecido por ser oriundo da Mesopotâmia, sendo um conjunto de leis escritas. Esse código está inserido na primeira fase da evolução histórica da pena conhecido como vingança privada. Segundo Panont et al (2015, p. 178), “na Babilônia através, do Código de Hamurábi (1728 – 1687 a. C.) um dos mais antigos do mundo estabelecia a pena de Talião, “olho por olho, dente por dente”, vida por vida”.

Há quatro fases que marcam evolutivamente o processo histórico da pena são: vingança privada, vingança divina, vingança pública e período humanitário. Logicamente, com o decorrer do tempo houve um ajustamento até a chegada dos dias atuais. Cada fase possui suas características distintas, uma vez que, cada uma está inserida em um momento distinto. Para Rodrigues (1996), podem-se destacar as quatro fases mais importantes: vingança privada, vingança divina, vingança pública e o período humanitário.

Entende-se como vingança privada a etapa mais antiga nos parâmetros históricos da pena, caracterizada pela existência de atos primitivos muito retrógrados. Não havia de fato, uma punição amplamente democrática, no qual muitas vezes era voltada as pessoas mais humildes e sem muitos recursos.

A vingança divina, remete-se aos princípios religiosos, que possuem valores voltados a divindade. As leis penais estavam inseridas em livros sagrados. Ela destacava-se no fato dos povos antigos acreditarem fervorosamente em deuses. Acreditando que muitos acontecimentos seriam justificados pela religião, como as famosas enchentes, chuvas e secas. Dessa forma, os deuses eram bajulados e constantemente adorados para que se pudesse obter abundância.

No que tange a vingança pública, esta estava voltada ao fortalecimento do Estado, com

penas severas aonde ocorriam as famosas execuções em praça pública. É associada a um período socialmente mais sistematizado, aonde havia interferência do próprio Estado e com isso, a sua própria defesa. A pena pública é bastante conhecida devido as famosas decapitações que ocorreram em praça pública na Europa no século XVIII. Sobre a vingança pública:

Neste período, surgiram os suplícios corporais. Pessoas eram esquartejadas, marcadas a ferro quente, dentre outros castigos cruéis. A pena era aplicada em praça pública, para que todos pudessem ver o que acontecia a quem praticasse um crime.” (OLIVEIRA, 2003, p.36).

Finalmente tem-se o período humanitário, no qual foi percebido protestos realizados, por exemplo, por filósofos e legisladores. No final do século XVIII, o Iluminismo desencadeava um período considerado mais humano para o Direito Penal. No período humanitário, transcendeu o Iluminismo e uma das suas características é o início da justiça penal. O Iluminismo foi considerado um movimento intelectual que retratava temáticas mais liberais para a sociedade, o famoso fato de iluminar e esclarecer ideias. Em relação a pena, através do uso da razão, o objetivo era justamente reformular os fatídicos acontecimentos injustos.

Assim o Direito Penal ao longo da história da humanidade dividiu-se em alguns momentos. Um que marca o início das primeiras civilizações até o século XVIII denominada vingança, no qual a pena servia como castigo ao criminoso através do aspecto físico e moral. E posteriormente, com o advento da Revolução Francesa, ocorreu a fase conhecida pela humanização da pena que praticamente foi idealizada pelo italiano Cesare Beccaria.

No Brasil, a pena privativa de liberdade foi atribuída como um instrumento significativo para manutenção do controle social. Com o advento da Proclamação da República no ano de 1889, os acontecimentos relacionados a pena de morte foram excluídos do Código Penal Brasileiro. Conforme Beneti (1996, p. 03), “a execução penal caracteriza-se no Brasil, pela jurisdicionalidade, ora inequivocadamente firmada na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984)”.

Analisando-se a palavra “pena” vem do latim *poena*, também com derivação do grego *poine*, que significa dor, sofrimento, castigo, vingança, submissão, expiação, penitência.

Históricos da Execução da Pena no Brasil

A Lei de Execução Penal no Brasil (LEP), nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, tem por objetivo efetivar as disposições de sentenças ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Ao conceituar execução penal, segundo Nucci, trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a multa. (p.1)

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;

- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
 - VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
 - VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 - IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 - X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 - XI - chamamento nominal;
 - XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 - XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 - XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 - XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
 - XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)
- Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

A Natureza Jurídica da Execução Penal

O direito não é apenas declarado, mas aplicado autoritariamente. Um dos principais reflexos do reconhecimento da natureza jurisdicional da execução penal está relacionado à aplicação do devido processo penal e das garantias que lhe são inerentes. Portanto o indivíduo que se submete à sanção penal tem sua posição jurídica alterada, deixando de ser apenas um objeto da execução para ser um sujeito de direitos.

Por fim, ainda falando sobre as bases constitucionais da jurisdição não se pode deixar de citar que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), é uma das obrigatoriedades que o condenado possui, é um dos fundamentos da República, suportes de todos os direitos humanos consagrados, juntamente com o Art. 5º da Constituição Federal, em seus incisos III, XLVII, XLVIII, XLIX e L.

A jurisdição, em suma, é o poder exclusivo de um órgão público de apurar a violação de um direito público ou privado, para a declaração da vontade da lei e a aplicação coativa das consequências cominadas para a infração ou das medidas destinadas a preveni-la. Sobre os aspectos jurisdicionais a execução penal será sempre do juiz de Execução Penal indicado na lei local de organização judiciária e nem na sua ausência ao da sentença cada Estado membro, como se sabe, tem a autorização constitucional da lei sobre a organização judiciária, porque a competência de seus juízes e tribunais está regradada no Código de Organização Judiciária do Estado.

Processo Penal e Liberdade

O Processo Penal efetivamente, a maior prova de civilidade de alguns países, quando as instituições democráticas são posta em xeque, com efeito, são justamente nos momentos de maior tensão social, isto é, quando a notícia do cometimento de um ilícito penal, restando ainda mais abalada a nossa tão fragilizada paz pública que a sociedade cobra, com indisfarçável e compreensiva carga emocional a imediata descoberta feita, e o Processo Penal regido pelo princípio publicístico em duas vertentes como ensina Rogério Lauri Tucci: “Por isso que, indubitavelmente, se tem asseverado que este – processo penal - dada a impessoalidade dos interesses em conflito”.

