

Alex Ribeiro Campagnoli
Cledione Jacinto de Freitas
Sueli da Silva Aquino
(organizadores)

ATUALIDADES, CONTROVÉRSIAS E OS NOVOS PARADIGMAS JURÍDICOS NA SEARA CRIMINAL



Bagai

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária responsável: Aline Grazielle Benitez CRB-1/3129

A898 Atualidades, controvérsias e os novos paradigmas jurídicos na
1.ed. seara criminal [recurso eletrônico] / [org.]. Alex Ribeiro
 Campagnoli, Cledione Jacinto de Freitas, Sueli da Silva Aquino.
 – 1.ed. – Curitiba, PR: Bagai, 2020.
 Recurso digital.

Formato: e-book
Requisitos do sistema: adobe digital editions
Modo de acesso: world wide web
ISBN: 978-65-87204-77-2

1. Crimes sexuais. 2. Direito. 3. Direito penal. 4. Paradigmas.
5. Sistema prisional. I. Campagnoli, Alex Ribeiro. II. Freitas,
Cledione Jacinto. III. Aquino, Sueli da Silva.

11-2020/26

CDD 345
CDU 343.(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Crimes sexuais: Direito penal
2. Direito: Sistema prisional

<https://doi.org/10.37008/978-65-87204-77-2.16.11.20>

Alex Ribeiro Campagnoli
Cledione Jacinto de Freitas
Sueli da Silva Aquino
(organizadores)

**ATUALIDADES, CONTROVÉRSIAS
E OS NOVOS PARADIGMAS
JURÍDICOS NA SEARA CRIMINAL**



1.^a Edição - Copyright© 2020 dos autores
Direitos de Edição Reservados à Editora Bagai.

O conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) respectivo(s) autor(es). As normas ortográficas, questões gramaticais, sistema de citações e referencial bibliográfico são prerrogativas de cada autor(es).

<i>Editor-Chefe</i>	Cleber Bianchessi
<i>Revisão</i>	Os autores
<i>Projeto Gráfico</i>	Jhonny Alves dos Reis
<i>Conselho Editorial</i>	Dr. Adilson Tadeu Basquerote – UNIDAVI Dr. Ademir A Pinhelli Mendes – UNINTER Dr. Anderson Luiz Tedesco – UNOCHAPECÓ Dra. Andréa Cristina Marques de Araújo - CESUPA Dra. Andréia de Bem Machado - FMP Dr. Antonio Xavier Tomo - UPM - MOÇAMBIQUE Dra. Camila Cunico – UFPP Dr. Cledione Jacinto de Freitas - UFMS Dra. Elnora Maria Gondim Machado Lima - UFPI Dra. Elisângela Rosemeri Martins – UESC Dr. Ernane Rosa Martins - IFG Dr. Helio Rosa Camilo – UFAC Dr. Juan Eligio López García – UCF-CUBA Dra. Larissa Warnavin – UNINTER Dr. Luiz M B Rocha Menezes – IFTM Dr. Marciel Lohmann – UEL Dr. Márcio de Oliveira – UFAM Dr. Marcos A. da Silveira – UFPR Dra. María Caridad Bestard González - UCF-CUBA Dr. Porfirio Pinto – CIDH - PORTUGAL Dr. Rogério Makino – UNEMAT Dr. Reginaldo Peixoto – UEMS Dr. Ronaldo Ferreira Maganhotto – UNICENTRO Dra. Rozane Zaionz - SME/SEED Dra. Sueli da Silva Aquino - FIPAR Dr. Tiago Eurico de Lacerda – UTFPR Dr. Tiago Tendai Chingore - UNILICUNGO - MOÇAMBIQUE Dr. Willian Douglas Guilherme – UFT Dr. Yoissell López Bestard- SEDUCRS

PREFÁCIO

Uma obra coletiva de Direito, abordando os mais diversos temas sempre deve ser razão de júbilo na medida que manifesta a enorme importância de se pensar o Direito, discutir a diversidade do pensamento e, principalmente, fazer com que o fruto e esforço das pesquisas realizadas por discentes, docentes, profissionais da área jurídica consiga transpor os muros da Universidade e que suas ideias, signos, orientações chegue cada vez mais ao maior número de pessoas e, assim, consiga romper o obscurantismo e o negacionismo, infelizmente, tão presente em nosso cotidiano, que ameaça a o aperfeiçoamento de uma sociedade evoluída e civilizada, assim como esse obscurantismo ameaçou a sociedade do início do Século XX até o pós guerras mundiais, quando, finalmente, alguma racionalidade foi novamente conquistada.

Cármem Lúcia (2020) em importante voto proferido em uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, assim se manifestou a respeito das Universidades o que demonstra mais uma vez a relevância de uma obra coletiva como essa. As universidades são espaços de liberdade e de libertação pessoal e política. Seu título indica a pluralidade e o respeito às diferenças, às divergências para se formarem consensos, legítimos apenas quando decorrentes de manifestações livres. Discordâncias são próprias das liberdades individuais. As pessoas divergem, não se tornam por isso inimigas. As pessoas criticam. Não se tornam por isso não gratas. Democracia não é unanimidade. Consenso não é imposição. Daí ali ser expressamente assegurado pela Constituição da República a liberdade de aprender e de ensinar e de divulgar livremente o pensamento, porque sem a manifestação garantida o pensamento é ideia engaiolada.

O esforço coletivo do qual essa obra é fruto representa a importância filosófica da Universidade defendida pela Ministra Carmem Lúcia. A Universidade é o local apropriado para democraticamente

discutir uma diversidade de temas importantes e relevantes para o aperfeiçoamento da vida social, civilizada e fraterna. O recrudescimento do discurso de ódio, da intolerância, da violência em face de minorias como grupos LGBTIs, mulheres, negros, indígenas, dentre outras, tornam urgente as discussões que foram abordadas aqui, valendo destacar, a título de mera exemplificação, a questão das mulheres transexuais e a inadequação de nosso sistema penitenciário, a própria questão envolvendo a humanização deste sistema, o combate ao crime organizado, à dignidade sexual da mulher, a importunação sexual, dentre tantos outros temas que nosso atual contexto político e social apresenta como demandas importantes que tão bem foram efetivadas nesta obra coletiva, cumprindo assim, uma das funções sociais da Universidade.

Além disso, o pensamento livre e plural praticado em obras coletivas como essa representam a manutenção da racionalidade, da prática da contestação, da prática filosófica, vencendo o obscurantismo, o negacionismo e a bestialidade humana que estes últimos fenômenos podem provocar. Hannah Arendt alerta que o fracasso da atividade filosófica, do pensamento singular e subjetivo do homem moderno, é o fracasso da razão que objetivou tudo e todos, inclusive a filosofia e os intelectuais e cientistas. Sem o outro eu, sem o pensar comigo mesmo, sem a autorreflexão, tudo se reduz à razão instrumentalista no ciclo de produção-consumo, tudo se extingue no estrito cumprimento “anencéfalo” dos códigos, dos manuais, dos processos, da manipulação “técnico-mediática da linguagem, do reino da forma sobre o conteúdo.

Hannah Arendt ensina ainda que quando abandonamos a filosofia, a capacidade de reflexão pessoal e social, o próprio exercício crítico tão bem efetivado nesta obra coletiva, estamos sujeitos a banalidade do mal e a prática da bestialidade humana. Para Arendt, o homem que não pensa consigo mesmo, não possui a capacidade de ter ética e valores morais em suas decisões e ações, não podendo ser livre, já que poderá ser facilmente manipulado e, sendo manipulado, poderá, facilmente, deixar de respeitar a si

mesmo, e, conseqüentemente, não poderá respeitar o próximo, respeitar e tolerar as diferenças, acatar a opinião de seu semelhante. O esvaziamento desta capacidade de reflexão banaliza o outro, reduz a existência humana a quase nada, torna o ser humano incapaz de distinguir entre o bem e o mal, o certo e o errado e faz com que a sociedade se deixe levar como rebanho ao paroxismo da bestialidade.

Além disso, para citar um autor atual que também aborda a falta da prática filosófica, ausência do reflexo, e suas conseqüências - Rubens Casara (2019), jurista e membro do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro alerta em seu artigo intitulado “O risco à civilização e o surgimento do *Homo stupidus stupidus*” que “Retrocessos, como o retorno de práticas inquisitoriais e a substituição da política pela religião, ou mesmo o abandono tanto do projeto da modernidade (sintetizado nos valores “liberdade”, “igualdade” e “fraternidade”) quanto dos limites democráticos (e o principal desses limites era a necessidade de respeitar os direitos e garantias fundamentais), tornam-se oportunidades de negócios cada vez mais lucrativos”. Observem, por exemplo, a aprovação em julho deste ano do novo marco regulatório que abre espaço para a privatização de nossas reservas de água doce.

Neste sentido, Casara (2019) reafirma que “[...] O empobrecimento da linguagem, a dessimbolização e a correlata transformação de tudo e todos em objetos negociáveis são fenômenos que funcionam como verdadeira condição de possibilidade para naturalizar diversas opressões (classe, gênero, raça, plasticidade etc.) [...] Se o *Homo sapiens sapiens* [...] se caracteriza pela linguagem, pelo raciocínio abstrato, pela introspecção e pela resolução de problemas complexos, o *Homo stupidus stupidus* pode ser identificado por seu pensamento extremamente simplificado, estereotipado (com a repetição de chavões e slogans), pelo uso de uma linguagem empobrecida e pela incapacidade de reflexo e raciocínios complexos”.

A presente obra, fruto do exercício do pensamento e trabalho filosófico, da pluralidade, do respeito e tolerância à diversidade de

ideias e que disseminam o conhecimento para além dos muros da Universidade são, como disse no início, razão de júbilo por contribuir para a manutenção da vida civilizada, democrática e fraterna e contribuir para o bom combate do obscurantismo, do negacionismo, o discurso de ódio e a bestialidade humana.

Prof. Me. Alessandro Martins Prado

APRESENTAÇÃO

Com o passar dos anos, desde os primórdios, a sociedade está em constante evolução, adequando-se a questões relacionadas aos costumes, orientações ideológicas, clima, relevo, entre várias outras influencias que afetam a vida em sociedade.

Charles Louis de Montesquieu (2000) afirma que fatores como o clima, o tipo de terreno, os costumes, a religião, as riquezas dos povos, influenciam na formação das leis que regem povos e suas sociedades, já que estes formariam “**O Espírito das Leis**”.

E o tempo tem nos mostrado que razão assistia ao ilustre pensador, haja vista que leis que funcionam em determinadas sociedades já não funcionam em outras, por influencia daqueles fatores, em especial por conta de princípios, religião, costumes e ideologias.

Mas sabemos que a manutenção da saúde social depende de leis e princípios eficazes e adequados ao conjunto social, ao que trazemos à pauta as expressões jurídicas: “*Ubi societas, ibi jus*” – “Onde (está) a sociedade aí (está) o direito”, e, “*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*” - “Onde há homem, há sociedade; onde há sociedade, há Direito”, ou seja, se existe uma sociedade, existe também o Direito, pois às leis, normas e preceitos, são fundamentais para a construção e manutenção de qualquer sociedade.

Ao passo que, o ano de 2020 mostrou-nos de forma triste a necessidade de evolução do direito, conforme os anseios sociais. Inúmeras alterações legislativas fizeram-se necessárias para socorrer uma triste situação de pandemia, onde direitos e garantias fundamentais estavam em risco. Mas, fora as excepcionalidades, a evolução do pensamento jurídico, e conseqüentemente das leis, nascem na academia, que do debate de diferentes pensamentos produzem teses e mudanças. Docentes e discentes são levados a compreender o passado, estudando o presente, para concluir como

devem ser as leis, tudo sob a ótica multidisciplinar e com foco nos anseios sociais da humanidade.

A presente obra simboliza e coloca em pauta esta constante evolução do direito, com a efetividade do ensino, pesquisa e da extensão que permeiam as nossas universidades, em que os acadêmicos são levados a aprender, aprofundar-se e escrever sobre os mais variados e atuais temas, concretizados e expressados nesta obra.

Desta maneira, com o intuito de incentivo e fomento ao debate dos atuais temas de direito, que as Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR, com extrema alegria, recebe a contribuição de seus acadêmicos e de diversos pesquisadores ligados às várias universidades do país e grupos de pesquisa.

Sendo que na presente, foram abordados pelos colaboradores temas atuais e importantes tais como, a Lei de Execução Penal, com a análise do viés constitucional do regime disciplinar diferenciado no artigo 52, §4º, e, os reflexos da Lei “Pacote Anticrime” na progressão de regime, no tocante aos crimes hediondos. Em relação ao sistema penitenciário e cumprimento de penas, há debates sobre a inadequação do sistema penitenciário; às necessidades das mulheres transexuais, noções introdutórias sobre mulheres negras no cárcere brasileiro, e, sobre a medida alternativa ao cumprimento de pena, por meio das APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, e, também, o crime organizado no sistema prisional brasileiro, com uma abordagem sobre a educação no sistema penitenciário do país, sob a ótica do viés humanitário. Na fase pré-processual, o tema da persecução criminal, analisa os limites da investigação pelo Ministério Público face a disposição constitucional, e, ganha destaque a Audiência de Custódia e sua aplicação na prática, uma novidade no Processo Penal Brasileiro. Quanto aos homicídios, o presente foi agraciado com estudos sobre a influência midiática nas decisões do tribunal do júri. Os crimes de ordem sexual, ganharam destaque nos últimos anos, assim o leitor será agraciado com estudos sobre importunação sexual, a penalização como forma de combate e garantia à liberdade sexual da

vítima, um avanço para o Código Penal, e, o depoimento da vítima nos crimes sexuais contra a vulnerabilidade, e, a dignidade sexual da mulher frente à violência não legitimada, no estupro marital. Por fim, há a análise sobre o artigo 283 do CP e o embate entre prisão de segunda instância e o princípio da presunção de inocência.

Boa Leitura!