Como diz o Artigo 5º, LXVI, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Existem alguns tipos delas: a Liberdade Provisória Sem Fiança, Liberdade Provisória Mediante Fiança (art. 322 a 349 do CPP) e Liberdade Provisória Vedada ou Proibida.

Pena privativa de liberdade que pode variar de seis a vinte anos que este ilícito penal fere o maior dos direitos do homem, qual seja há vida e, portanto a de ser imposta uma penalidade mais rigorosa nota-se, assim, que deve existir proporcionalidade entre o crime cometido e a pena correspondente. Nem sempre foi assim na fase do “Direito Penal do Terror”, quando a finalidade da pena era castigar moralmente e fisicamente por detento, época em que o ditador criava as leis e julgava os seus súditos quem cometesse um furto simples era penalizado da mesma forma de um latrocínio. O ditado popular: “Dente por dente, olho por olho”.

As penas privativas de liberdades têm três modalidades: o regime fechado, consistente na execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, o semiaberto, que você trabalha no período diurno e a noite retorna ao presídio, e por fim o regime aberto, que é o cumprimento da pena em suas casas tendo que se apresentar periodicamente no fórum.

Iniciada a execução da pena no juízo competente, há uma modificação na competência jurisdicional, porque a partir de então todos os conflitos e incidentes deverão ser decididos pelo juízo da execução, possibilitando ao condenado o direito a uma série de benefícios legais, como a progressão de regime e o livramento condicional, entre outros. São pressupostos essenciais para o início da execução da pena privativa de liberdade, por tanto, que o réu esteja preso, que haja uma sentença penal condenatória e que a guia de reconhecimento (definitiva ou provisória) seja regulamentemente expedida e atuada na Vara de Execução competente.

A Educação na Prisão

Primeiro passo é o detento querer essa reconciliação, essa mudança, como sabemos, é necessário que seja de dentro para fora, para depois a escola interagir para seu acontecimento. “É preciso que esses profissionais da educação se caracterizem de que têm que tomar decisões, seja numa sala de aula, em relação a determinado aluno, seja na direção de uma escola ou de um sistema escolar. A pesquisa educacional é base para tomada de decisões”. (MARTINS, 1999, p. 74).

Portanto a educação nos sistema prisional, não deve encobrir certas injustiça sob o pretexto da paz sócia como um direito humano, sua finalidade de exigir um conjunto de ações, tanto

no âmbito do Estado como da sociedade. Segundo Brandão (2005, p. 08) “As ideias transformam as pessoas e as pessoas transformam o mundo”. O direito à educação de pessoas presas é garantido, tem como objetivo retornar sua vida após exercer fundamental importância para formação do ser social. Também é importante oferecer oportunidade de atividades culturais juntamente com a educação mais formal.

Reconhecer o detento como pessoas, e dar-lhe a possibilidade de projetar ela própria um futuro que não seja a transcrição das vontades do sistema penal, mais um futuro com todo conhecimento de causas e da causa do encarceramento. Pois em um futuro não significa esquecer um passado, e nem sobre tudo questionar o presente é preciso reconciliar o ato de aprender, na verdade com o prazer de aprender. É nesse contexto que pensamos em uma educação da população carcerária considerada ainda no tempo de hoje com um privilégio e não um direito.

O parecer 04/2010 do CNE/CEB que trata das Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais reconhece que:

- a) a educação para pessoas encarceradas ainda é vista como um “privilégio” pelo sistema prisional;
- b) a educação ainda é algo estranho ao sistema prisional. Muitos professores afirmam sentir a unidade prisional como um ambiente hostil ao trabalho educacional;
- c) a educação se constitui, muitas vezes, em “moeda de troca” entre, de um lado, gestores e agentes prisionais e, do outro, encarcerados, visando a manutenção da ordem disciplinar;
- d) há um conflito cotidiano entre a garantia do direito à educação e o modelo vigente de prisão, marcado pela superlotação, por violações múltiplas e cotidianas de direitos e pelo superdimensionamento da segurança e de medidas disciplinares;
- e) o atendimento educacional é descontínuo e atropelado pelas dinâmicas e lógicas da segurança, sendo interrompido quando circulam boatos de rebelião ou ocasiões de revistas;
- f) o atendimento educacional em geral sofre com a falta de projeto pedagógico, matérias e infraestrutura adequada e falta de profissionais com formação específica.

Dessa maneira, tomando como referência a Resolução 02/2010 que dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais, esta Diretriz propõe.

- a) a implementação da oferta de EJA em unidades prisionais, garantindo atendimento em todos os turnos;
- b) que a SEDU e a SEJUS articulem conjuntamente ações complementares de cultura, esporte, educação tecnológica, programas de incentivo à leitura e de promoção da saúde;
- c) a diversificação de oferta, considerando as especificidades de cada medida/regime prisional, garantindo acompanhamento pedagógico e psicossocial no processo de escolarização dos sujeitos em privação de liberdade;
- d) em relação a organização curricular, cabe ressaltar que esta deve tomar como orientação o reconhecimento das especificidades étnicas, de gênero, de classe, de orientação sexual, bem como as diferentes trajetórias escolares e não escolares e rotatividades dos sujeitos que estão em privação de liberdade;
- e) garantir a ofertada de todas as áreas de conhecimento, bem como a utilização de todos os espaços pedagógicos possíveis e existentes, encontrando alternativas que não negligenciem direitos em detrimento das ações de segurança;

f) a oferta de Educação Profissional integrada ao currículo da Educação de Jovens e Adultos na busca de um processo formativo, conforme já explicitado nessa Diretriz, em que trabalho é compreendido como horizonte de formação integral dos cidadãos na produção de sua existência, buscando superar a ideia de cursos caráter utilitarista, voltadas de maneira restritiva e funcional para o mercado de trabalho, devendo ser potencializado as experiências já realizadas nos presídios do PROEJA FIC e do PROEJA Ensino Médio;

g) Apontamos também, em consonância com a resolução 02/2010 que atividades de movimento corporal e artístico-culturais sejam reconhecidas e valorizadas como elementos formativos integrados à oferta de educação, podendo ser contempladas no projeto político-pedagógico como atividades curriculares.