Prof. Esp. Alex Ribeiro Campagnoli

SUMÁRIO

MULHERES NEGRAS NO CARCERE BRASILEIRO: NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	14
Mariana Azambuja Ferreira Mendonça, Cledione Jacinto de Freitas, Julia Rocha Chaves de Queiroz e Silva	
A INADEQUAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ÀS NECESSIDADES DAS MULHERES TRANSEXUAIS	30
Fabricia Ricardo do Prado, Marília Rulli Stefanini	
LEI DE CRIMES HEDIONDOS: REFLEXOS NA PROGRESSÃO DE REGIME APÓS O ADVENTO DA LEI “PACOTE ANTICRIME”	46
Barbara Nathalia Rodrigues Fragoso, Patrícia Cardoso Medeiros de Castro, Sueli da Silva Aquino	
O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A INSERÇÃO DO § 4º NO ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL	63
Rodrigo Gonçalves Nogueira, Marília Rulli Stefanini	
ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC) COMO MEDIDA ALTERNATIVA AO CUMPRIMENTO DA PENA.....	80
Durcélío Rezende de Queiróz, Patrícia Cardoso Medeiros de Castro, Sueli da Silva Aquino	
A EDUCAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS HUMANITÁRIO.....	96
Gleiciane de Queiroz Martins, Ana Carla Sanches Lopes Ferraz	
PERSECUÇÃO CRIMINAL: OS LIMITES DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FACE A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL	112
Gabriel Fernando Pertile Zinezi, Patrícia Cardoso Medeiros de Castro, Sueli da Silva Aquino	
O CRIME ORGANIZADO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	127
Horrayka Lorryanny Freitas Silva, Marília Rulli Stefanini	

A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI	144
<i>Leandro Paula de Queiroz, Patrícia Cardoso Medeiros de Castro, Sueli da Silva Aquino</i>	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA NOVIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	161
<i>Igor Queiroz Souza, Delaine Oliveira Souto</i>	
ESTUPRO MARITAL: DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER FRENTE A VIOLÊNCIA NÃO LEGITIMADA.....	179
<i>Katia Felisbino Ferreira, Cledione Jacinto de Freitas</i>	
O DEPOIMENTO DA VÍTIMA NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS	197
<i>Viviane Neris Rondon, Patrícia Cardoso Medeiros de Castro, Sueli da Silva Aquino</i>	
A PENALIZAÇÃO DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA LIBERDADE SEXUAL DA VÍTIMA.....	212
<i>Ariene de Almeida Sobrinho, Marília Rulli Stefanini</i>	
A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A SUA APLICAÇÃO NA PRÁTICA	229
<i>Letícia Ferreira de Oliveira, Delaine Oliveira Souto</i>	
IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: UM AVANÇO PARA O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	245
<i>Vinícius Rafael Vieira de Paula, Ivan Mateus Salustiano Freitas</i>	
EMBATE ENTRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 283 DO CPP	262
<i>Carla Souza Dutra, Cledione Jacinto de Freitas, Mayara Ruiz de Almeida</i>	
SOBRE OS ORGANIZADORES	280
SOBRE OS AUTORES.....	281

MULHERES NEGRAS NO CARCERE BRASILEIRO: NOTAS INTRODUTÓRIAS

Mariana Azambuja Ferreira Mendonça

Cledione Jacinto de Freitas

Julia Rocha Chaves de Queiroz e Silva

INTRODUÇÃO

Há exatamente 131 anos, a lei Áurea colocou fim na escravidão do Brasil, mas mesmo assim ainda há reflexos na sociedade. É verídico que o Estado se omitiu em relação à inserção dos escravos na sociedade brasileira, libertando-os mas se eximindo da obrigação de os encaixar na sociedade, marginalizando-os e limitando essa “liberdade ofertada”.

Devido a isso, a maior parte dos libertos não conseguiu obter meios para uma vida digna, e, com essa movimentação social e o crescimento das cidades, o processo de marginalização dos escravos libertos, os empurraram para os morros, para as localidades mais longínquas, o que teve relação direta com a formação das favelas no Brasil.

Antecedentes familiares e sociais fazem com que as mulheres negras de classe baixa convivam e vivenciem situações que propiciam práticas consideradas como ilícitas e criminosas, nessas comunidades afastadas em que não há uma infraestrutura e políticas adequadas para garantir condições de vida condizentes com as requeridas pelo aparato jurídico-político nacional e internacional no que concerne à dignidade humana.

O direcionamento para práticas delituosas, geralmente está relacionada a situações de vulnerabilidade social e pessoal, juntamente com a não garantia e efetivação de políticas públicas, distanciando-as de seus direitos, sendo cooptadas por organizações criminosas para realizar tarefas que envolvem alto risco de apreensão e prisão. Esse fato pode estar atrelado ao recorrente processo de criminalização racial e da pobreza e a seletividade penal ainda presente no país.

Em relação aos indicadores de aprisionamento feminino no Brasil Santos e Vitto (2017) aponta que, na atualidade, 62% (sessenta e dois por cento) das mulheres presas no cárcere brasileiro são negras, julgadas e con-

denadas por crimes de fácil acesso, como tráfico de drogas e suas variantes, principalmente na atuação de: “mulas de tráficos” e “microtraficantes”.

Ao ingressar no sistema carcerário brasileiro, essas mulheres são relegadas ao esquecimento pelo Estado, o que se torna mais gravoso e desumano devido à superlotação dos presídios e a falta de investimento público em políticas de segurança pública e no sistema prisional para guarnecer esses locais, visando tornar a pena o menos degradante e traumatizante possível.

No que se refere à ocupação dos estabelecimentos por gênero, é possível observar a tendência já expressa em levantamentos anteriores do Infopen (SANTOS; VITTO, 2017) e (MOURA, 2018), de que grande parte dos estabelecimentos penais foram construídos para custodiar o público masculino, demonstrando que eles não estão preparados para receber mulheres nessa estrutura.

O estudo adota a abordagem quantitativa que, segundo Minayo (2002) está direcionada a trabalhar com os significados, as interpretações, da realidade, se apoiando na pesquisa bibliográfica, descrita por Gil (2002) como uma das metodologias que apresenta resultados positivos em pesquisas exploratórias e que possibilita uma análise das diversas facetas de um mesmo problema. A pesquisa se propõe a responder à questão do encarceramento de mulheres negras no território brasileiro.

Entender um pouco mais sobre a realidade vivenciada pelas mulheres negras encarceradas é o se objetiva. Para tanto, será realizada uma breve análise dos presídios femininos, das tipificações penais existentes e direitos humanos, passando pela necessária análise das prisões em relação ao gênero feminino para concluir que, no pandemônio vivenciado no sistema carcerário brasileiro, quem mais se prejudica, quem mais se desumaniza é a mulher negra.

1. SOBRE PRESIDÓIOS FEMININOS, TIPIFICAÇÕES PENAIS E DIREITOS HUMANOS

1.1. O surgimento dos presídios femininos

Referente às mulheres presas, são poucos os registros sobre a população carcerária feminina no início dos presídios destinados exclusivamente

para mulheres. Para Andrade (2011), o Brasil, naquele momento, estava em atraso se comparado a outros países no que se refere a estabelecimentos penais apenas para mulheres. Segundo a autora o primeiro presídio para mulheres foi “inaugurado” na Holanda no ano de 1645. Em 1835, nos Estados Unidos da América, foi construído o primeiro presídio feminino; na Inglaterra (Londres), o primeiro presídio feminino surgiu na década de 1850.

Referente à instituição do presídio feminino, primeiramente foi determinado pelo Código Penal e pelo Código de Processo Penal, ambos de 1940, e pela Lei das Contravenções Penais, de 1941, no 2º parágrafo, do de 1940, determinou-se que “As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno” (BRASIL, 1940). Sendo instauradas apenas duas prisões para mulheres.

Segundo aduz Andrade (2011), Angotti e Sallas (2018) a primeira instituição penitenciária brasileira feminina foi criada em Porto Alegre em 1937, na cidade de São Paulo o primeiro estabelecimento penal especificamente para mulheres foi criado em 11 de agosto de 1941, instituído o Decreto-Lei n.º 12.116 que dispõe sobre a criação do “Presídio de Mulheres”. Inaugurado em 21 de abril de 1942, permaneceu até 1973, ficando por mais de três décadas na responsabilidade da gestão de um grupo religioso, a Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor.

Na cidade do Rio de Janeiro, de acordo com Andrade (2011), o primeiro estabelecimento prisional para mulheres foi criado pelo Decreto-Lei n.º 3.971 de 24 de dezembro de 1941, foi criada a Penitenciária Feminina da Capital Federal e inaugurada em 8 de novembro de 1942, também administrada por freiras da mesma congregação até o ano de 1955, sendo esta a segunda penitenciária da cidade. Para a freiras, afirma Andrade (2011), era uma questão de empoderamento e status tomar conta dessas penitenciárias, além de que desde que elas conseguissem um contrato com o Estado, elas começariam a receber pelos serviços prestados, o que para as mesmas era de grande vantagem, possuindo uma renda fixa mensal.

Conforme aponta Andrade (2011) a pena para essas mulheres era de execução de trabalhos domésticos, sendo até chamada na época de “domesticação do regime de execução penal”. Essa visão, derivava da perspectiva de

que as mulheres deviam ser donas de lar e se chegassem a cometer algum crime, isso se dava em razão das mesmas não estarem nos ambientes domésticos ao qual pertenciam, emerge então a punição doméstica como forma de ressocializar as mulheres na vida do lar, visando garantir que, no momento em que estas saíssem da prisão, retornassem ao lugar em que deveriam estar.

Almeida e Prado (2020) reafirmam o comando dos presídios femininos, nos anos 1940 e o seu caráter de inculcar bons comportamentos e prezar pelo pudor e pela lide doméstica. O quadro de separação entre homens e mulheres, inicialmente tinha mais a preocupação em manter o bem estar do homem do que propriamente um pensamento nas características e demandas femininas.

É possível aduzir de tais estudos, que as penas voltadas às mulheres, utilizavam-se de uma visão androcêntrica, que determinava como a mulher deveria ser e o que ela deveria fazer. Torna-se bem perceptível o sexismo dessa pena, ao se considerar que a promessa de ressocialização trazida no bojo das execuções penais, não visava ressocializar a mulher à sociedade, mas sim redirecioná-la ao lar, à cozinha, aos trabalhos domésticos.

Angelotti e Sallas (2018) afirmam que a responsabilidade pela administração das primeiras penitenciárias femininas por algumas décadas foi um campo de disputa, tendo a Congregação Bom Pastor exercido forte influência nesse campo. Mesmo após a administração ficar a cargo do Estado, é possível perceber ressonâncias no ideário de trabalho com as mulheres encarceradas.

A mudança de direção de administração é a criação legislações que tratam da prisão de mulheres e a posicionamento estatal de assumir tais estabelecimentos. Almeida e Prado (2020) apontam entre as transformações no encarceramento feminino a inauguração da primeira penitenciária feminina de segurança máxima foi inaugurada no ano de 1970 no estado do Paraná, na cidade de Piraquara, para atender as necessidades estatais.

O Censo Penitenciário (BRASIL, 1997) apontou que no ano de 1995, estavam encarcerados 114.006 homens, 5.493 mulheres e 29.261 de sexo não informado. Nesse levantamento o percentual de mulheres presas era de aproximadamente 4%. De acordo com os dados do INFOPEN Mulheres de 2014 (BRASIL, 2014) o Brasil possuía 579.781 pessoas no sistema

penitenciário, dessas 542.401 eram homens e 37.380 eram mulheres. “No período de 2000 a 2014 o acréscimo da população feminina no cárcere foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres” (BRASIL, 2014, p. 5).

1.2. Os Direitos Humanos nas Penitenciárias Brasileiras

Não podemos deixar de tratar neste artigo dos Direitos Humanos, dessas mulheres, sendo sempre importante lembrar que a previsão destes está inserida na Constituição Federal Brasileira/88 (BRASIL, 1988):

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...].

Direito este bem discutido, e estudado, mais que na prática não é bem exercido como deveria ser. Infelizmente é bem comum a violação dos Direitos Humanos no sistema prisional como um todo, mas a situação é ainda mais gravosa quando se trata da população carcerária feminina.

Restringir a liberdade de uma pessoa é a forma mais rígida de punição trazida no corpo do Código Penal Brasileiro. E, mesmo que positivamente o Brasil não adote, por exemplo, a prisão perpétua ou as sentenças de morte, o país ainda falha na aplicação de suas penas, por permitir que tantos Direitos Humanos sejam violados no cárcere (acrescido do fato do já citado encarceramento em massa, que demonstra outra falha legal, que permite o inchaço das prisões com crimes que não possuem tanta gravidade e poderiam ser resolvidos extra-cárcere ou até em outras esferas do direito).

A consequência, desta resposta do Estado para os presos é a privação de liberdade e a superlotação dos presídios, atualmente realidade de quase todas as penitenciárias brasileiras, tornando-se cada menos efetivos os esforços de garantir condições mínimas de dignidade humana. Sendo assim, além de falhar no garantimento da dignidade dessas mulheres encarceradas, a ressocialização também resta prejudicada, pois a pena

cumprida não garante que a presa consiga ingressar no mercado de trabalho ao sair da prisão, o que as leva indiscutivelmente à reincidência criminal e ao local de marginalização que lhes foi disponibilizado.

É notável que a precária organização dos presídios femininos, com falta de estrutura física dos estabelecimentos penais, passando pelas péssimas condições de higiene, a violência da abordagem policial, a falta de acompanhamento médico ginecológico e de medicamentos e tratamentos específicos, afetam a saúde da mulher, ferem os seus direitos humanos e as condenam a uma vida sem dignidade e sem perspectivas futuras.

Uma pesquisa realizada no Estado do Ceará em 2016 sobre a situação carcerária feminina revela através de dados, como estava feita a divisão carcerária daquele local, onde foi possível destacar que: em relação às prisões para mulheres, 27% dos estabelecimentos destinados a presas estavam em regime provisório, apenas 35% destes dispõem, para gestantes, de cela ou dormitório adequados; já no que se refere à existência de berçário ou centro de referência materno infantil, 32% dessas unidades ofertavam esse espaço e 5% disponibilizavam creches (NEVES; RIBEIRO; CABRAL, 2016).

Outro ponto a ser considerado diz respeito às formas de abordagem e detenção, aos procedimentos investigativos e de inquéritos e julgamento das mulheres, em especial as negras. Tais procedimentos são feitos preponderantemente por homens, atravessados pelo patriarcado ainda hegemônico e precisam lidar com questões de gênero e raça em seu fazer. Conforme Löwenhaupt (2020) não se pode desconsiderar a seletividade penal quando se trata do encarceramento feminino e Martins Júnior (2019) acrescenta a seletividade policial quanto a criminalização e encarceramento da população brasileira, não esquecendo das mulheres negras como sujeitos do investimento de seletividade penal. Após breve análise das prisões femininas do Brasil, agora será introduzida a discussão acerca dos gêneros na prisão.

2. GÊNERO E PRISÃO

2.1. Encarceramento feminino, dados estatísticos e raciais

A divisão de estabelecimentos prisionais em femininos e masculinos está prevista na Lei de Execução Penal - LEP de 1984 (BRASIL, 1984), por

isso a destinação de estabelecimentos prisionais próprios para o gênero feminino são um dever estatal (muitas vezes não cumprido).

Conforme os dados do Relatório Temático sobre Mulheres Privadas de Liberdade (BRASIL, 2019) o Brasil contava em junho de 2019 com 205 estabelecimentos destinados a mulheres privadas de liberdade exclusivamente ao público feminino. No levantamento do Infopen relativo aos dados do mês de junho de 2014, foi possível aduzir os estados com maior número absoluto de estabelecimentos exclusivamente destinados às mulheres são: São Paulo (18 estabelecimentos), Minas Gerais (13 estabelecimentos) e Mato Grosso do Sul (12 estabelecimentos) (BRASIL, 2014).

Desde o ano 2000, o Brasil teve, em média, uma taxa anual de crescimento de sua população prisional de 7,14%. Trata-se de uma redução de cerca de 0,16% por ano, se considerado o valor encontrado de 7,3% no levantamento referente a junho de 2016. Tendo como data base dezembro de 2005, a taxa média de crescimento foi cerca de 6,26% ao ano (BRASIL, 2019).

O número de pessoas privadas de liberdade em todas as unidades da Federação, corroborando as diferenças existentes entre os Estados, conforme aponta (BRASIL, 2019, p. 9).

[...] O estado de São Paulo concentra 31,53% da população prisional do país, com 229.031 pessoas privadas de liberdade, seguido por Minas Gerais com 10,56%, ou 76.713 pessoas e Rio de Janeiro com 7,25%, ou 52.691 pessoas. Como foi indicado no relatório referente ao segundo semestre de 2016 (MOURA, 2018), o estado de Roraima permanece com a menor população prisional do país, com 2.590 presos(as) ou ainda, 0,36% pessoas privadas de liberdade.

Continuando na análise da pesquisa supracitada, entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo país. Em junho de 2017, o Brasil registrou 349,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. A partir da análise gráfica, podemos inferir que 43,57% das pessoas presas no Brasil são presos sentenciados em regime fechado, seguido de 33,29% composta por presos provisórios, ou seja, sem condenação e 16,72% presos em regime semiaberto. Foi possível aduzir que: “De todas as unidades cadastradas no Infopen, 74,8% destas

destinam-se aos homens, 6,9% as mulheres e outros 18,1% são destinadas a ambos os públicos, havendo alas/celas destinadas para o aprisionamento de mulheres.” (BRASIL, 2019, p. 20)

Em referência aos dados obtidos sobre a cor ou etnia majoritária da população prisional brasileira, 46,2% da população privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia parda, seguido de 35,4% da população carcerária de cor/etnia branca e 17,3% de cor/etnia preta. Somados, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional (BRASIL, 2019).

Quando observamos os dados da PNAD Contínua 2017, percebemos que há uma grande representação da população preta e parda no sistema prisional. Os dados da PNAD indicam, que somados, o total de pardos e pretos representam 55,4% da população brasileira. No sistema penitenciário, mais da metade das pessoas custodiadas possuem baixa escolaridade, percebendo-se na verdade, grande dispersão entre todos os níveis educacionais. As mazelas da educação brasileira são o caminho para o cometimento de crimes (BRASIL, 2019).

Diante dos dados, as prisões brasileiras, tem a quarta maior população carcerária feminina do mundo, com 42 mil mulheres presas (SANTOS; VITTO, 2017). No crime, a grande maioria das mulheres vivem em situação de miserabilidade, o que as encaminham para o envolvimento de ilícitos e, como resultado de tudo isso, surge posteriormente o encarceramento em massa. Segundo o relatório do Desenvolvimento Humano 1995, “a pobreza tem o rosto de uma mulher – de 1.3 bilhão de pessoas na pobreza, 70% são mulheres.”

Em relação às mulheres o Brasil chegou ao fim de junho de 2020 com uma população de 37,2 mil pessoas privadas de liberdade, tendo uma leve redução se comparado à 2016, quando havia 42 mil mulheres privadas de liberdade. Destas 37,2 mil, 239 se declararam amarelas; 9.304 brancas; 74 indígenas; 15.696 pardas e 4.221 negras. Relação à tipificação penal se destacam crimes relacionados a drogas com 18.151 mulheres privadas de liberdade; crime contra o patrimônio com 7.718 e contra a pessoa 3.137. No que se refere ao tempo de pena se destaca o período entre 4 e 8 anos

com 5.598 mulheres privadas de liberdade e entre 8 e 15 anos com 4.330 mulheres privadas de liberdade. (BRASIL, 2020).

É possível ver bem claramente o rosto da mulher encarcerada brasileira, um perfil padrão, composto em sua maioria por mulheres negras ou pardas, as quais já foram alvo de algum tipo de violência doméstica (física, sexual ou psicológica), com baixo nível de escolaridade e com famílias desestruturadas (sendo bem comum que outros membros da família estejam encarcerados também).

Para as mulheres em situação de prisão, a ausência das garantias fundamentais é ainda mais evidente e cruel. O sistema penitenciário não está preparado para receber a mulher e quando o faz dispensa a ela um tratamento ainda pior do que aquele dado nos presídios masculinos, vindo à tona a certeza de que o encarceramento não cumpre sua função, seu objetivo final, não permitindo a ressocialização desta mulher de forma digna ao fim de sua pena. Nessa linha de raciocínio, as penas servem apenas para desgastar ainda mais essa minoria (mulheres negras), já tão desgastadas pelo machismo experimentado extra-cárcere, tanto psicologicamente, como fisicamente. Assim, conforme aponta Neves, Ribeiro e Cabral (2016, p. 10):

As mulheres negras e pobres são as pessoas que mais sofrem com o despreparo destes órgãos estatais. O racismo, que as acomete desde a infância, a marginalização imposta às classes menos abastadas e o machismo que as subjagam cotidianamente, as colocam em desvantagem perante as autoridades que desconsideram seus direitos em todos os campos governamentais.

Desta forma, ao se envolverem no caminho da criminalidade e da prisão, as mulheres se tornam manchadas moralmente para o resto da sociedade e esquecidas pelo Estado, que ao invés de salvaguardar seus Direitos Humanos, efetiva ainda mais degradações a elas.

Reflexo do insucesso estatal na ressocialização das mulheres presas é o aumento real dos delitos cometidos e da reincidência criminal. Analisando a taxa de aprisionamento (supramencionada) tanto de homens quanto de mulheres, em relação à população nacional separada por gênero, pode-se perceber como o ritmo de crescimento da população prisional no Brasil é acelerado, ainda mais no que tange às mulheres.

2.2. População feminina presa relacionada a crimes por tráfico de drogas

A feminização da pobreza, termo este usado por pesquisadores, conforme apontam Neves; Ribeiro e Cabral (2016), foi introduzido por Diane Pearce, em seu artigo publicado em 1978, afirmando que esse é um processo que ocorre quando as mulheres com filhos não podem contar com o auxílio paterno para sustentarem o lar, situação que além de demonstrar a obstinação da mulher e da mãe, mostra como a pobreza afeta essas famílias onde simplesmente não há a figura paterna.

Diante disso, como acrescenta os autores, Pearce observou o quão mais difícil era prover o sustento familiar, quando essas famílias dependem unicamente do salário da mulher. Justificando a grande quantidade de mulheres que se envolvem com ações criminosas, tentando solucionar as falhas de um mercado de trabalho que as menospreza e desvaloriza.

É nitidamente notório que a população prisional feminina é, em sua grande maioria, decorrente de condenações por crimes relacionados às drogas, categoria composta por delitos como o de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Mais da metade das penas das mulheres presas, são cominadas por delitos que envolvem drogas (SANTOS; VITTO, 2014).

Se levar em comparação os dados apresentados por Brasil (2020) entre os percentuais de prisões de mulheres (57,76%) o de homens (31,23%) por crimes relacionados a drogas, é possível ver a dimensão e o impacto desse tipo penal sobre as mulheres, bem como o direcionamento das estratégias de grupos que lidam com o tráfico para o uso da mulher para realizar atividades com maior potencial de serem presas. Conforme os dados do Infopen 2017,

Os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico. (SANTOS; VITTO, 2017, p.53).

Obteve-se uma conclusão através de um estudo realizado em 176 países, que mulheres que possuem apenas o ensino médio completo

podem recorrer ao tráfico de drogas como modo de subsistência pessoal e familiar, pois os salários mínimos recebidos por pessoas que não tem um grau de escolaridade mais avançado, acaba por não suprir as necessidades básicas do núcleo familiar.

Gomes (2020) chama a atenção para o crescimento exponencial da população encarcerada após o advento da Lei 11.343, de 2006, tornando eixo orientador para ações de repressão, principalmente com o endurecimento das penas. Outro ponto levado em conta pela autora é a filiação de presos a facções criminosas e da cooptação das mulheres, esposas e parentes dos presos para levar drogas para pagamento de dívidas intracarcerárias, acrescido da imposição de penas altas às mulheres que “transportam” a droga por considerar que elas não deveriam estar no “mundo do crime”. Essas questões são aspectos que corroboram o entendimento da vulnerabilidade da mulher, negra em especial, e da seletividade penal como processo constitutivo do encarceramento feminino.

Em consonância há a criminalização de condutas e a marginalização da mulher negra dos processos produtivos e do acesso aos bens materiais e culturais, levando-a segundo Mello e Belusso (2020) ao circuito da economia informal e ilegal, como no caso das drogas, o que colabora para o acréscimo de aprisionamento, potencializando situações de aumento da violência sofrida, bem como o afastamento e abandono, além do alto índice de mulheres presas que não recebem visitas, necessitando passar todo o período de detenção isolada da rede de apoio que possuía, aumentando o grau de vulnerabilidade e a consequente ruptura de vínculos.

2.3. Mulas de drogas: uma variedade do comércio do tráfico de drogas

As nomenclaturas “mulas de drogas”, ou “mulas do tráfico”, são utilizadas para nomear as pessoas que não são responsáveis pela venda das drogas, mas sim, por unicamente, carrega-las de um local a outro. Na maioria das vezes, as mulheres, são escolhidas para desempenhar esse papel por serem mais “confiáveis” aos olhos das pessoas, que pelo machismo intrínseco, não conseguem conceber facilmente a ideia de mulheres envolvidas na realidade do crime.

Gonçalves (2019) afirma que a função de subalternidade no tráfico de drogas é decorrente dos papéis de gênero na divisão social do trabalho historicamente construída, estabelecendo uma assimetria entre o masculino e o feminino. Tal processo está ligado aos ditames do patriarcado, presente em várias esferas da sociedade, inclusive nas atividades delitivas. Essa divisão social do trabalho no tráfico, acaba por reduzir as possibilidades de trabalho dentro do “mundo do tráfico”, restando atividades de menor prestígio como “mulas do tráfico”, inserindo a mulher em situações de vulnerabilidade, com ganhos menores e riscos elevados de encarceramento.

Diante da promulgação da Lei 11.343, “Lei das Drogas”, o número dos encarceramentos por crimes relacionados à esta temática aumentou consideravelmente no Brasil, em razão da ampliação dos tipos penais atinentes às drogas. Antes da Lei específica, conforme aponta Varella (2017) citado por Isaac e Campos (2019), apenas um pequeno número de pessoas cumpriam pena por tráfico (13%). Ultimamente, o aumento foi tão exacerbado que, apenas no estado de São Paulo, o número de mulheres presas pelos crimes definidos na citada lei, já chega a 60% em presídios femininos.

As mulheres que atuam como mulas do tráfico procurando a solução para suas dificuldades financeiras, realizando a tarefa do transporte de drogas, por muitas vezes, não entendem a gravidade de tal prática delitiva (achando que apenas a venda de drogas seja considerada um crime) ou aceitam tais tarefas para auxiliar um filho, um marido, namorado ou outro familiar preso.

Na pesquisa realizada por Costa (2019) as detentas narram situações de desemprego, dificuldades de inserção no mercado de trabalho, baixos salários, fragilidade de vínculos familiares, além de situações de vulnerabilidades, que repercutem no aprisionamento em decorrência do tráfico de drogas. Tais dificuldades podem ser desencadeadoras para a entrada das mulheres no “mercado do crime” como pequenas auxiliadoras da prática delitiva. Vale salientar que, as mulheres que atuam como “mulas” acabam presas, enquanto os grandes traficantes, que controlam o mercado de drogas não vão para a prisão.

Essas mulheres acabam certamente nos estabelecimentos penais, que possuem condições mínimas ofertadas pelo Estado, para atender essas mulheres. Estruturas essas, que não levam em conta suas singularidades

e peculiaridades de gênero. Conforme aponta Costa (2019), as violências sofridas e o sofrimento psíquico são pontos comuns de várias mulheres encarceradas. Assim, estas acabam por receber um tratamento igual ao despendido aos homens nas penitenciárias masculinas, ignorando-se a necessária adequação desses estabelecimentos com base no gênero.

Nas questões concernentes à aplicação das leis Cardoso; Costa e Pedroso (2020) dizem que há desigualdades de tratamento em relação às mulheres mulas do tráfico, em decorrência do modo de organização social pautado pela hierarquização de gênero, pela opressão da mulher e controle das condutas, assim como pelo olhar marginalizador de condutas não condizentes com o papel de mulher socialmente imposto, o que pode demandar sanções mais severas por parte do sistema de justiça.

CONCLUSÕES

O encarceramento feminino como um fenômeno social suscita uma série de debates em várias esferas da sociedade, mas o olhar da academia para essa questão ganhou destaque apenas nas últimas décadas, com aumento substantivo de publicações. As discussões atuais abordam principalmente as questões de gênero, do envolvimento com o tráfico de drogas, da subjetividade, da maternidade, da violência sofrida, das condições dos estabelecimentos prisionais e da seletividade penal.

Um ponto a se considerar e que chama a atenção é o crescimento vertiginoso do encarceramento feminino no Brasil nas últimas décadas como aponta Brasil (2014, 2019, 2020) e Santos e Vitto (2017) com o país chegando a quarta posição no *ranking* mundial de aprisionamento de mulheres, saltando de aproximadamente 5.600 mulheres presas no ano 2000 para aproximadamente 41 mil em 2016 e, tendo uma pequena redução em 2020, com aproximadamente 38 mil mulheres presas (BRASIL, 2020).

No que se refere às mulheres presas, dois fatores ganham destaque conforme Brasil (2014, 2019, 2020) e Santos e Vitto (2017): raça e tipo penal. Em relação às questões raciais, a maioria das detentas não são brancas, prevalentemente pardas e negras. Já relativo ao tipo penal o destaque vai para crimes relacionados a drogas (com mais da metade das prisões) e crimes contra o patrimônio. Esses dois eixos de análise são nós górgios na discussão sobre encarceramento feminino e políticas criminais brasileiras.

As mulheres que acabam indo para o sistema prisional como aponta Costa (2019) e Gonçalves (2019) em grande medida são aquelas que estão em situação de vulnerabilidade pessoal e social. Vulnerabilidade que se torna mais evidente após a prisão, pelo esgarçamento dos vínculos e o rompimento da rede de apoio. Essa dupla vulnerabilidade também está atravessada pelo modo de vida sustentado pelo patriarcado ainda vigente, pela cooptação pelas organizações criminosas conforme descreve Gomes (2020) e pela condição de subalternidade dentro da lógica do tráfico.

A vulnerabilidade a qual a mulher negra está atravessada no processo de aprisionamento diz respeito à seletividade da investigação e penal que direciona ações com maior rigor a determinadas classes sociais e raça, fato que é corroborado pela massivo encarceramento de pessoas com pouca escolaridade, não brancas, residentes em locais com menor infraestrutura e investimento estatal, com vínculos fragilizados, dificuldade de acesso a bens e serviços (e por vezes o não acesso), permanência em empregos formais, restando atividades com baixa remuneração, informais e ilegais.

Pensar na condição da mulher negra encarcerada no Brasil contemporâneo, não pode estar dissociado das raízes históricas e culturais, principalmente do modo como o país tratou e trata os negros e negras, é pensar numa cultura marcada fundamentalmente pelo androcentrismo, uma cultura patriarcalista que culpabiliza as mulheres por condutas não condizentes com a moral e os bons costumes, além de puni-las com maior severidade por cometerem crimes como postula Gomes (2020), situações que potencializam situações de vulnerabilidade, violências e sofrimento psíquico.

Por fim, não podemos olvidar as fragilidades das políticas voltadas para romper o panorama da criminalização e feminilização da pobreza, da recorrente seletividade penal e prisional, da estrutura dos estabelecimentos penais que impacta fortemente sobre as vidas singulares de milhares de mulheres brasileiras, presas principalmente por participação no tráfico como “mulas”, o que reforça a necessidade do debate sobre as condições e os processos que direcionam as mulheres a estar em situações de vulnerabilidade e ao aprisionamento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. A. S.; PRADO, F. R. Mulher e as condições de encarceramento. **ETIC - Encontro de Iniciação Científica**, v. 16, nº 16, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8666/67650019> Acesso em: 20 set. 2020.