Cabe-se especificamente de ordem pedagógica, reconhecer que são indissociáveis ao conjunto de problemas explicitados nos parágrafos à cima, identificando ausência de um corpo técnico na área da educação no acompanhamento diário das atividades desenvolvidas no sistema prisional, sabendo que tem o pedagogo escolar orientando nos planejamentos do docente para melhor continuidade das atividades escolares, deveria ter uma rotina pedagógica das atividades desenvolvidas em cada área específica, assim garantindo recursos adequados ao atendimento específico, orientação e acompanhamento das praticas docentes, eficiência documentais da vida escolar dos detentos.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo 26:

1. Todas as pessoas têm direito à educação.
2. A educação será direcionada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo 27:

Todas as pessoas têm o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de desfrutar das artes e partilhar do avanço científico e de seus benefícios.

Princípios Básicos para o Tratamento de Pessoas Presas, Princípios 6:

Todas as pessoas presas terão o direito de participar de atividades culturais e educacionais destinadas ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

A Resolução 1990/20 do Conselho Econômico e Social da ONU refere-se à educação nas prisões nos seguintes termos:

- a) A educação nas prisões deve ter por objetivo o desenvolvimento integral da pessoa, levando-se em conta os antecedentes sociais, econômicos e culturais da pessoa presa;
- b) A educação deve ser um elemento essencial do regime penitenciário; devem ser evitados desincentivo às pessoas presas que participam de programas educacionais formais e aprovados;
- c) A educação profissionalizante deve ter por objetivo o desenvolvimento mais amplo do indivíduo e ser sensível às tendências do mercado de trabalho;

Atividades criativas e culturais devem desempenhar um papel significativo, uma vez que têm o potencial especial de permitir que as pessoas presas se desenvolvam e se expressem;

- d) Sempre que possível, as pessoas presas devem ter permissão para participar de programas educacionais fora da prisão;

Nos casos em que a educação ocorrer dentro do estabelecimento prisional, a comunidade externa deve participar o mais ativamente possível;

(Administração Penitenciária: Uma Abordagem de Direitos Humanos) – Manual para ser-

vidores penitenciários – (Andrew Coyle p. 109 e 110).

Cada pessoa presa que chega à penitenciária traz consigo experiências de vida anteriores à prisão e quase todas as pessoas presas serão soltas um dia. Para que uma pessoa se beneficie do tempo que passará na prisão, a experiência deve ser vinculada àquilo que provavelmente acontecerá em sua vida após a soltura.

A melhor forma de se estabelecer esse vínculo é elaborar um plano de como o preso pode usar os vários recursos disponíveis no sistema penitenciário. As pessoas presas precisam receber coisas para fazer que garantam que elas não fiquem ociosas e que tenham um propósito.

Todas as atividades – quer sejam agrícolas, de alfabetização, quer sejam de participação em programas culturais e artísticos – devem ser organizadas de modo a construir para um clima em que as mesmas não se deteriorem, mas desenvolvam novas aptidões que as ajudarão quando forem soltas.

Nesse sentido educadores pesquisadores propõe uma reorganização no currículo em área de conhecimento, estruturando em abordagem temática, que deve ser permanentemente discutida, dialogada e definida para o sistema prisional levando em consideração e ajudar os detentos, uma relação de diálogo.

Ressocialização do Preso

A ressocialização tem como finalidade priorizar a prevenção do retorno para o presídio assim diminuir a ociosidade nas cadeias e implantar direita a liberdade do ser humano. Um preso reabilitado não é alguém que aprendeu a sobreviver bem na prisão, mas uma pessoa que tem êxito no mundo externo à prisão após sua soltura. Para que as autoridades penitenciárias deem prioridade em seu programa de atividades ao que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos descreve como a “regeneração e reabilitação social” dos presos, elas precisarão basear as atividades realizadas dentro da prisão no princípio de oferecer às pessoas presas os recursos e as habilidades de que elas necessitam para viver bem fora da prisão. Isso significa, por exemplo, vincular o trabalho que os presos desempenham na penitenciária com as possibilidades de trabalho no mundo externo. As pessoas presas precisam ser ajudadas a adquirir habilidades e desenvolver a capacidade de ganhar a vida e sustentar uma família, tendo em conta a discriminação que ex-presidiários provavelmente enfrentarão quando procurarem encontrar emprego, como apresenta Coyle (p. 101).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que no Brasil existem inúmeras irregularidades no que tange a execução da pena, porém existe a proposta de mudança, existe uma legislação com todos os pré-requisitos para que haja uma execução de pena digna para qualquer indivíduo, que por infelicidade tenha cometido um crime. Basta que esta proposta seja abraçada por todos, pela comunidade, pelas famílias dos presos, e principalmente pelo poder público, como enuncia Rogério Greco (2008, p. 493):

[...] os critérios preventivos apesar de passíveis de críticas, ainda poderão servir à sociedade, bem como ao agente que cometeu a infração penal, principalmente no que diz respeito à

prevenção especial ou à ressocialização do condenado. Pois que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado, e enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel.

Conclui-se aqui que não basta a criação de políticas para o momento da execução da pena, se faz necessária a manutenção das políticas públicas existentes, igualmente a criação de novos métodos que intimidem o indivíduo para não cometerem crimes. Cabe ao governo fazer com que os presídios brasileiros não continuem enchendo, ao invés de se preocupar somente com futuras prisões de segurança máxima, começar a investir grandemente em ações de educação escolar, familiar afim de eliminar os chamados “fatores criminógenos” que existem entre a sociedade menos favorecidas.

REFERÊNCIAS

- AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALBERGARIA, Jason. Manual de Direito Penitenciário. São Paulo: Aide, 1998.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A Individualização da pena na execução penal. São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2001.
- BELING, Ernest Von. A Ação Punível e a Pena. Tradução de Maria Carbajal. 1 ed. São Paulo: Ed. Rideel, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. A Falência da Pena de Prisão. São Paulo. Saraiva, 2004.
- BOBBIO, N. A era dos direitos. Tradução. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BRANDÃO, H. P.; BAHRY, C. P. Gestão por competências: métodos e técnicas para mapeamento de competências. Revista do Serviço Público, v.56, n.2, p.179-194, 2005.
- BRASIL, Código de Processo Civil. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: 25. ed. Câmara dos Deputados, Brasília, Coordenação de Publicações, 1988.
- BRASIL, Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 / Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069): promulgada em 13 de julho de 1990.
- BRASIL, Programa Nacional de Direitos Humanos II. Brasília: Ministério da Justiça,2002.
- BRUNO, Aníbal. Apud. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da Pena. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.
- BRUNO, Aníbal. Direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo.1.966.
- CARBONERA, Silvana Maria. Guarda dos filhos na família constitucionalizada. Ed. Porto Alegre: Safe-

Fabris, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russell, 2007.

CATÃO, Yolanda; FRAGOSO, Heleno; SUSSEKIND, Elizabeth, Direito dos Presos, Ed. Forense, 1999.

CRUZ, C. *et al.* Metodologia Científica: Conceitos e Normas para trabalhos Acadêmicos. Itumbiara: Terra, 2007.

D'URSO, Umbelino Luiz Borges. O Conselho Penitenciário e suas Atribuições. São Paulo. Boletim ADCOAS, nº 04, abril – 2003 – ano VI.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. Direitos Humanos e Cidadania. 2 ed. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. Ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 3. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibañés, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradilhas Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. São Paulo: Positivo, 2004.

FILHO, Luís Francisco Carvalho. A Prisão. 1 ed. São Paulo. Publifolha, 2002.

FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 7. Ed. Rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007

HERKENHOFF, João Baptista, Direitos Humanos: A Construção Universal de Uma Utopia – Aparecida/ SP: Editora Santuário, 1997.

JESUS. Damásio Evangelista de. Direito Penal – volume 1. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. Dos Direitos Humanos do Preso. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

MARTINS, Eliana Bolorino Canteiro. O Serviço Social na área da Educação. In: Revista Serviço Social & Realidade. V 8 Nº 1. UNESP, Franca: São Paulo, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Nacional Penitenciário. Estatísticas disponíveis em: http://www.mj.gov.br/Depen/sistema_informacao.htm. Acesso em: 14 out. 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA. Odete M. Prisão: um paradoxo social. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 2003, p. 33.

OTTOBONI, Mário. Ninguém é irrecuperável. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

PANONT, Denise Aparecida; MOURA, Stella Maris; PANONT, Valdir. Pena de Morte: Retrocesso ou Avanço? Uma breve reflexão quanto a pena de morte e seu enquadramento frente ao atual estado democrático de Direito. Disponível em: <[http://facnopar.com.br/revista/arquivos/13/7_panont,_moura_e_panont_pena_de_morte\[1\].pdf](http://facnopar.com.br/revista/arquivos/13/7_panont,_moura_e_panont_pena_de_morte[1].pdf)> Acesso em: 09 de setembro de 2016.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. Gramática do tempo: Para uma Nova Cultura Política. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 18º Edição. Editora Forense. 2001.

SILVA, José de Ribamar da. Prisão: Ressocializar para não Rescindir. Curitiba: 2003. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/Depen/publicacoes/aprivatizacao.pdf>>. acesso em: 20/05/2016.

TOSI, G. (Org.). Direitos humanos: História, Teoria e Prática. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2005. VON LISZT, Franz. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. In Teoria da Pena: Editora Revistas dos Tribunais. São Paulo. 2002.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. Lei de Execução Penal Anotada, 2. ed. rev. E atual. Leme/SP. Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



Considerações quanto ao conceito de justiça da ordem econômica constitucional

Luiz Adriano Moretti dos Santos

Doutorando em Ciências Humanas e Sociais na Universidade Federal do ABC (UFABC). Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Regulação e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Atualmente é professor de Direito no Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza (CEETEPS).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.145.19

RESUMO

Este estudo objetiva discutir o conceito de justiça presente na ordem econômica da Constituição Federal de 1988 e apontar as contradições presentes em razão do sistema e forma econômicos. Assim, tem como objetivos específicos: analisar a ideia de constituição econômica, ordem econômica e ordem econômica constitucional, apontando para a existência de um ideal de justiça; analisar a decisão político-ideológica constitucional no que se refere à ordem econômica e ao ideal de justiça presente nesta; e analisar as contradições presentes na ordem econômica a partir do ideal de justiça em razão do sistema e forma econômicos. Para tal, realiza-se uma pesquisa bibliográfica com ênfase na problematização da ordem constitucional. O artigo busca traçar duas considerações quanto ao ideal de justiça presente na Constituição Federal de 1998: primeiro, com a análise do sistema e forma econômicos adotados pela ordem constitucional, explicitando o seu conceito de justiça baseado na apropriação privada e na regulação estatal da economia; e, segundo, apontando as limitações que a decisão político-ideológica da ordem econômica constitucional impõe aos demais valores da Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Palavras-chave: ordem econômica constitucional. constituição econômica. teoria da justiça.

ABSTRACT

This study aims to discuss the concept of justice present in the economic order of the Federal Constitution of 1988 and point out the contradictions present due to the economic system and form. Thus, it has the following specific objectives: to analyze the idea of economic constitution, economic order and constitutional economic order, pointing to the existence of an ideal of justice; analyze the constitutional political-ideological decision with regard to the economic order and the ideal of justice present in it; and analyze the contradictions present in the economic order based on the ideal of justice due to the economic system and form. To this end, a bibliographical research is carried out with emphasis on the problematization of the constitutional order. The article seeks to outline two considerations regarding the ideal of justice present in the Federal Constitution of 1998: first, with the analysis of the economic system and form adopted by the constitutional order, explaining its concept of justice based on private appropriation and state regulation of the economy; and, second, pointing out the limitations that the political-ideological decision of the constitutional economic order imposes on the other values of the Federal Constitution, such as the dignity of the human person and social justice.