ANDRADE, B. S. A. B. **Entre as leis da ciência, do estado e de deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil**. Dissertação (Mestrado, Antropologia Social), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ANGELOTTI, B.; SALLA, F. Apontamentos para uma história dos presídios de mulheres no Brasil. **Revista de Historia de las Prisiones**, nº6, Enero – Junio, 2018, p. 7-23. Disponível em: https://www.revistadeprisiones.com/wp-content/uploads/2018/06/1_Angotti_Salla.pdf Acesso em: 10 de set. 2020.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: período de janeiro a junho de 2020. Departamento Penitenciário Nacional. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen> Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade** – junho de 2017. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. 2019. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN mulheres** – junho de 2014. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Censo penitenciário de 1995**. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: Imprensa Nacional, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Instituiu a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 1 de jul. 2020.

CARDOSO, F. S.; COSTA, L. V. C.; PEDROSO, V. A. M. Sentidos sobre gênero e sororidade a partir de narrativas de mulheres ‘mulas’ do tráfico presas em uma colônia penal de Pernambuco. **Revista Debates Insubmissos**, Caruaru, PE, Brasil,

Ano 3, v.3, n° 8, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/debatesinsubmissos/article/view/243377> Acesso em: 22 set. 2020. doi: <https://doi.org/10.32359/debin2019.v2.n8.p39-61>

COSTA, L. V. C. **Mulheres mulas do tráfico**: estudo sobre a Lei nº 11.343/06 sob uma perspectiva de gênero. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, Recife-PE, 2019.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, S. R. O encarceramento feminino recente no Brasil: uma discussão a partir do Rio de Janeiro, Manaus e Fortaleza. **Revista de Ciências Sociais**. Fortaleza, v. 51, n. 1, mar./jun., 2020, p. 291-319. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/revcienso/article/view/41315> Acesso em: 13 set. 2020. doi: <https://doi.org/10.36517/rcs.51.1.a03>

GONÇALVES, S. R. **Mulheres e tráfico de drogas**: aspectos do aprisionamento feminino no Brasil sob o enfoque de gênero na criminologia crítica. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito), Universidade do Extremo Sul Catarinense- UNESC, Criciúma-SC, 2019.

ISAAC, F. F.; CAMPOS, T. P. R. O encarceramento feminino no Brasil. In. **Centro de Estudos Estratégicos da FIOCRUZ**. 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/997>. Acesso em: 18 jun. 2020.

LÖWENHAUPT, A. D. Criminalidade feminina e seletividade penal através das lentes da criminologia feminista. In. **Anais I Colóquio de Direito e Diversidades “A Defesa dos Direitos em Tempos de Crise”**, Florianópolis/SC, 2020, p. 5-14. Disponível em: https://www.academia.edu/43238437/L_COL%C3%93QUIO_DE_DIRETO_E_DIVERSIDADES_A_DEFESA_DOS_DIREITOS_EM_TEMPOS_DE_CRISE_ANAIS_Florian%C3%B3polis_SC_2020 Acesso em: 23 set. 2020.

MARTINS JÚNIOR, F. N. Seletividade policial, processo de criminalização, encarceramento: considerações sobre a catástrofe penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 151, 2019, p. 215-260.

MELLO, L. B.; BELUSSO, O. Tráfico de drogas e encarceramento feminino: intersecções de gênero e raça. **Rev. Sociologias Plurais**, v. 6, n. 2, p. 122-137, jul. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/sclplr/article/view/74917/41048> Acesso em: 18 set. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5380/sclplr.v6i2.74917>

MINAYO, M. C. S. Ciência, técnica e arte: o desafio da pesquisa social. In. DESLANDES, S. F.; CRUZ NETO, O.; GOMES, R.; MINAYO, M. C. S. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002, p. 9-30.

NEVES, T. R. S.; RIBEIRO, D. F.; CABRAL, G.C.M. **Direitos das mulheres negras e o sistema penitenciário cearense**. Extensão em Ação, Fortaleza, v.3, n.12, p. 3-11, out./dez. 2016.

SANTOS, T.; VITTO, R. C. P. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias INFOPEN mulheres**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

A INADEQUAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ÀS NECESSIDADES DAS MULHERES TRANSEXUAIS

Fabricia Ricardo do Prado
Marília Rulli Stefanini

INTRODUÇÃO

Ao analisar as vulnerabilidades apresentadas no sistema penitenciário brasileiro, nota-se a realidade presenciada pelos sujeitos em relação a violações dos seus direitos, principalmente no que tangencia os fundamentais das pessoas transexuais.

Este estudo demonstra o descaso encontrado nas penitenciárias brasileiras em relação aos sujeitos transexuais, e, além disso, as perpetuações de lesões à condição humana. Assim, muito se discute sobre as penitenciárias serem um dos principais lugares em que os Direitos Humanos são deformados diuturnamente, em razão, por exemplo, do sentimento de vingança que impera na sociedade, o que legitima as atrocidades praticadas em seu interior.

Em decorrência disso, o início desta pesquisa aborda a atual situação das penitenciárias brasileiras, expondo questões pertinentes, tais como a superlotação, falta de assistência médica adequada, despreparo dos agentes públicos, violências físicas e psicológicas, dentre outros fatores. Nesse ínterim, os detentos, em larga escala, são expostos a diversos tipos de doenças e violências sexuais, além do abandono estatal e social, o que contribui para o reconhecimento da falência prisional brasileira.

Noutro momento, apresentamos uma breve análise sobre a transexualidade, conceituando-a a partir de estudos sobre o assunto, donde enfatizamos uma das conquistas adquiridas pelo público LGBTQIA+, a retirada das questões de gênero da categoria de patologia, CID- 11, pela Organização Mundial da Saúde. Todavia, esse reconhecimento não foi suficiente para a efetivação do respeito à existência diferenciada em relação ao binarismo sexual, no que

é inerente ao gênero, e, em razão disso, as pessoas transexuais, enfrentam dificuldades existenciais dignas quando se tornam reclusas.

O respeito às diversidades em relação ao gênero, especificamente quanto aos transexuais, em abril de 2014, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação em ação coligada ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editaram a Resolução Conjunta de n. 1, com o objetivo de tutelar e promover a efetivação de direitos peculiares a questões de gêneros no ambiente prisional.

Todavia, a realidade se apresenta de forma controvertida aos direitos reconhecidos pelas normas internas, bem como internacionais, à medida que trouxemos alguns depoimentos de detentas transexuais que narram episódios de violências vividas nas penitenciárias brasileiras, por, simplesmente, não se enquadrarem no binarismo sexual biológico, que determina a classificação dos sujeitos.

1. A TRANSEXUALIDADE

A transexualidade está presente na sigla LGBTQIA+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais ou Transgêneros, Queer, Intersexo, Assexual e mais) e de início iremos preceituar o significado dessa sigla. Nascida da sigla GLS (gays, lésbicas e simpatizantes) que foi a primeira a identificar o movimento político e social pela luta de direitos das pessoas homossexuais, transexuais, bissexuais e outras identificadas com qualquer orientação (BLUEVISION, 2019).

Após anos de luta pelo direito de igualdade, a sigla foi ganhando mais variantes e fazendo a inclusão de várias pessoas que ainda não se identificavam com o grupo. Assim, passou-se a usar a sigla LGBTQIA+ para fazer referência e incorporar a vasta diversidade existente (BLUEVISION, 2019).

Para se falar em transexualidade devemos, desde logo, pontuar o Artigo 1º da Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação n. 1 de 2014 que conceitua as transexuais em “pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico”, ou seja, o que se compreende é a identificação com o sexo oposto daquele biológico (BRASIL, 2014).

Assim, a identidade de gênero é como a pessoa se sente, identifica-se e se vê, configurando-se quando o sujeito nasce com o ‘corpo’

estereotipado no que tange à genitália masculina ou feminina, mas não se identifica com o sexo binário biológico, donde passa a se identificar pessoal e socialmente como do sexo oposto.

Berenice Bento, em seu livro ‘O Que é Transexualidade?’, acredita que a transexualidade é uma “experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero” (BENTO, 2008, p. 18). O conflito sentido pela ‘trans’ é consigo, por estar, por exemplo, em um corpo identificado socialmente como masculino e não conseguir se reconhecer como tal, ou vice-versa.

Imperioso destacar que até maio de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificava o “transtorno de identidade de gênero” como uma doença presente no CID-11 (Código Internacional de Doença), considerando que as pessoas ‘trans’ sofriam de doença mental. Entretanto, após diversas pesquisas chegaram ao entendimento de que não se trata de uma doença, mas de sexualidade, passando a ser chamada de “incongruência de gênero” (BRASIL, 2019).

Destacamos uma das conquistas recebidas pelas pessoas ‘trans’ no país como sendo a criação da Portaria nº 2803 de 19 de Novembro de 2013, onde o Ministério da Saúde, após uma ação civil pública, reconhece e tutela o direito à implementação de cirurgias de readequação sexual pelo SUS (Sistema Único de Saúde) (BRASIL, 2013).

A importância dessa discussão reside no rompimento, mesmo que inicial, dos paradigmas que a sociedade impõe no que toca ao modo de existir apenas mulher ou homem, ou seja, o enquadramento binário a partir, apenas, do sexo biológico. Assim, o foco do presente artigo reside na questão da tutela (ou não) dos direitos da população carcerária ‘trans’ no Brasil, e, para tanto, passo ao nosso objetivo de forma mais afunilada.

2. A POPULAÇÃO CARCERÁRIA TRANSEXUAL

A população transexual já vem de uma luta eterna sobre a igualdade de gênero, tentando ganhar seu espaço cada vez mais na sociedade. Mas o que já é dificultoso nas ruas, dentro das penitenciárias se torna cada vez pior.

Quando se fala em abusos morais, físicos e sexuais sofridos pelas ‘trans’, não podemos deixar de lado o que ocorre fora das penitenciárias,

mas ao entrar em uma cela superlotada tais abusos se tornam ainda mais constantes, sofridos por seus parceiros de celas, sendo usados até mesmo como “moedas de troca” e são obrigados a satisfazer o prazer dos demais, realizando “tarefas sexuais” (SESTOKAS, 2015).

Neste cenário, outros abusos são indicados pelo Assistente Social Guilherme Gomes Ferreira em uma entrevista cedida para a revista *online* ‘Instituto Humanitas Unisinos’, tais como o abandono familiar, a falta de assistência à saúde sexual, as revistas íntimas vexatórias, a utilização das pessoas ‘trans’ como ‘mulas’ para o tráfico de entorpecentes, bem como ‘moeda de troca por bens materiais, os estupros constantes por todos os homens da galeria onde cumprem penas, dentre vários outros abusos e violações dos direitos (FERREIRA, 2017).

Em referida entrevista, o assistente social ainda destaca a falta de preparo que o Estado oferece aos seus servidores carcerários em relação ao tratamento para com as transexuais, onde elas são obrigadas a raspar os cabelos, usar roupas íntimas masculinas, assim como a falta de acesso ao tratamento hormonal que se é interrompido ao entrar no Sistema de Segurança Pública (FERREIRA, 2017).

Importante destacar que no Brasil, hoje, não há a disponibilidade de um presídio totalmente voltado à população transexual, o mínimo que se encontra são algumas celas específicas destinadas a essa população, e que de longe não atende a todas as necessidades. De certa forma, esse método ao invés de ajudar, acaba as oprimindo, por serem muitas vezes impossibilitadas de ter acesso ao trabalho, à educação e até as consultas médicas (FERREIRA, 2017).

Silvia Helena Manfrin, em sua pesquisa “Diversidade Sexual no Sistema Prisional”, a qual é voltada a população de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Queers, Intersexuais e mais (LGBTQIA+) privadas de liberdade, aponta o seguinte pensamento:

O ingresso de um homossexual no universo prisional pode trazer experiências marcadas pelo preconceito e pela violência, especialmente em relação às travestis e transexuais. Essas situações de violência podem ser expressas, por exemplo, pela adoção de expressões

com conotação pejorativa, no uso de roupas masculinas, cortes de cabelos padronizados, dentre outros (MANFRIN, 2013, p. 110).

De acordo com o levantamento do INFOPEN, 78,85% (setenta e oito e oitenta e cinco por cento) das penitenciárias no país foram construídas destinadas aos presos de sexo masculino, enquanto as destinadas ao público ‘misto’ são de 18,18% (dezoito e dezoito por cento), e ao público feminino restam apenas 6,97% (seis e noventa e sete por cento) das penitenciárias brasileiras (INFOPEN, 2019).

Entretanto a segurança pública tem dificuldades em levantar dados sobre a população LGBTQIA+, já que muitos se escondem atrás das roupas e jeitos masculinos para evitarem os abusos sofridos pelos colegas de cela. Em dados apontados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos:

[...] indicar abertamente ser gay, por exemplo, pode conferir risco ao custodiado, uma vez que a população LGBT é constantemente alvo de violência desferida por outros presos. Não espanta que, no contexto de uma unidade prisional que não pode garantir a proteção dessa população, o quantitativo de LGBT estará subnotificado (PASSOS, 2020, p. 19).

Novamente, em relação à quantidade de ‘trans’ no sistema penitenciário brasileiro, segundo pesquisa divulgada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos em 2020, o levantamento feito não pode ser considerado como base, pois não foi realizada uma pesquisa com todos os apenados, bem como apenas 21% (vinte e um por cento) das unidades participantes da pesquisa disponibilizam alas específicas às pessoas ‘trans’ e 77% (setenta e sete por cento) de todo o público LGBTQIA+ ocupam essas alas (PASSOS, 2020, p. 20).

Diante todas as torturas diariamente sofridas, a falta de visibilidade e a discriminação, Guilherme Gomes afirma:

[...] Não é por acaso que a tradição brasileira seja a de prender travestis e mulheres em alas destinadas aos criminosos sexuais, pois geralmente são as únicas alas que acolhem população transgênero (mesmo que as próprias travestis também considerem os criminosos

sexuais como a escória dentro da prisão). Os maridos das travestis, do mesmo jeito, são excluídos de atividades de recreação e convivência quando assumem relacionamento com pessoas transexuais: deixam de beber no mesmo copo que os outros homens, já não jogam mais futebol juntos e são tratados também pela categoria “bicha”, que serve como homogeneizadora de todas essas populações de gênero e sexualidade dissidentes (FERREIRA, 2017, n. p.).

O relato acima exposto só nos faz entender que a discriminação dentro das penitenciárias se faz presente e, às vezes, se configura mais lesivos que os sofridos fora do sistema prisional, ao passo que o preconceito se estende até aos companheiros afetivos, ao serem excluídos quando assumem relacionamentos com as mulheres ‘trans’. Foi, então, a partir de todas essas vulnerabilidades vivenciadas no ambiente prisional que se criou uma Resolução específica a este grupo social, com o intuito de assegurar e efetivar direitos inerentes a essa população.

2.1. A resolução conjunta n. 1 de 2014

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º assegura a todos os cidadãos Direitos Fundamentais para se conviver em sociedade, e em seu artigo 5º garante a execução da pena daquele que cometa algum crime, donde em seu inciso XLVIII dispõe: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, podendo ser observado à omissão da Lei em relação às pessoas que não se encaixam nos parâmetros “comuns” binários (BRASIL, 1988).

Após muita discussão acerca dos Direitos Humanos da população LGBTQIA+, em Abril de 2014 o Conselho Nacional de Combate a Discriminação, juntamente com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária criaram a Resolução Conjunta n. 1 para garantir a essa população privada de liberdade alguns direitos peculiares, os quais estão presentes em 12 artigos.

Assim, a resolução vem ao encontro de todos os Direitos Fundamentais e garantia que um ser humano necessita para viver em sociedade, e sobre esse pensamento Guacira Lopes Louro expõe: “O desafio maior talvez seja admitir que as fronteiras sexuais e de gênero vem sendo cons-

tantemente atravessadas – o que é ainda mais complicado – admitir que o lugar social no qual alguns sujeitos vivem é exatamente a fronteira. A posição de ambiguidade entre as identidades de gêneros e ou sexuais é o lugar que alguns escolheram para viver.” (LOURO, 2008, p. 21).

Essa Resolução atua em conjunção com a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, no intuito de garantir o cumprimento das orientações impostas pela União dentro das penitenciárias brasileiras, visando que a população LGBTQIA+ tenha os seus direitos efetivados de forma igual aos demais apenados, e que assim consiga cumprir suas penas com um pouco mais de dignidade.

Nesse sentido, a resolução traz em seu artigo 1º algumas considerações sobre a população LGBTQIA+, dispondo sobre os transexuais: “[...] V – Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico (BRASIL, 2014).

A Resolução elenca em seus artigos direitos importantes para a população ‘trans’ presentes no sistema carcerário brasileiro em seus artigos 3º e 4º, como o direito de cumprirem pena em estabelecimentos femininos e também a disponibilidade de alas específicas em presídios masculinos (BRASIL, 2020).

Já em seus artigos 2º, 6º, 7º, 9º e 11, a Resolução garante os seguintes direitos aos apenados: de serem chamados pelo seu nome social, o direito de receber visitas íntimas nos termos da portaria MJ nº 1.190/2008 e Resolução n. 4, de 2011, acesso à educação, a trabalhos e capacitações profissionais, assegura ao detento o direito de recebimento de auxílio-reclusão considerando os princípios e direitos já estabelecidos a todos os detentos, bem como em relação à orientação sexual e a identidade de gênero.

Por sua vez, o artigo 5º assegura às travestis e transexuais o uso de roupas femininas ou masculinas e o uso de cabelos compridos, de acordo com a sua identidade de gênero. Nesses moldes, dentre as garantias asseguradas pela Resolução, o seu artigo 7º dispõe:

Art. 7º - É garantida à população LGBT em situação de privação de liberdade a atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e

Transexuais – LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional – PNAISP.

Parágrafo Único – À pessoa travesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade, serão garantidos a manutenção de seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico (BRASIL, 2014).

Por fim, a Resolução Conjunta n° 1, de 15 de Abril de 2014 elenca em todos os seus artigos a garantia aos Direitos Fundamentais à população privada de liberdade, resguardando assim a sua integridade física, moral e sexual, e consequentemente almejando mitigar a cultura de maus tratos popularmente presente no ambiente carcerário, principalmente no que tange ao objeto de nosso estudo, a população ‘trans’ encarcerada.

2.2. A violação da dignidade das transexuais na prisão

Muito se vê o quão rotineiro vem se tornando a violação da dignidade das ‘trans’, ao começar pelo fardo que a pessoa ao assumir sua identidade de gênero tem ao suportar todo o preconceito sofrido, o que muitas vezes é encontrado em seu seio familiar, vindo assim a sofrer com o abandono.

A sociedade vivencia o binarismo de gênero, donde, em sua maioria, reconhece os sujeitos apenas como “homem ou mulher” a partir do seu sexo biológico, o que não é diferente em uma penitenciária. Assim, pessoa ao cometer um crime e adentrar ao sistema prisional se torna vítima desse binarismo, sendo alocado ao sistema condizente ao seu sexo biológico.

Destarte, os direitos fundamentais da sociedade já lhes são garantidos desde o nascimento com vida, e até antes disso, e se encontram presentes na Constituição Federal de 1988, o qual em seu artigo 5° inciso I dispõe “direitos e obrigações iguais para homens e mulheres” e também em seu artigo 3°, inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Ao se tratar da população ‘trans’ pode-se observar que ao assumir a sua identidade de gênero, a sociedade passa a tapar os olhos para essas garantias fundamentais, por reconhecê-las como “diferentes”, negando, assim, os direitos atribuídos a todos.

Neste giro, o sofrimento ocorrido por seu não reconhecimento como sujeito de direitos e em conjunto com a convivência no sistema penitenciário, sendo submetidos a condições desumanas presentes nas penitenciárias, agrava ainda mais as violências já sofridas em seu cotidiano.

Em uma entrevista para o Instituto Humanitas Unisinos, cedida pelo assistente social Guilherme Gomes Ferreira, ao ser questionado sobre a violação dos direitos das ‘trans’ ele relata:

[...] Em muitos lugares do Brasil, elas ainda são proibidas de usar roupas identificadas como femininas; tem seus cabelos raspados; são usadas pelo tráfico de drogas como mulas (ou seja, tendo de portar entorpecentes pelo ânus quando ocorrem as vistorias das celas); são tratadas como mercadoria e usadas como moedas de troca por bens materiais entre os presos; são forçadas a casamentos dentro das prisões e/ou são estupradas por todos os homens da galeria onde cumprem penas; são excluídas da possibilidade de estudar e trabalhar na prisão por não poderem conviver com outros presos (e, portanto, também da possibilidade de remição de pena); ficam impedidas do exercício religioso quando não são católicas/evangélicas [...] tem agravos particulares à saúde por muitas possuírem silicone industrial e outras modificações corporais pela ingestão de hormônios - que é sumariamente interrompida quando a pessoa é presa - [...] (FERREIRA, 2017, n. p.).

Essas e outras situações abusivas e vexatórias relatadas estão presentes no sistema carcerário e são enfrentados diariamente pela população ‘trans’, notando claramente a violação de todos os direitos presentes na Constituição Federal de 1988.

Ao ser indagado sobre a vulnerabilidade das transexuais nas penitenciárias brasileiras, Guilherme Gomes Ferreira expõe que “não é simplesmente as identidades de gênero que as tornam vulneráveis, mas, principalmente, o fato de serem presas em presídios de homens”, demonstrando o binarismo sexual presente nas penitenciárias, e ainda continua: “ouvi de técnicos penitenciários que as travestis e mulheres trans “não se davam o respeito” e que suas roupas curtas “provocavam”, e terminou afirmando: “evidentemente suas identidades e estéticas as tornam mais vulneráveis à violência” (FERREIRA, 2017, n. p.).

No trecho citado acima, demonstra-se o total descaso cometido pelas penitenciárias em garantir o que foi elencado nos artigos da Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação n° 1, de 15 de Abril de 2014, bem como o direito e a liberdade de usar vestimentas de acordo com a sua identidade de gênero (BRASIL, 2014).

O abandono familiar já destacado ao assumir a sua identidade de gênero, se torna bastante presente nas penitenciárias, segundo um levantamento feito pelo Departamento de Promoção dos Direitos LGBT, “LGBT Nas Prisões do Brasil: Diagnóstico dos Procedimentos Institucionais e Experiências De Encarceramento”, apenas 40% da população LGBTQIA+ encarcerada tem visitas cadastradas no sistema (PASSOS, 2020, p. 25).

O documento acima citado destaca o medo da população LGBTQIA+ encarcerada em assumir sua identidade de gênero em uma penitenciária masculina, pelo fato das agressões serem majoritariamente ao se dividir celas com ‘homens’, o que dificulta o levantamento de quantitativos reais que se fazem presentes (PASSOS, 2020, p. 122).

Diante disso, é possível observar que todos os preconceitos e abusos sofridos pelas ‘trans’ no cotidiano se intensificam quando inseridas no sistema carcerário não destinado à sua identidade de gênero, o que demanda a implementação de políticas públicas eficazes na efetivação dos direitos inerentes à condição humana no que tange aos direitos fundamentais correlatos aos princípios, por exemplo, da igualdade, dignidade humana e aqueles dispostos como princípios de *Yogyakarta*.

Inicialmente, necessário se faz esclarecer o Princípio da Igualdade, também conhecido como Princípio da Isonomia, que garante o tratamento igualitário para todos, e se faz presente na Constituição Federal em seu artigo 5°, conforme citado anteriormente.

Prevê assim o tratamento isonômico, concedendo o gozo de direitos e deveres a qualquer pessoa que se encontre no País, evidenciando que todos devem ser tratados como igual e, conseqüentemente, distanciando a discriminação, seja qual for à natureza.

Nessa sistemática, o sistema carcerário é considerado um espaço para a ressocialização do apenado no intuito do seu regresso à sociedade

e longe da criminalidade, mas o que se pode encontrar é um ambiente opressor de todos os direitos fundamentais garantidos, e ainda mais, um grande estimulador de todos os preconceitos referentes a gêneros.

No Documento LGBT Nas Prisões do Brasil: Diagnóstico dos Procedimentos Institucionais e Experiências De Encarceramento, publicado pelo Departamento de Promoção dos Direitos LGBT, no Centro Regional De Triagem – Complexo Prisional De Aparecida De Goiânia – Goiás, tem-se o seguinte relato:

Meu cabelo não foi cortado, ele foi mutilado. Eu tinha o cabelo na cintura e chegou uma portaria, não se de onde, que mandou que cortasse o cabelo de todo mundo. Não só meu, como das outras meninas e dos outros presos. Fomos forçadas a cortar o cabelo. Estamos lutando por isso com o diretor porque já veio uma conversa pra que a gente corte o cabelo de novo. Estamos tentando conversar com ele pra ver se ele deixa o nosso cabelo crescer porque querendo ou não a nossa aparência é feminina. Deixando o cabelo curto parece que eles querem nos obrigar a ser homem, mas nós não somos homens. (PASSOS, 2020, p. 45)

Ainda sobre o corte de cabelo, outra entrevistada da Penitenciária Masculina Baldomero Calvalcanti De Oliveira – Alagoas relata:

Eles não deixam o cabelo da gente crescer. Eu cortei uma camisa e eles tomaram. Não deixam nenhum tipo de roupa feminina. Tem a portaria, mas eles não estão usando. Eu não posso dizer se aqui eles raspam o cabelo porque a gente já chega com o cabelo raspado da triagem. Todo mundo aqui que tinha cabelo grande chega aqui com o cabelo raspado. A gente luta tanto pelo cabelo grande e quando chega aqui tem que raspar (PASSOS, 2020, p. 51).

Diante disso, a explicação da penitenciária acima citada é que “o corte de cabelo serve como uma questão de higiene”, e também para “não causar problemas com os outros que raspam o cabelo”, o que visivelmente viola os direitos garantidos pela Resolução Conjunta n. 1 de 15 de Abril de 2014 no seu artigo 5º (PASSOS, 2020, p. 51).

Nessa senda, o princípio da dignidade humana abrange inúmeros valores presentes na sociedade, tais como o acesso a educação, saúde,

assistência social, dentre outros considerados pilares básicos para proporcionar mínimas condições para se viver com dignidade.

No tocante a este princípio, a Constituição define em seu artigo 5º, inciso XLIX: “é assegurado aos presos o respeito á integridade física e moral”, mas o que se encontra é totalmente o reverso, com inúmeras denúncias de ‘trans’ encarceradas em relação à violação da integridade física e moral (BRASIL, 1988).

Vanessa de Castro Rosa, em suas pesquisas, abordou o caso de Vitoria R. Fortes, transexual que sofreu abusos em uma penitenciária masculina no Estado de Minas Gerais:

[...] era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...] Fiquei calada até o dia em que não aguentei mais. Cheguei a sofrer²¹ estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer. Sem falar que eu tinha de fazer faxina na cela e lavar a roupa de todos. Era a primeira a acordar e a última a dormir (ROSA, 2016, p. 1).

Ao lado dos abusos causados por seus companheiros de celas, existem relatos de abusos praticados por agentes penitenciários, psicológicos e/ou sexuais, assim como tratamentos vexatórios como revistas íntimas opressoras. Destacamos assim, o depoimento de uma detenta da Unidade Prisional de Ressocialização de São Luís no Maranhão:

[...] Dentro da revista tem uns agentes muito ignorantes em termos de procedimento para ficar pelado. Porque eu fico com os demais, pelado com tudo. Na minha cela são uns 4 ou 5 LGBT, sendo que no momento de procedimento todos os demais do pavilhão vão para a grade e ficam nos olhando. A gente serve de chacota. A gente quer que isso se solucione para que não se repita. Eu ficaria grata com isso. (PASSOS, 2020, p. 60)

No entanto, apesar da Resolução Conjunta e todas as Leis que garantam os direitos da população carcerária transexual presentes no

país, o que se encontra é a falta de treinamento e informações para a adequação de tais garantias.

Nessa sequência, mas não menos importante, mencionamos os Princípios de *Yogyakarta*, que provêm de uma reunião realizada por especialistas internacionais em Direitos Humanos, em Abril de 2006, em que fixaram 26 princípios a serem cumpridos por 25 (vinte e cinco) Estados, inclusive o Brasil, seguindo as suas próprias recomendações. Esses princípios pautam-se nas garantias relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero, assim como o direito ao tratamento igualitário, a não discriminação, o tratamento humano durante a detenção, ao trabalho, à educação, etc. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007).

Observamos a existência de diversas normas e princípios que garantam a tutela peculiar quanto à existência digna das pessoas ‘trans’ encarceradas, entretanto, na prática não há efetividade desses direitos, conforme abordado anteriormente. Desta feita, necessárias se tornam as realizações de avaliações periódicas do sistema penitenciário brasileiro, a fim de apurar o respeito ou não às garantias já existentes, bem como maior destinação de verba pública para infra-estrutura prisional; treinamento adequado dos agentes que lidam com a população ‘trans’; desenvolvimento de políticas públicas capazes de atender às necessidades desta população; além de destinar celas, ou penitenciárias inteiras para a população ‘trans’ no sistema nacional, vez que enquadrar o sujeito apenas no que diz respeito ao binarismo biológico sexual lesiona, de forma incisiva, a existência minimamente digna de qualquer pessoa que tenha o direito Constitucional de se reconhecer e declarar ‘trans’.

CONCLUSÕES

Diante da análise das informações trazidas à baila neste trabalho, constatamos que a realidade do sistema penitenciário consubstancia-se na promoção de tratamento indigno aos apenados, uma vez que afasta os direitos garantidos aos seres humanos presentes na Constituição Federal. Nesse sentido, a situação é agravada ao falarmos das transexuais presentes neste ambiente, posto que notória seja a crise que o sistema penitenciário repercute ao não cumprir seu papel ‘ressocializador’.

Nesse contexto, a realidade prisional ‘oportuniza’ ao cidadão a violação de direitos considerados vitais, como por exemplo, as superlotações das celas, a falta de estruturas e condições dignas à sobrevivência, em que muitas vezes são ‘usados’ por seus companheiros de celas em trocas de alimentos, produtos de higiene, entre outras. Posto isso, as violações dos Direitos Humanos apresentadas neste artigo, atingem, sobremaneira, a população LGBTQIA+, principalmente as transexuais, em razão da não aceitação social e desamparo estatal naquilo que é inerente à existência de gênero não aplacada pelo binarismo biológico sexual.

Notamos que um dos problemas para efetivação dos direitos das transexuais no sistema penitenciário diz respeito ao fato de que o Estado, como garantidor das vidas em penitenciárias, não segue as recomendações dispostas nas Leis e Resoluções que tratam especificadamente de assuntos inerentes às transexuais privadas de liberdade. Destacamos, ainda, a falta de preparo de todo o sistema, desde os diretores até os agentes, que não recebem preparo adequado para tratar questões intrínsecas às vidas dignas das pessoas transexuais.