Keywords: constitutional economic order. economic constitution. theory of justice.

INTRODUÇÃO

Este estudo objetiva discutir o conceito de justiça presente na ordem econômica constitucional e, sucintamente, realizar algumas considerações quanto às contradições presentes neste conceito em razão de sua escolha de sistema e forma econômicos.

Assim, busca inicialmente explorar o conceito de ordem econômica positiva e constituição econômica para extrair uma interpretação de um ideal de justiça, para posteriormente o iden-

tificar dentro da ordem econômica constitucional e realizar as considerações críticas objetivadas.

O CONCEITO DE JUSTIÇA NA ORDEM ECONÔMICA

A economia não constitui um conjunto caótico de elementos e processos (MOREIRA, 1979, p. 53), a existência do mercado na economia capitalista pressupõe uma determinada ordem, que possibilite regularidade e previsibilidade no comportamento dos agentes econômicos, (uma uniformidade de condutas e uma maior previsibilidade destas) (IRTI, 2003, p. 4 *et seq.*). Pontua-se que a adoção de tal compreensão não deve significar uma concepção economicista-formalista que coloca a economia como uma composição de elementos invariantes variando conforme os diversos modos de produção, pois ocultaria a luta de classes travadas no seio das relações de produção e exploração (POULANTZAS, 2000, p. 13) e a própria concepção do Estado. Também se deve afastar, em razão do que uma concepção economicista-formalista possa imprimir, de que o espaço ou campo econômico sejam imutáveis e com fronteiras delimitadas, assim como se afastar da ideia de um mesmo campo e sentido para o conceito de economia e Estado nos mais variados modos de produção (POULANTZAS, 2000, p. 16).

Afinal, cada sistema econômico corresponde a um modo de produção específico:

É o modo de produção, unidade de conjunto de determinações econômicas, políticas e ideológicas, que delimita as fronteiras desses espaços [economia e Estado], delinea seus campos, define seus respectivos elementos: é *primeiramente* seu relacionamento e articulação que os forma. (POULANTZAS, 2000, p. 16) (grifo do autor)

Feitas tais considerações, pode-se adentrar na ordem econômica constitucional, porém, deve-se atentar a sua localização dentro da ordem econômica positiva e da constituição econômica. Primeiramente, observa-se que a ordem jurídica traduz a estrutura da economia – das relações de produção – (ou seja, traduz juridicamente), não sendo capaz de refletir a totalidade desta estrutura (MOREIRA, 1973, p. 13), de modo que ordem econômica positiva¹ engloba os princípios, regras e instituições jurídicas que farão esta tradução e tem o caráter unificante entre o mundo jurídico e o econômico (MOREIRA, 1979, p. 37).

Esta ordem não se confunde com a ordem econômica constitucional e nem com a constituição econômica, assim como esta última com a Constituição Federal, afinal a ordem econômica positiva abrange todas as normas ou instituições jurídicas que têm por objeto as relações econômicas (MOREIRA, 1979, p. 67). Será a constituição econômica que atribuirá o caráter de ordem (constituindo-a como ordem), o eixo em torno do qual se operacionaliza todos os demais institutos jurídico-econômico, de modo a operar uma distinção entre uma regulamentação fundamental e outra secundária (MOREIRA, 1979, p. 68).

A constituição econômica constitui a garantia de uma concreta forma econômica de um determinado sistema econômica e também o fundamento de uma determinada ordem econômica (MOREIRA, 1979, p. 46). Pode-se conceituar a constituição econômica como:

A constituição econômica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de determinado sistema e forma econômicos, que garan-

¹ Vital Moreira (1973, p. 67 *et seq.*; 1979, p. 53) concebe a ordem jurídica da economia como a ordem econômica traduzida juridicamente, porém com a denominação de ordem econômica positiva.

tem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta. (MOREIRA, 1979, p. 41)

Ballestedt apresenta uma conceituação de constituição econômica distinta, que se fundamenta na comunidade econômica (comunidade nacional). Deste modo seu conceito traz que a constituição econômica é a ordem fundamental de uma comunidade econômica, seja ela estatal ou supra estatal, assentando-se na satisfação socializada das necessidades, por intermédio do mercado, interligando os empresários, a força de trabalho e as unidades de consumo (MOREIRA, 1979, p. 28).

[...] o ponto de partida da teoria da constituição econômica é, portanto, uma ordem justa da economia, visando a defender a liberdade, a dignidade do homem também nos atuais estágios e condições de desenvolvimento das forças econômicas. (BALLERSTEDT *apud* MOREIRA, 1979, p. 30)

A conceituação parte da ideia de que qualquer fenômeno econômico-socialmente relevante deve satisfazer aos requisitos de justiça, utilizando-se para tal de aspectos objetivos e subjetivos a serem aferidos. Também se pode observar que sobrepõem à estrutura econômica um princípio de justiça (MOREIRA, 1979, p. 30). Assim, Ballestedt apresenta que só uma ideia de justiça poderia legitimar juridicamente a constituição econômica (MOREIRA, 1979, p. 32).

Apesar de tal conceituação não ser apta para a construção teórica de um conceito de constituição econômica, em especial por tal conceito permitir uma identificação apenas após a I Guerra Mundial, e demais problemas conceituais que não convém serem tratados, ela permite que se possa perceber que da constituição econômica se pode inferir uma ideia de justiça.

Ao se buscar inferir uma ideia de justiça na ordem econômica constitucional, deve-se partir que esta constitui uma decisão político-ideológica produto da luta de classes na historicidade dos povos. E para tal se deve compreender esta como uma determinação interna da unidade global da Constituição Federal², reconhecendo a sua totalidade e não se podendo separar a norma “econômica” das demais (IRTI, 2003, p. 15). O conteúdo econômico presente na Constituição se apresenta como a expressão do econômico no plano político (MOREIRA, 1979, p. 181).