Contudo, embora a criação da Resolução Conjunta n. 1 tenha se afigurado como um avanço quanto às questões das pessoas transexuais reclusas, imperioso destacarmos que a Dignidade Humana é preceito máximo na Constituição Federal de 1988, e, por conseguinte, se o Texto Maior fosse efetivado a todos, indistintamente, não haveria a necessidade de complementação por regras infraconstitucionais. Ou seja, o sistema prisional desrespeita a Dignidade Humana de seus custodiados, principalmente no que diz respeito às transexuais.

De todo o exposto, convém destacar que necessária se torna a discussão de novos paradigmas, e políticas públicas, que atendam a essa parcela da sociedade, havendo a conscientização estatal e social no intuito de efetivar as legalidades e direitos estabelecidos, inclusive, na Constituição Federal, tais como os Princípios da Igualdade e da Dignidade Humana.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. As Prisões e o Direito Penitenciário no Brasil. **DireitoNet**. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-priso-es-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BENTO, Berenice. **O Que É Transexualidade**. Ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BLUEVISION. **O Que Significa a Sigla LGBTQIA+?**. Braskem. 2019. Disponível em: <https://bluevisionbraskem.com/desenvolvimento-humano/o-que-significa-a-sigla-lgbtqia/>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. **A Visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília, DF. 2018, v. 3. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria N. 2.803, de 19 de Novembro 2013**. 2013. Brasília, DF: Ministério da Saúde. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Nações Unidas Brasil**. 2019. Brasília, DF. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/83343-oms-retira-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução Conjunta N. 1, de 15 de Abril de 2014**. Brasília, DF, n. 74, seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 13 abr. 2020.

DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Dezembro de 2019**. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 27 fev. 2020.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Violência Nas Prisões. Mulheres, Travestis, Pessoas Trans e Gays São As Maiores Vítimas. Entrevista Especial com Guilherme Gomes. Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/568746-mulheres-travestis-pessoas-trans-e-gays-encarcera-dos-enfrentam-mais-violencias-que-os-demaais-detentos-entrevista-especial-com-guilherme-gomes>. Acesso em: 27 abr. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: histórias da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramallete. 27. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2017**. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/>

mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2014.pdf/view. Acesso em: 16 abr. 2020.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen-Mulheres, 2ª Edição**. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/depen/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 02 abr. 2020.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero e Sexualidade: Pedagogias Contemporâneas. **SciELO**. Campinas, v. 19, n. 2, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072008000200003. Acesso em: 20 mar. 2020.

MANFRIN, Sílvia Helena. **Diversidade sexual no sistema prisional: um olhar sobre o preconceito e a discriminação em relação à diversidade sexual a partir da Penitenciária “Wellington Rodrigo Segura” de Presidente Prudente/SP**. 2013. Dissertação (Mestrado em Serviço Social e Política Social) – Universidade Estadual de Londrina, Paraná, 2013. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000185470>. Acesso em: 13 mar. 2020.

PASSOS, Amilton Gustavo da Silva. Departamento de Promoção dos Direitos Humanos. **LGBT Nas Prisões do Brasil: Diagnósticos dos Procedimentos Institucionais e Experiências de Encarceramento**. 2020. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2020.

CARCERÁRIA, Pastoral. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outros países**. 2018. Disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf. Acesso em: 01 mai. 2020.

ROSA, Vanessa de Castro. Mulheres Transexuais e Travestis no Sistema Penitenciário: A Perda da Decência Humana e Do Respeito aos Direitos Humanos. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. 2016. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos. Acesso em: 13 abr. 2020.

SESTOKAS, Lúcia. Cárcere e Grupos LGBT: Normativas Nacionais e Internacionais de Garantias de Direitos. **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania**, 2015. Disponível em: <http://ittc.org.br/carcere-e-grupos-lgbt-normativas-nacionais-e-internacionais-de-garantias-de-direitos/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 32. São Paulo: Saraiva 2010.

PRINCÍPIOS YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 03 abr. 2020.

LEI DE CRIMES HEDIONDOS: REFLEXOS NA PROGRESSÃO DE REGIME APÓS O ADVENTO DA LEI “PACOTE ANTICRIME”

Barbara Nathalia Rodrigues Fragoso
Patrícia Cardoso Medeiros de Castro
Sueli da Silva Aquino

INTRODUÇÃO

Este estudo direciona o campo de pesquisa ao surgimento da necessidade e adequação social, para a criação e aplicabilidade da Lei de Crimes Hediondos, sua atualização e reflexos no Sistema Penitenciário Brasileiro. A Lei nº 8.072/90, elencou um rol dos crimes hediondos, e normatizou o cumprimento do regime e, a mais nova modificação foi realizada pela Lei nº 13.964, conhecida como “Pacote Anticrime”.

Apesar do Sistema Carcerário Brasileiro encontrar-se em situação indigna, ferindo os direitos básicos e fundamentais dos detentos, o “Pacote Anticrime”, aumentou a pena máxima para 40 anos e modificou a aplicação da progressão de regime.

A pesquisa foi realizada mediante pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, embasando-se nas legislações pertinentes e doutrinadores, com o propósito de analisar a Lei “Pacote Anticrime”, refletindo sobre as modificações que ocorreram na Lei de Crimes Hediondos, bem como sobre o retrocesso na progressão de regime dos delitos, que causam reflexos na superlotação carcerária.

1. BREVE HISTÓRICO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Toda Lei surge com a necessidade da adequação social e, diante da relevância e pressão social para aplicação rígida aos crimes mais graves, considerados repugnantes, bárbaros ou asquerosos, o legislador ordinário aprovou a Lei nº 8.072, para responder aos anseios dos cidadãos brasileiros.

O rol taxativo foi previsto no artigo 1º da Lei nº 8.072/90 e afirma que

São considerados hediondos os crimes de homicídio (artigo 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, I, II, III, IV e V), latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados (BRASIL, 1990).

Após a vigência da Lei de Crimes Hediondos de 1990, esta passou por variadas modificações, conforme afirma Greco:

O estupro e o extinto crime de atentado violento ao pudor seriam considerados hediondos apenas se qualificados pelos resultados lesão grave ou morte. Entendia-se que a conjunção ‘e’ inserida na redação original dos incisos V e VI do artigo 1º da Lei de nº 8.72/80 teria o significado de ‘combinado com’, estabelecendo uma redação de dependência necessária entre tipo penal simples e os resultados agravadores - lesão corporal de natureza e morte, inseridos, à época, no artigo 223, caput e paragrafo único, respectivamente. Diante, na forma simples, estupro (CP, artigo 213, caput) e atentado violento ao pudor (CP, revogado artigo 214, caput), não podiam ser considerados crimes hediondos (GRECO, 2016, p.53)

Com a vigência da Lei nº 12.015/2009 unificou-se os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um só, passando a ser definido como estupro. Acrescentou também a figura do estupro de vulnerável, como crime hediondo, nos incisos V e VI do artigo 1º (BRASIL, 2009).

Com a atualização da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, a Lei de Crimes Hediondos, passou por significantes alte-

rações, sendo modificado o seu rol taxativo, bem como o tempo para cumprimento da pena no regime fechado (BRASIL, 2019).

A Lei de Crimes Hediondos definia que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (BRASIL, 1990), ou seja, aquele que praticasse delito hediondo não faria jus ao benefício da progressão do regime, tendo que cumprir a pena exclusivamente em regime fechado. Esta vedação perdurou por 16 (dezesesseis) anos até gerar sua inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime em crimes hediondos, passou a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, quando julgou o HC 82.959, e constatou que esta vedação feria o princípio da individualização da pena, o que pode ser constatado:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 2006).

Em um acórdão julgado pelo Supremo Tribunal Federal, foi elaborada a Lei nº 11.464/2007 e revogou o artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, estabelecendo que a pena imposta aos condenados em caráter hediondo, não seria cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas inicialmente neste regime. Diante da alteração, o condenado teria direito a progressão de regime após cumprido 2/5 da pena, se fosse réu primário; e 3/5 no caso de reincidência. Entendeu-se que o detento passou a ter parte de seus direitos fundamentais garantido (BRASIL, 2007).

A ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 347/2015, julgou o Sistema Penitenciário Brasileiro como “Estado de Coisas Inconstitucional”, ao falar da precariedade no tratamento aos aprisionados, situação crítica de superlotação carcerária e do mal cumprimento dos direitos básicos e fundamentais dos detentos (BRASIL, 2015).

2. ADPF 347 e o questionamento sobre o Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional, possui seu fundamento voltado a violação generalizada, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais.

No Brasil o “Estado de Coisas Inconstitucional” se deu pela ADPF 347, protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e reconhecida no ano de 2015 e, o STF considerou que o sistema carcerário brasileiro estava violando os direitos fundamentais dos detentos, além da reiterada inércia estatal. Esta decretação estabeleceu medidas estruturais flexíveis a serem manejadas e monitoradas pela Corte, com assistência dos demais poderes, órgãos e pessoas afetadas (BRASIL, 2015).

De acordo com o relator Marco Aurélio, a situação da população carcerária no Brasil é deplorável, uma vez que a violação dos direitos fundamentais e humanos, bem como dos preceitos básicos, impactam não somente de formas individuais, mas na sociedade como um todo. O ministro alegou que no Brasil os cárceres não servem à ressocialização (BRASIL, 2015). Mesmo com a ADPF 347 julgando o Sistema Prisional no Brasil como Estado de Coisas Inconstitucional, não se obteve resultados positivos para modificação de tais condições, eis que a situação de calamidade pública ainda é vivenciada nas penitenciárias (BRASIL, 2015).

Para a proposição da ADPF 347 o partido da PSOL utilizou-se de fundamentações norteadas pelas Regras de Mandela, vez que esta rege importantes parâmetros para tratamentos dos detentos.

2.1. Regras de Mandela

A origem das Regras de Mandela, veio normatizar e ampliar os direitos dos encarcerados, garantindo respeito a sua dignidade, acesso

à saúde pública, além do direito a defesa, e, estabelecer regulamentos a serem seguidos a todas penitenciárias.

As Regras Mínimas para o tratamento dos presos, surgiu na década de 1950, formuladas pelos países membros da ONU (Organização das Nações Unidas), que estabeleceram um piso mínimo ao tratamento dos detentos. E foram atualizadas e formalizadas no ano de 2015 no âmbito da Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal e passaram a se denominar Regras de Mandela (Mandela's Rules), em homenagem a Nelson Mandela, líder político sul-africano (BRASIL, 2016).

Segundo o doutrinador Ramos (2017, p. 220), “a revisão de 2015 abrangeu nove áreas temáticas: tratamento médico na prisão; restrições, disciplina e sanções ao preso; buscas nas celas de detenção; contato exterior; reclamações dos presos, investigações e inspeções”.

As Regras de Mandela é um documento, composto por 122 regras e dividido em 02 (duas) partes: a primeira são regras de aplicação geral, direcionada a toda categoria de presos; a segunda parte, são regras aplicáveis a categorias especiais, como presos sentenciados, ou presos com problemas de saúde que dificultam sua reabilitação (BRASIL, 2016).

As Regras de Mandela possuem um amparo mais específico e explicativo. De acordo com a regra nº 1:

Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada (BRASIL, 2016b).

As garantias básicas previstas pela Constituição Federal, bem como as Regras de Mandela, além dos tratados internacionais firmados com a ONU (Organização das Nações Unidas) e a Lei de Execução Penal, não vem sendo cumpridos no Brasil, diante disso os detentos possuem vários direitos infringidos.

Dentre as normas de garantia que não vem sendo aplicadas, está a Regra 12 do “Mandela Rules”:

As celas ou locais destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um recluso. Se, por razões especiais, tais como excesso temporário de população prisional, for necessário que a administração prisional central adote exceções a esta regra deve evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou local (BRASIL, 2016b).

A superlotação é um dos problemas graves do sistema penitenciário brasileiro, esta situação não apenas viola as normas e princípios constitucionais (Constituição Federal e Lei de Execução Penal), como também descumpre as regras que preveem as condições mínimas para o tratamento dos presos (Regras de Mandela).

De acordo com o Relatório anual do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura:

Mesmo o Brasil sendo signatário de tratados e convenções no que se refere a implementação dos Direitos Humanos, infelizmente nos defrontamos a cada visita com um quadro cada vez mais preocupante. No que se refere ao Sistema Prisional, em inúmeros locais, não há sequer, afixado o Regimento Interno. Os funcionários desconhecem as Regras Mínimas de Mandela, Protocolo de Istambul Referente a Tortura, Regras Mínimas de Bangkok, ou mesmo a LEP, Lei de Execuções Penais, no que se refere a questão racial, desconhecem o Plano de Ação da Conferencia Mundial Contra o Racismo mesmo tendo como público alvo nos Estados, como Para, Pernambuco, Rondônia a maioria da População Negra (BRASIL, 2017, p.118).

As Regras de Mandela (Regras 3 e 4), abona que o sistema penitenciário não deve agravar o sofrimento dos detentos, tendo em vista que o objetivo da pena prisional é proteger a sociedade contra a criminalidade, reduzir a reincidência, garantindo a ressocialização dessas pessoas na sociedade. Dessa forma, as medidas o sistema deveria promover era a educação, formação profissional e trabalho, o que não é cumprido em nosso país (BRASIL, 2016b).

3. DA REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA

Os cárceres passaram a ser necessários, quando o ordenamento jurídico definiu sanções como privativas de liberdade. Para Guilherme

Nucci (2005), a individualização da pena ocorre em 03 (três) níveis, sendo elas: Legislativa (cria novos tipos penais estipulando limites de intensidade); Judicial (ocorre no momento da decisão condenatória); Executória (interligada ao tratamento penitenciário ajustado ao perfil do apenado). O Estado exerce o seu poder de punir, diante da finalidade que é a retribuição ao delito e a prevenção de novos crimes.

A Lei nº 7.210/84 ou de Execução Penal dispõe em seu artigo 85 que: “O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”, (BRASIL, 1984), visando o cumprimento satisfatório da pena.

Apesar do amparo doutrinário, jurisprudencial e da Lei, a realidade carcerária é bem diferente, conforme definido pela ADPF 347, a qual considerou as penitenciárias lotadas como “Estado de Coisas Inconstitucional”, condições que ferem os direitos fundamentais, os quais são previstos na Carta Magna.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIX, garante aos encarcerados o zelo da sua integridade física e moral, ainda, no mesmo artigo, inciso III, menciona que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988), realidade distante do que acontece no país.

As sanções com a pena privativa de liberdade, possuem como objetivo a punição e ressocialização do condenado, porém, nota-se que o sistema penitenciário brasileiro ultrapassa a esfera de punição e passa a ferir os direitos básicos dos encarcerados, afetando a sua dignidade, saúde, integridade entre outros direitos preservados pela Constituição. “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. (BRASIL, 1984).

Os encarcerados sobrevivem em estados desumanos, vez que os locais se encontram com higiene precária, além de as vezes ser necessário que eles durmam no chão ou até mesmo próximos dos “banheiros”.

A superlotação devido ao número elevado de presos, é talvez o mais grave problema envolvendo o sistema penal hoje. As prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso um mínimo de dignidade. Todos

os esforços feitos para a diminuição do problema, não chegaram a nenhum resultado positivo, pois a disparidade entre a capacidade instalada e o número atual de presos tem apenas piorado. Devido à superlotação muitos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo a buraco de esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe nem lugar no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em rede. (...) Os estabelecimentos brasileiros, variam 18 quanto ao tamanho, forma e desenho. O problema é que assim como nos estabelecimentos penais ou em celas de cadeias o número de detentos que ocupam seus lugares chega a ser de cinco vezes mais a capacidade (CAMARGO, 2006, p. 57).

A Lei de Execuções Penais visa em seu artigo 14 “a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 1984), o que nem sempre é cumprido. Nas palavras de Gomes podemos identificar o descumprimento da lei

A pena de prisão, na atualidade, longe está de cumprir sua missão (ou finalidade) ressocializadora. Aliás, não tem cumprido bem nem sequer a função inocuidadora (isolamento), visto que, com frequência, há fugas no nosso sistema. A pena de prisão no nosso país hoje é cumprida de maneira totalmente inconstitucional (é desumana, cruel e torturante). Os presídios não apresentam sequer condições mínimas para ressocializar alguém. Ao contrário, dessocializam, produzindo efeitos devastadores na personalidade da pessoa. Presídios superlotados, vida sub-humana etc. Essa é a realidade. Pouco ou nada é feito para se cumprir o disposto no art. 1º da LEP (implantação de condições propícias à integração social do preso) (GOMES, 2006, n.p.).

A superlotação carcerária e o descumprimento dos direitos fundamentais aos encarcerados, dificultam a ressocialização. Com o advento da Lei “Pacote Anticrime”, esta ocasionará um impacto maior nas imperfeições já existentes, tendo em vista do aumento do tempo no regime fechado, sendo assim, os detentos ficam em celas lotadas e por mais tempo em situações indignas (SIMÃO, 2020).

Os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (Cadastro Nacional de Presos), estimam-se que até o ano de 2018, no Brasil havia 602.217 pessoas privadas de liberdade, sendo 5% do sexo feminino e 95% do sexo masculino (BRASIL, 2018).

E a porcentagem dos presos privados de liberdade por regime: Fechado -74,09%, equivalente a 266.416 presos; Semiaberto - 24,13%, equivalente a 86.766 presos; Aberto - 1,76%, equivalente a 6.339 presos; Outros - 0,02%, equivalente a 57 presos (BRASIL, 2018). Diante dos dados estatísticos apostados, Silva afirma que:

Estatísticas e pesquisas realizadas pelos mais variados órgãos e instituições não informam com precisão a quantidade de vagas necessárias para abrigar a população carcerária brasileira, já que os dados são díspares. Fala-se da necessidade de mais de 50.000 (cinquenta mil) novas vagas e que existem cerca de 2,5 presos por vaga atualmente distribuídos em presídios, cadeias públicas e estabelecimentos para menores infratores. Mas em um dado as pesquisas convergem: o Brasil enfrenta a mais séria crise de superlotação carcerária de sua história. A superlotação das cadeias, a precariedade e as condições desumanas em que os presos vivem nos dias de hoje é a maior agravante da falência do sistema (SILVA, 2012, n.p.).

Denota-se que o Sistema Carcerário Brasileiro, apesar de possuir dados esquematizados pelo CNJ para o controle de quantidade de presos, não possui uma infraestrutura para o encarceramento de todos, vez que o sistema se encontra superlotado, violando a dignidade humana dos detentos.

Segundo as palavras do psicólogo ANDRADE (2015, p. 118)

O sistema prisional não está passando por uma crise, ele é uma crise, porque permanentemente é uma crise, e não se fala apenas do caso brasileiro, pois o sistema penitenciário tem se mostrado como ineficiente no mundo inteiro, uma vez que a pena prisional não faz sentido, é ilógica, desequilibrada, contraditória, não pode por consequência serem atendidas as finalidades, os objetivos que se pregam não podem ser alcançados pela pena prisional. Este argumento pode ser melhor

compreendido se o leitor aceitar o sistema prisional como um apêndice do sistema econômico então vigente. Ou seja, se a economia do país vai bem, se há pouca desigualdade social, os cárceres tendem a ter menos pessoas presas; o contrário também é verdadeiro, quanto mais desigual é uma sociedade maior o número de excluídos e de pessoas encarceradas.

Os números de presos no Brasil, ultrapassam os limites de capacidade das penitenciárias, antes mesmo de 2015. Com o julgamento da ADPF 347, esse enfrentamento passou a ser amparado por uma normatização, e julga o sistema carcerário brasileiro como “Estado de Coisas Inconstitucional”, que fere os direitos básicos e fundamentais dos encarcerados.

3.1. Lei nº 13.964 “Pacote Anticrime” e os reflexos na Lei de Crimes Hediondos

No dia 23 de janeiro de 2020, a Lei nº 13.964/19 entrou em vigor, tendo como período de *vactio legis* (fixação do tempo entre a publicação e vigência da lei), apenas 30 (trinta) dias, e passou a ser conhecida como Lei “Pacote Anticrime”, com o objetivo de efetivar um sistema acusatório puro. A Lei realizou grandes alterações na legislação criminal brasileira, modificando o Código Penal, Código de Processo Penal e Leis Especiais, bem como a Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 2019).

Diante da vigência da lei, o rol taxativo dos crimes hediondos foi alterado, permanecendo da seguinte maneira:

Art. 1º. I- homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado, I-A - lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte, quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, II- roubo: a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima, b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo ou pelo emprego

de arma de fogo de uso proibido ou restrito, c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte, III- extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte, IV- extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, V- estupro, VI- estupro de vulnerável, VII- epidemia com resultado morte, VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, VIII- favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, IX- furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: I- o crime de genocídio, II- o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, III- o crime de comércio ilegal de armas de fogo, IV- o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, V- o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado (BRASIL, 1990).

A Lei “Pacote Anticrime”, não apenas modificou o rol taxativo (sancionando e acrescentando delitos), como também alterou o tempo máximo de pena privativas de liberdade, elevando de 30 (trinta) anos para 40 (quarenta) anos, além de adulterar a progressão de regime, nos crimes considerados hediondos (BRASIL, 2019).

A progressão de regime nos crimes hediondos sofreu alteração pela Lei “Pacote Anticrime”, passando a ser aplicada de forma mais gravosa, aumentando o tempo de cumprimento no regime fechado em alguns casos.

O artigo 112 da LEP (Lei de Execução Penal), alterado pela Lei nº 13.964/19, passou a ter a seguinte redação:

[...] V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a

prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (BRASIL, 2019).

Com a vigência da Lei nº 13.964/19, a Lei de Crimes Hediondos nº 8.072/1990, sofreu modificações, vez que a lei aumentou a pena, acrescentando maior tempo para os encarcerados obter a progressão de regime, o que ocasionará impacto durante o cumprimento no regime fechado, por razão da super lotação e dos estados desumanos dos cárceres.

3.2. Do retrocesso na progressão de regime dos crimes hediondos

A ideologia que aborda sobre o retrocesso na progressão de regime dos crimes hediondos, com a variação da porcentagem para cumprimento no regime fechado de tais delitos, ferirá os direitos básicos e fundamentais dos condenados, vez que os cárceres se encontram em “Estado de Coisas Inconstitucional” (SIMÃO, 2020).

Conforme elucida Gonçalves e Júnior:

A atual redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, alterada pela Lei n. 10.792/2003, diz que, para a comprovação do requisito subjetivo necessário para a progressão de regime, basta a existência de atestado de boa conduta carcerária elaborado pelo diretor do presídio, não mais se exigindo, como na antiga redação do mencionado artigo, o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação (GONÇALVES e JUNIOR, 2017, p. 72).

A aplicação de progressão de regime nos crimes hediondos era da seguinte forma: após cumprido 2/5 da pena, se este fosse réu primário, e 3/5 no caso de reincidência para obter a progressão (LIMA, 2020).

A Lei “Pacote Anticrime”, alterou a Lei de Execução Penal (nº 7.210/84), modificando a forma que o condenado irá obter a progressão de regime nos

crimes hediondos, passando a ser da seguinte maneira: sendo vedado em todos os casos o livramento condicional e acrescentado mais 10% da pena para obtenção da progressão de regime se o condenado ocasionar o resultado morte, observada essas condições, o réu primário poderá obter a progressão após cumprir 40% da pena, já o réu reincidente, somente após cumprimento de 60% da pena, nos casos da organização criminosa para pratica de crimes hediondos após cumprimento de 50% da pena (BRASIL, 2019).

O aumento da percentagem para obter a progressão de regime, passou a não ser de forma equiparada aos condenados, vez que se caso houver morte o réu terá que cumprir 10% a mais sob a porcentagem estipulada aos crimes hediondos, além de ser vedado o livramento condicional, assim ocorre também com os reincidentes, além do aumento da pena máxima, elevando de 30 anos para 40 anos, o que impactará não somente na superlotação, mas também nos gastos públicos (SIMÃO, 2020, n.p.).

Em relação ao livramento condicional dos crimes hediondos, o artigo 83, parágrafo único do Código de Penal 1940, traz a seguinte redação:

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (BRASIL, 1940).

Antes da vigência da Lei “Pacote Anticrime” a vedação do livramento condicional era apenas aos reincidentes, com a nova lei os crimes que possuírem o resultado morte terão esta vedação (LIMA, 2020).

O réu que cometeu delito hediondo após a vigência da Lei “Pacote Anticrime” (23/01/2020), terá prejuízo ao cumprir a sua condenação, em razão do aumento do tempo máximo da pena, e do período para obtenção da progressão de regime. Os crimes cometidos anteriormente a esta data, não entrarão na nova regra da Lei nº 13.964/19, segundo menciona o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 464) “trata-se, à evidência, de *novatio legis in pejus*, a ser aplicada, portanto, aos crimes cometidos exclusivamente após a vigência do Pacote Anticrime”.

A discussão em tela é para mencionar que os aumentos das porcentagens aplicadas para obter a progressão de regime, causará violações

massivas aos direitos básicos dos encarcerados, vez que o Sistema Penitenciário Brasileiro se encontra abalado.

Conforme elucidado pelo nobre Defensor Público Simão:

[...] a Lei 13.964/2019 violou a autoridade da decisão do STF na ADPF 347 em ao menos dois pontos: o primeiro, por não observar o quadro trágico do sistema penitenciário brasileiro no processo legislativo; o segundo, porque a elevação do tempo para obtenção de progressão de regime, a previsão de novas hipóteses de vedação de livramento condicional, e o aumento do tempo máximo de prisão (de 30, para 40 anos), irá resultar em maior tempo de aprisionamento e em significativa piora no quadro de superlotação carcerária, o que, portanto, vai na contramão da decisão do STF (SIMÃO, 2020, n.p.).

O Sistema Carcerário brasileiro não possui condições para suportar o aumento do tempo máximo da prisão, bem como do período de aprisionamento. Diante disso, o Sistema Carcerário considerado como “Estado de Coisas Inconstitucionais” pela ADPF 347, acredita que o quadro de superlotação é ruim, violando os direitos dos encarcerados, vez que o sistema não buscou melhoria e adequação nos cárceres, antes da aprovação e promulgação da Lei “Pacote Anticrime”.

CONCLUSÕES

Com a vigência da Lei “Pacote Anticrime”, a Lei de Crimes Hediondos sofreu várias alterações em seu texto, bem como em sua aplicabilidade, e causou reflexo no Sistema Carcerário Brasileiro.

As penitenciárias vêm sofrendo com a superlotação por um longo período, e apesar da Lei “Pacote Anticrime”, não atingir os crimes hediondos ocorrido antes da sua vigência em 23/01/2020, pois o ordenamento jurídico não permite que a lei utilize da “ultra atividade” em malefício ao réu, a sua aplicabilidade ainda sim, causará grandes prejuízos na sua aplicabilidade aos condenados.

O condenado após a vigência da Lei denominada “Pacote Anticrime”, na fase da execução penal, sofreu um grave retrocesso para obter a progres-

são de regime relativo aos crimes hediondos, em decorrência da alteração; já que a pena máxima passou a ser de 40 anos, além modificar a forma da progressão de regime, a qual era em fração, passando a ser aplicada em porcentagem, causando, agravamento na situação do encarcerado.

Desta forma, o detento poderá demorar mais tempo para atingir o lapso temporal para fins da progressão de regime, o que pode incorrer no aumento da quantidade de presidiários, causando um agravamento na superlotação carcerária brasileira.

O problema da superlotação carcerária é enfrentado antes de 2015 e, após o julgamento da ADPF 347 “Estado de Coisas Inconstitucional”, não houve mudanças nas penitenciárias brasileiras, que permanecem em estado indigno e falido. E o ordenamento jurídico ao invés de regularizar esta situação, para depois aumentar o tempo do cumprimento da pena em regime fechado, fez o inverso, ocasionando mais lesão aos direitos humanos, básicos e fundamentais dos presos.

Ainda há muito a ser debatido no campo jurídico, pois além das problematizações abordadas, a solução carece que o Estado demande de uma reflexão sobre novas políticas públicas para a prevenção dos crimes, e não apenas visar a repressão, acrescentando ao sistema carcerário brasileiro, de fato a ressocialização, de modo que os encarcerados possam cumprir suas penalidades, de acordo com as leis vigentes em nosso país.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ueliton Santos de Andrade. Crise no Sistema Penitenciário Brasileiro: “capitalismo, desigualdade social e prisão”. **Revista de Literatura**. 2015. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/Crisenosistemapenitenciriobrasileiro2015.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2020

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. STF. **HC nº 82.959/SP.** Min. Relator Marco Aurélio, DJ 01/09/2006. Ementário N. 2.245-3 São Paulo. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.** Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11464.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. STF. **ADPF nº 347 MC/DF, Min. Relator Marco Aurélio.** DJ 09/09/2015. São Paulo. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras mínimas das Nações Unidas para tratamento dos presos. Brasília, DF. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Relatório de Visita ao Presídio Central de Porto Alegre. Brasília, 2017, 118 p. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/tortura/relatorios-mnnc/relatorio-anual-2016-2017>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0:** Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

CAMARGO, Virginia da Conceição. Realidade do Sistema Prisional. **DireitoNet.** 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2971/Realidade-do-sistema-prisional>. Acesso em: 23. jun. 2020.

GONÇALVES, Víctor; JUNIOR, José. **Legislação Penal Esquemmatizado**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. 3^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 10^a ed., Niterói/RJ: Editora Impetus. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 8^o ed., São Paulo: Editora Juspodim. 2020.

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

RAMOS, A. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SILVA, Darlúcia Palafoz. O art. 5^o, III, da CF/88 em confronto com o sistema carcerário brasileiro. **Jus Navigandi**, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21053/o-art-5-iii-da-cf-88-em-confronto-com-o-sistema-carcerario-brasileiro#:~:text=O%20art.,5%C2%BA%2C%20III%2C%20da%20CF%2F88%20em%20confronto,com%20o%20sistema%20carcer%C3%A1rio%20brasileiro&text=O%20c%C3%A1rcere%20est%C3%A1%20funcionando%20como,uma%20sociedade%20temerosa%20e%20insegura.&text=Os%20%C3%ADndices%20de%20viol%C3%Aancia%20continuam,a%20condi%C3%A7%C3%B5es%20impostas%20pelas%20pris%C3%B5es>. Acesso em: 02 mar. 2020.

SIMÃO, Diego de Azevedo, Inconstitucionalidade das novas regras para progressão de regime na lei “anticrime”. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime>. Acesso em: 02 mar. 2020.