O presente trabalho busca inferir esta ideia de justiça a partir da conformação da atividade econômica presente no artigo 170 da Constituição Federal, portanto, norteando tanto a prestação de serviços públicos quanto a atividade desenvolvida pelos agentes econômicos no mercado, seja tanto a cargo do setor público quanto privado.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]

Assim, o *caput* do artigo 170 traz que a finalidade da ordem econômica (a atividade econômica em sentido amplo) (GRAU, 2010, p. 107) é assegurar a dignidade humana (fundamento da República conforme o artigo 1º), conforme os ditames de justiça social, tendo fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Portanto, observa-se que cabe a todos os agentes econômicos perquirir a ideia de justiça apresentada na ordem econômica constitucional, sendo o escopo orientador da atividade econômica determinados pela legislação pátria.

Além do seu *caput*, o artigo 170 traz uma série de princípios que também compõem a decisão político-ideológica, e conseqüentemente a sua ideia de justiça. Os princípios dispostos no artigo 170 e impõem à ordem econômica assegurar a soberania nacional, a propriedade pri-
2 Apesar de Natalino Irti considerar este o seu conceito de constituição econômica (um conceito mais restrito), cre-se que o conceito mais adequado é o de Vital Moreira, já exposto no corpo deste trabalho.

vada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, e o tratamento favorecido para as pequenas empresas constituídas sob a legislação pátria com sede e administração no país.

A decisão político-ideológica eleita como ideia de justiça na ordem econômica objetivando conformar o mercado revela que a atividade econômica (em sentido amplo) deve se dar em obediência a finalidade estabelecida pelo dispositivo constitucional. A norma constitucional não está a afirmar que o mundo do ser está conforme a ideia de justiça nela expressa, mas que tem de necessariamente estar (GRAU, 2010, p. 196) (estabelecendo de certo modo uma *ordem econômica positiva* programática³). Logo, o artigo 170 não descreve uma realidade (situações ou fatos), mas atribuir consequências jurídicas a esta realidade (GRAU, 2010, p. 196) – por conseguinte, os preceitos constitucionais abrangem tanto normas quanto condutas (GRAU, 2010, p. 197).

A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (*mundo do ser*) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. (GRAU, 2010, p. 196-197) (grifo do autor)

Desta forma, a ideia de justiça presente na ordem econômica constitucional se impõe por meio da juridicidade da norma, exigindo sua obediência na conformação do mercado e na formulação de uma política econômica, assim, objetivando que seja prestigiada na realidade, moldando-a. A desobediência de tal determinação leva a consequências jurídicas, configurando uma conduta contrária ao direito positivo (e a escolha de como uma política econômica deve ser pautada) (IRTI, 2003, p. 38).

AS CONTRADIÇÕES NA IDEIA DE JUSTIÇA DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Em razão das considerações críticas que devem ser feitas a ideia de justiça presente na ordem econômica constitucional, deve-se atentar a sua a decisão quanto ao sistema e forma econômicos. Tanto a constituição econômica quanto a ordem econômica positiva apontam no mesmo sentido, através das expressões propriedade privada e livre iniciativa (abarcando a liberdade de empresa), além do artigo 170 (conformador da ordem econômica), estão presentes nos artigos 1º e 2º da Constituição Federal, e apontam a opção pelo sistema capitalista.

Considerando-se, deste modo, as características deste sistema econômico:

O capitalismo é um modo-de-produção, cujo fundamento é a separação entre os produtores (: trabalhadores) e as condições objetivas do trabalho (: instrumentos de produção, meios de produção, etc.). Daí resultam as principais características do capitalismo: [a] o produto social é de apropriação privada, [...]; a direção do processo produtivo pertence principalmente aos donos dos meios de produção e é orientado em função do lucro [...]; é uma economia de mercado [...] (MOREIRA, 1973, p. 28)

³ As constituições econômicas contemporâneas apresentam como característica dispositivos a informar a política econômica, descrevendo certo programa a ser executado (MOREIRA, 1979, p. 117). Estas normas se apresentam como diretrizes da atividade estatal, contendo uma ordem econômica positiva programática (constituição econômica diretiva) (MOREIRA, 1979, p. 117). Apesar das limitações que estas normas podem conferir a política econômica, restringindo determinadas formas econômicas e concepções de economia política, exprimem uma clara decisão política dos limites a serem impostos à atividade dos agentes econômicos.

Portanto, pode-se desprender uma ideia de justiça pautada na apropriação privada dos meios de produção, uma coordenação atomística da atividade econômica pelos agentes (leia-se uma coordenação pelos agentes privados em função do lucro), e conseqüentemente, uma economia de mercado (MOREIRA, 1973, p. 28). Quanto à forma econômica, esta pode ser obtida através da interpretação do artigo 174, estabelecendo que o Estado deve atuar como “agente normativo e regulador da atividade econômica [em sentido estrito]”, devendo exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento em conformidade com a ordem jurídica, e a partir delas indicar a atuação tanto dos agentes públicos quanto privados no mercado⁴. Assim, aponta que a ideia de justiça norteará as atividades econômicas que serão prestadas pelos agentes privados dentro do regime de mercado.

A partir da escolha de sistema e forma econômicos, busca-se desenvolver quatro elementos presentes na ideia de justiça da ordem econômica constitucional do caput do artigo 170. Primeiramente, quanto à existência digna do homem, que constitui o núcleo essencial dos direitos humanos ao lado do direito a vida⁵, fundamento do Estado que compromete todo o exercício da atividade econômica (GRAU, 2010, p. 198).

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. (SILVA, 2005, p. 105)

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. (SILVA, 2005, p. 198)

[A dignidade da pessoa humana pode ser concebida] como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria núcleo da personalidade’, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana [...] (SILVA, 2005, p. 105)

A segunda consideração se trata da conformidade da atividade econômica e a formulação das políticas públicas, imposta pelo ideal de justiça, com a justiça social, porém não se deve deixar iludir pela presença esta expressão no texto constitucional.

Assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, memento do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela. (SILVA, 2005, p. 789)

O fim maior da atividade econômica permite inferir que a existência digna se encontra limitado pela própria escolha de sistema e formas econômicos, toda a ideia de justiça presente

⁴ Neste sentido se tem a intervenção por indução (GRAU, 2010, p. 91) e constituição econômica diretiva (MOREIRA, 1979, p. 115 et seq.).

⁵ “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” “Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.” (SILVA, 2005, p. 105; 198).

na ordem econômica se encontra comprometida em razão desta escolha. Pode-se observar, portanto, que este ideal de uma ordem econômica justa no mundo do ser positivado na ordem econômica, trata-se de uma retórica constitucional, “[...] só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim.” (SILVA, 2005, p. 788).

Ainda, quanto à valorização do trabalho humano, este pode ser compreendido como uma necessidade do próprio fim desta ideia de justiça, ou seja, da existência digna, devendo este prevalecer sobre todos os demais valores da economia de mercado (SILVA, 2005, p. 788). Porém, sua consecução está claramente comprometida pela escolha de sistema e forma econômicas, em especial pela ordem econômica positiva indicar a adesão do país à divisão internacional do trabalho, o que agravada ainda mais o tratamento conferido ao princípio da dignidade humanada (outro elemento da ideia de justiça) (BOITO JUNIOR, 2006, p. 237 *et seq.*). Tal razão se dá pela localização da economia brasileira dentro do capitalismo mundial, podendo ser caracterizado por um país subimperialista (de capitalismo dependente), na semiperiferia do capitalismo, que impõem aos seus trabalhadores uma superexploração, ainda mais diante de sua adesão à divisão internacional do trabalho (MARINI, 2008, p. 124 *et seq.*).

Por fim, quanto fundamento na livre iniciativa, a ideia de justiça exige alguma consideração em razão dos mercados livres não se prestarem a uma distribuição da riqueza de forma equitativa e adequada, porém políticas sociais podem se apoiar nestes mercados (SZTAJN, 2004, p. 35) desde que a amplitude desta livre iniciativa seja mitigada.

Neste sentido, aponta Rachel Sztajn:

Também não se deve supor que mercados livres servem para que a distribuição da riqueza seja justa ou socialmente adequada. Essa visão, talvez, resulte da confusão, inadmissível, entre a disciplina jurídica dos mercados e políticas sociais, a circulação de bens em mercados com a distribuição de riqueza. Políticas sociais podem apoiar-se em mercados, mas não se realizam por intermédio daqueles organizados com fundamento na livre iniciativa; resultam de outras formas de organização. Possível, mediante políticas públicas que tenham por escopo a inclusão de pessoas no que tange a certos bens de economia, ampliar o contingente dos que têm acesso aos bens da economia em mercados organizados. [...] convém compreender como se estruturam e funcionam mercados para a satisfação das necessidades individuais. Para Irti, mercados resultam de escolhas políticas acolhidas pelo ordenamento [...] (SZTAJN, 2004, p. 35)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de justiça na ordem econômica constitucional pode ser extraída a partir da concepção de que uma constituição econômica deve possuir requisitos mínimos de justiça, que objetivam satisfazer ideais coletivos. Deste modo, utilizando-se de aspectos objetivos e subjetivos para dar contorno a um princípio de justiça que se sobrepõem à estrutura econômica. A aferição do justo a partir da Constituição Federal de 1988 deve se dar considerando a decisão político-ideológica que a construiu, produto da luta de classes na historicidade dos povos, e se atentando a sua localização e a totalidade do ordenamento jurídico.

A expressões como propriedade privada e livre iniciativa, conforme exposto, já desponham a escolha constitucional por determinado sistema econômico, tanto no artigo 170, quanto nos artigos 1º, 2º e demais da Constituição Federal. O artigo 174 estabelece a forma econômica, compreendendo a atuação estatal no âmbito econômico como agente normativo e regulador.

Esta decisão político-ideológica desponta um ideal de justiça pautado na apropriação privada dos meios de produção, com uma coordenação atomística da atividade econômica pelos agentes (ou seja, em função do lucro). Em suma, optando-se pela economia de mercado.

Frente a esta decisão, o presente trabalho demonstrou a existência de contradições entre o ideal de justiça da ordem econômica e os valores constitucionais de justiça social e de existência digna da pessoa humana. Isto se dá pela limitação que a escolha de sistema e forma econômicas impõem, tencionando os valores e revelando uma retórica constitucional. Deste modo, o ideal presente na ordem econômica, deste modo, impõe condições e se encontra inadequado à distribuição da riqueza de forma equitativa e adequada.

REFERÊNCIAS

BOITO JUNIOR, Armando. A burguesia no governo Lula. In: BASUALDO, Eduardo M.; ARCEO, Enrique. Neoliberalismo y sectores dominantes, tendencias globales y experiencias nacionales. Buenos Aires: CLACSO, 2006.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

IRTI, Natalino. L'ordine giuridico del mercato. 2. ed. Roma: GLF Editori Laterza, 2004.

MARINI, Ruy Mauro. América Latina, dependência y globalización. Bogotá: CLACSO/ Siglo del Hombre Editores, 2008.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra: Centelha, 1973.

MOREIRA, Vital. Economia e constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

POULANTZAS, Nicos. O estado, o poder, o socialismo. São Paulo: Graal, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa. São Paulo: Atlas, 2004.

Organizadores

André Luiz Nunes Zogahib

Doutorado em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrado em Administração Pública. Especialização em Administração Pública. Graduação em Direito. Graduação em Administração Pública. Graduação em Administração de empresas / Comércio Exterior. Atualmente é Reitor da Universidade do Estado do Amazonas.

Dorli João Carlos Marques

Doutor em Biotecnologia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Mestre em Sociedade e Cultura na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Especialização em Administração e Planejamento para Docentes pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Graduação em Estudos Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC). Graduação em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC)

Maxwell Marques Mesquita

Doutorando em Gestão da Informação pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrado em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Administrativo e Econômico. Especialista em Gestão e Planejamento Urbano. Especialista em Direito Ambiental. Especialista em Administração Estratégica. Especialista em Gestão de Projetos. Especialista em Inteligência Policial. Especialista em Gestão da Tecnologia da Informação. Especialista em Gestão e Segurança. Bacharel em Sistemas de Informação e em Segurança Pública. Atualmente é Capitão QOPM da Polícia Militar do Estado do Amazonas.

Ailton Luiz dos Santos

Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Gestão Pública aplicada à Segurança. Especialista em Direito Administrativo. Especialista em Ciências Jurídicas. Especialista em Polícia Comunitária. Especialista em Segurança Pública, Atividade de Investigação e Inteligência. Especialista em Segurança Pública e Inteligência. Especialista em Direito, Segurança Pública e Organismo Policial. Especialista em Segurança Pública e Direito Penitenciário. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Bacharel em Direito. Bacharel em Segurança Pública. Atualmente é Major QOPM da Polícia Militar do Estado do Amazonas.

Flávio Carvalho Cavalcante

Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Gestão Pública aplicada à Segurança. Especialista em Segurança Pública e Inteligência Policial. Especialista em Direito Militar. Especialista em Ciências Jurídicas. Bacharel em Direito. Bacharel em Segurança Pública. Atualmente é Major QOPM da Polícia Militar do Estado do Amazonas.

Romulo Garcia Barros Silva

Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM RJ). Atualmente Juiz Titular da 2ª Vara da Comarca de Tefé/AM e integra o Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Socioeducativo do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Heron Ferreira da Silva Muneymne

Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito do Estado pela FGV/RIO. Especialista em Administração Pública. Bacharel em Direito. Bacharel em Administração. Delegado da Polícia Civil do Estado do Amazonas.



Índice Remissivo

A

abuso 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21
adolescente 234, 235, 236, 237, 238, 241, 242
aeroporto 162, 163, 165, 169
Amazonas 264, 265
Amazônia 4
animais silvestres 112, 113, 114, 115
autoridade 95, 96, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107

C

cidadania 11
cidadão 36, 37, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47
constitucional 248, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263
constituição econômica 257, 258, 259, 260, 261, 262
consumidor 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160
criança 234, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242
crime 13, 14, 17, 20, 21, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 126, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 202
crime organizado 113, 123, 124, 126
crimes econômicos 21

D

defesa 24, 27, 28, 29, 31, 32
democracia 13, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22
democrático 31, 36
direito 195, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204
direito digital 206, 207
direitos , 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 140, 146, 147, 148, 149, 151, 156, 157, 158, 159, 175, 176, 179, 11, 11
direitos humanos , 44, 46, 51, 53, 54, 11, 11
droga 163, 165, 167, 168, 169, 170, 171, 173

E

eleitorais 13, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 22
eleitoral 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22
emprego 151
entorpecentes 163, 164, 165, 173, 176, 177, 178, 179, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189

estado 26, 36, 37, 41, 42, 46, 226, 227
execução penal 245, 247, 248

F

feminicídio 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 138, 139,
140, 141, 143, 144, 146, 147, 148

G

gênero 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149

H

humana 151, 152, 157, 158, 159
humanos 11

I

idosos 150, 151, 152, 155, 156, 158, 159
imagem 199, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215,
216, 219, 220, 221, 222, 224
inteligência 208, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 226, 228,
229, 230, 231
internet 195, 196, 197, 198, 201, 202

J

juiz 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34
júri 77, 78, 79, 93
jurisprudência 96, 106
justiça 247, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263

L

legislação 13, 14, 15, 18, 19, 21, 22
legislações 128, 132, 136
legitimidade 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106,
107, 108, 109, 111
lei 96, 100, 102, 103, 110, 111
lei de drogas 175, 176, 187, 193
leis 195, 197, 202

M

magistrados 176, 192
métodos 13, 16, 18, 19
ministério público 96
mulas 162, 163, 165, 168, 169, 170, 171, 172, 173
mulher 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138

N

NUCRIA 233, 234, 235, 237, 238, 240

O

ordem econômica 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263

P

pandemia 150, 151, 152, 154, 155, 156, 158, 159, 160
pena 36, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 47
penais 24, 26, 28
penal 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 113, 115, 116, 117, 121, 124, 125, 194, 195, 198, 201
pesquisa 13, 14, 21
plenário 77, 78, 79, 93
poder econômico 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21
policial 95, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110
presidiários 58, 66, 67, 70
preso 245, 247, 249, 252
privacidade 198, 199, 200, 202, 207, 208, 211, 214, 222
processo 113
processo penal 78, 82, 85, 86, 87, 88, 89, 92, 93, 94
processuais 24, 25, 26, 29, 33
proteção 175, 176, 179, 183, 190, 227, 228, 229, 234, 235, 236, 238, 241, 242
prova 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 92, 93, 94
psicografada 77, 78, 79, 86, 89, 90, 91, 92, 93
pública , 213, 220, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 11

R

reabilitação 59, 66, 67, 70

reintegração 245

ressocialização 51, 52, 58, 59, 62, 63, 244, 245, 252, 253

S

segurança 207, 208, 210, 211, 220, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232

segurança pública , 220, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 11

sentença 78, 80, 83

sistema 5

sistema prisional 50, 51, 52, 58, 60

sistemas 24, 26, 30

sociedade 27, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 51, 52, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75

STF 101, 106, 107, 108, 111

substâncias 176, 177, 178, 179, 182, 183, 184, 186, 187, 189, 191

superendividamento 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160

T

tecnologia 196, 197, 201, 207, 215, 217, 218, 219, 221, 222, 223

traficante 175, 176, 177, 180, 182, 184, 185, 187, 189, 190, 191, 192

tráfico 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 123, 124

transporte 157, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173

V

violência 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138

virtuais 195, 196, 198, 200, 201, 202, 203, 204

virtual 194, 195, 196, 197, 199, 201, 202, 203

vulnerabilidade 151, 153, 154, 157, 158



AYA EDITORA
2023