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A INSERÇÃO DO § 4º NO ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL

Rodrigo Gonçalves Nogueira
Marília Rulli Stefanini

INTRODUÇÃO

O artigo tem o escopo de discorrer sobre a inconstitucionalidade do §4º do Art. 52 da atual Lei de Execução Penal, que foi inserido no ordenamento jurídico por meio da Lei n. 13.964 de 24 de dezembro 2019, intitulada de “Pacote Anticrime”, que trouxe a prorrogação sucessiva, por até um ano, do Regime Disciplinar Diferenciado, sem qualquer limite máximo.

Desta feita, para compreender sobre as penas e punições é essencial entender como surgiu o Estado Democrático de Direito. Diante disso, inicia-se este artigo com relatos da evolução da pena na sociedade, onde é definido o conceito de pena e abordado as mudanças que ocorreram com o passar dos anos e quais foram às consequências disso. Assim sendo, o Estado Democrático de Direito surge com a retirada do poder absoluto concentrado nas mãos de um governante e, com isso, ocorre a divisão deste poder em três esferas, legislativo, executivo e judiciário, e até hoje é assim que funciona. No que toca às penas, tentou-se humanizá-la, com o galgar dos anos, e obter proporcionalidade quanto ao estreito que envolve o delito e a sanção, impondo-se limites ao Estado quanto ao punitivismo.

Referida abordagem histórica, a respeito de como eram os meios de punição nos primórdios, é importante para a análise sobre a inconstitucionalidade do § 4º, do Art. 52 do Código de Processo Penal, alterado pelo “Pacote Anticrime”, Lei n. 13.869/2019, que modificou diversos institutos penais e processuais penais.

Importante ressaltar que, em 1º de dezembro de 2003, entrou em vigor a Lei n. 10.792 que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado

(RDD) na Lei de Execuções Penais no Brasil, alterando, com isso, o artigo 52, que passou a descrever as hipóteses e requisitos em que o ‘RDD’ poderia ser aplicado. Assim, o ‘RDD’ foi (é!) uma sanção disciplinar imposta ao detento para tentar inibir a atuação das organizações criminosas de dentro dos presídios e punir aquele que cometesse falta considerada grave.

Insta consignar que o ‘RDD’ era (e ainda é!) considerado como a sanção disciplinar mais grave aplicada ao condenado, donde possuía a duração máxima de 360 dias até o limite de 1/6 da pena, antes de incorporar as alterações promovidas pela Lei n. 13.869/2019. Por conseguinte, com as alterações promovidas por essa Lei, conhecida como ‘Pacote Anticrime’, a sanção passou a ter uma duração máxima de até dois anos, podendo ser prorrogada, sucessivamente, por períodos de no máximo um ano (Art. 52, § 4º), ou seja, retirou-se do dispositivo a duração máxima desta sanção”, como ocorria antes da sua entrada em vigor em 23 de janeiro de 2020.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

As penas sempre existiram na humanidade, de uma forma ou de outra se faziam presentes e para compreendermos como surgiu e evoluiu com o passar dos anos é essencial estudar desde os primórdios, donde o conceito de punir veio antes da formação do Estado e sofreu diversas mutações no decorrer dos anos.

Oliveira (2010), relata que o período dos primórdios, que se estendeu até o século XVIII d.C., foi definido como período da vingança pelo ato de vingar-se daquele o que fez mal. Este período foi dividido em três fases: a vingança privada, divina e pública. A ordem exata de como ocorreram não se pode afirmar, mas cada qual possuía suas peculiaridades. Desde os primórdios sempre ocorreram conflitos entre particulares ou entre tribos, aldeias, grupos, clãs etc. Cada qual seguia sua linha de costumes, princípios morais e crenças. Na existência de um conflito ou descumprimento de algum princípio, o desejo de vingança nascia como meio de punição. Nota-se que em suas concepções era o meio de fazer ‘justiça’, mas não havia proporcionalidade nem razoabilidade na aplicação das penas, onde todos os métodos utilizados como punição eram cruéis e violentos, dentre eles se podem citar a morte, a decapitação de membros,

a expulsão do membro do grupo (que acabava sendo morto ou torturado por outros clãs), marcas feitas no corpo dentre outros.

Diante da justiça feita com as próprias mãos, conhecida como autotutela, o sangue estava nas mãos de todos, e, por não haver proporção dos atos praticados surgiu a Lei de Talião, que é uma parte pertencente do ‘Código de Hamurabi’, muito conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Referida ‘regra’ é formada por um conjunto de leis instituído por volta de 1772 a.C. pelo rei Hamurabi na antiga Babilônia. A Lei de Talião era um método cruel e desproporcional, em que o agressor era apenado igualmente ao que fez com o outro, ou seja, se matou alguém, sua pena era a morte, se cegou alguém, teria os olhos perfurados e assim por diante (HASHMOTO, 2010).

A religião influenciou a aplicação de sanções, donde se findava a vingança privada e surgia a vingança divina. O sacerdote da igreja regulava o convívio em sociedade, onde pregava que o bem estar social só haveria se os Deuses estivessem satisfeitos, e estes se satisfaziam com o convívio harmônico entre todos. Qualquer ofensa à paz era considerada uma ofensa às Divindades e deveria haver um sacrifício humano para a satisfação dos Deuses; o sacrifício servia para punir o delinquente e também para reprimir a sociedade de cometer crimes. Surgiu ainda no período da vingança divina o conceito de pena privativa de liberdade, quando um membro da igreja faltava, esse era punido com a sua reclusão em uma cela no mosteiro para refletir e meditar como penitencia pelo seu ato (HASHMOTO, 2010).

Com o surgimento do Estado Soberano, por volta do século XVIII, caracterizado como a vingança publica, ocorre o surgimento do ‘*jus puniend*’, que é o direito do Estado de estabelecer normas penais e o direito de garantir seu cumprimento, normas estas que abrangem a todos de forma abstrata, donde se tem o intuito de prevenir e reprimir os crimes. O grande marco veio com a Revolução Francesa que ocorreu em 1789 na França, pois alterou a estrutura do Estado, antes sob o poder do monarca absolutista e agora passavam existir os três poderes: legislativo, executivo e judiciário. O movimento iluminista, corrente intelectual que surgiu na França no século XVII, trazia um novo conceito para a solução dos conflitos, donde se extinguiu o uso da religião e propunha o uso da razão. Sendo um grande influenciador das mudanças ocorridas no âmbito do

direito penal, trazia consigo o conceito de penas como caráter racional, tratando o ser humano com dignidade, pois idealizavam o conhecimento racional para derrubar os ideais religiosos e progredir intelectualmente. Esse momento da história fica conhecido como movimento reformador pela mutação ocorrida na forma de pensar.

A racionalização das penas para (Hashmoto, 2010, p.13)

A Revolução Penal, impulsionada pelos princípios iluministas, estruturou-se nos ideais de Beccaria e John Howard, dentre outros teóricos. Beccaria seguiu Rousseau em suas ideias contratualistas, ou seja, a sociedade estava organizada por meio de um contrato social, formado por um acordo livre de vontades. Aqueles que perturbassem a ordem manifestavam tacitamente pela não adesão ao contrato, devendo ser forçados à obediência que obrigava a todos. Em razão disso surgiu o princípio da legalidade da pena e do delito. Beccaria escreveu a obra intitulada “Dos delitos e das penas”, um discurso muito mais político que científico. Criticou duramente a crueldade das penas, que não poderiam ter por fim uma simples violência individual. As penas deveriam ser públicas, proporcionais ao dano social causado e previamente cominado em lei. Com seu pensamento ele conseguiu influenciar a visão cruel das penas, fazendo com que a legislação penal europeia começasse a limpar-se, um pouco, de seu banho constante de sangue e tortura.

Com o surgimento deste novo modelo de Estado (Estado Democrático), os conflitos criminais passaram a ser solucionadas de forma ‘pacífica’ e institucional, donde se almeja garantir os direitos individuais de cada cidadão e limitar o poder do Estado. Todas essas mudanças no ordenamento jurídico são resultados de um longo processo histórico e evolução da sociedade, que agora reconhece em uma coletividade a necessidade de proteção pelo Estado (BENTHIEN, 2008). O direito de punir e garantir ainda a segurança do Estado e sociedade simultaneamente surge com o *jus puniendi*:

O poder de punir apresenta-se com um dado de realidade fática inafastável, inquestionado pela sociedade quando são atingidos interesses vitais de sua organização e desenvolvimento, correspondendo a uma exi-

gência sentida não somente pela vítima, mas também por toda a coletividade, que reconhece a necessidade de proteção promovida de forma organizada pelo Estado. Dai verifica-se que o *ius puniendi* estatal encontra-se em conformidade plena com o ordenamento jurídico a que é submetido, [...], atuando maciçamente na repressão da criminalidade, sem olvidar, no entanto, os mecanismos de proteção da sociedade. A legitimidade e o interesse de agir também se encontram presentes, delineados de acordo com o modelo de Estado e a Política Criminal por ele adotada. (BENTHIEN, 2008, p.43)

A definição das leis e penas é elaborada antes do fato criminoso ocorrer para que já reprima e não ocorram os crimes, mas caso este comando seja desrespeitado, fica o Estado autorizado a aplicar a sanção devida prevista. O cidadão sabe (ou deva saber) das suas obrigações e garantias, assim como o Estado também fica mais limitado a suas atitudes, diferente de como era no absolutismo, onde o detentor do poder agia conforme seus interesses e ideais.

Com o aparecimento e o desenvolvimento do Estado moderno, só o *ius puniendi* estatal pode atuar como poderosa instância pública capaz de resolver o conflito criminal de forma pacífica e institucional; de forma racional e previsível, formalizada, eficaz, com escrupuloso respeito às garantias individuais, quando fracassam os mecanismos primários de autoproteção da ordem social. Somente o *ius puniendi* estatal se encontra em condições de assegurar a justa proteção dos bens jurídicos fundamentais, monopolizando a violência e a autotutela (BENTHIEN, 2008, p.42).

Diante do exposto, atua a legislação na relação Estado e sociedade:

A Constituição em um Estado Democrático de Direito se de um lado consagra direitos fundamentais e estabelece limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo frente ao Estado, por outro fixa diretrizes, com a finalidade de promover valores e ações de cunho social (REALE JUNIOR, *apud* BENTHIEN, 2008, p.47).

As penas passam a ser normatizadas com valores morais de cunho social e maiores indícios de humanização, removendo assim todo e qual-

quer absolutismo antes previsto, assim como as penas cruéis, perpétuas e violentas.

1.1. Punitivismo e o Princípio da Dignidade Humana

A partir da Revolução Francesa, as penas de forma racional tomam mais força e começam a surgir na ordem jurídica, mas também àqueles que cometeram infrações e encontram-se detidos ou reclusos, ou seja, as penas já não têm mais o caráter de punição desmedida e cruel, ou desumana, como no passado. A humanização das penas ocorrida ao longo da história tem uma importância fundamental para a valoração da Dignidade da Pessoa Humana, sendo indispensável para a busca da ressocialização daqueles que cometeram delitos.

A Constituição Federal tem como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana. Além disto traz como direito e garantia fundamental a igualdade de direitos e deveres, bem como a proibição do tratamento degradante, desumano ou tortura conforme expresso em seu artigo 1º, inciso III e artigo 5º, inciso III. (BRASIL, 1988).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 normatizou-se a garantia da Dignidade da Pessoa Humana e também se proibiu, por exemplo, o tratamento desumano e a tortura; tanto as pessoas, quanto as novas leis a serem propostas devem seguir esses preceitos, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Conforme vimos, foram necessários décadas para a sociedade chegar ao consentimento de que as penas não deveriam ser um meio de vingança e sim métodos eficazes para punir o infrator e inibir que outros as descumpram. Para tanto, foram necessários vários fatores que colaborassem para essa mudança, desde a própria necessidade do homem de viver em sociedade à influência de pensadores renomados da época, como, por exemplo, Beccaria e Rousseau. Diante disto é necessário seguir esta linha cronológica de acontecimentos sempre que ocorrerem reformas na legislação.

Após o surgimento do iluminismo o Estado passou a garantir Dignidade de seus cidadãos, visando o bem comum. Logo também se pode dizer que a Constituinte de 1988 tem como seu fundamento, sua base de atuação a Dignidade da Pessoa Humana (MACCACCHERO, 2017).

Destarte, no Processo Penal, a Dignidade da Pessoa Humana também é aplicada, sendo que nos primórdios o acusado não detinha direito e sofria a punição sem chance de defesa. Todavia, este contexto tornou-se diferente, onde o autor e réu têm igualdade nos direitos, deveres, faculdades e ônus processuais. Por exemplo, o réu tem direito a se defender ao ser acusado por algo, poderá produzir provas, será julgado por um juiz imparcial e caso seja condenado, terá sua pena conforme a dosimetria prevista em lei (MACCACCHERO, 2017).

O punitivismo consubstancia-se no pensamento de uma parcela da sociedade que vislumbra a ‘solução’ para a redução da criminalidade na pura restrição da liberdade dos infratores. Não que seja errada a privação da liberdade, mas o radicalismo com que se prega esse ideal. Neste giro, a prisão não pode ser tratada como um lugar de vingança da sociedade, onde se coloca aqueles que infringem determinada norma, esquecendo que apesar de cometido algum delito tal sujeito também possui direitos que devem ser respeitados, dentre eles aquele contido no texto Constitucional no que tange à Dignidade da Pessoa Humana.

Neste panorama, cumpre mencionar que o Código Penal e a Lei de Execução Penal (LEP) dividiram em três categorias os regimes prisionais no Brasil, sendo elas: o regime fechado, semiaberto e aberto, em que a principal diferença entre esses regimes é quanto a sua rigidez no que diz respeito à forma de cumprimento da pena (BRASIL, 1940 e BRASIL, 2019).

Seguindo essa linha, para além dos regimes existentes, no caso do cometimento de faltas, pelo apenado, durante o cumprimento da pena, segundo o artigo 49, parágrafo único da LEP, haverá a imposição de sanções penais disciplinares, dentre elas encontra-se a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, “RDD”, que é uma sanção adotada na prática de crime doloso que ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas; podendo ser aplicado também aos presos provisórios ou condenados que apresentarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; e quando houver suspeita de envolvimento em organização criminosa ou milícia (BRASIL, 2019).

Importante destacar que este texto de lei teve alguns pontos vetados antes de sancionado e mesmo depois ainda gera inúmeras discussões

no âmbito jurídico quanto a sua (in)constitucionalidade (BANDEIRA, 2020). Destacamos que a implantação de novas normas deve ser analisada, sobretudo, quanto à observação do respeito aos direitos e garantias fundamentais, bem como se o resultado final atingirá o fim esperado, ou seja, espera-se, com o decorrer dos anos, que as penas sejam mais humanizadas, senão estaremos retroagindo no tempo e tornando-nos sociedades primitivas retomadas pela instituição da vingança, mesmo que sob o escudo e égide de um Estado.

2. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O Regime Disciplinar Diferenciado, ou ‘RDD’, apesar de ser denominado como um regime trata-se na verdade de uma sanção disciplinar, já que os regimes prisionais no sistema penitenciário brasileiro são divididos em três categorias, sendo eles o aberto, semiaberto e fechado (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, durante a execução das penas, seja em qualquer regime prisional, tem-se a aplicação de sanções, as quais são aplicadas quando o condenado comete uma falta disciplinar, podendo esta ser considerada leve, média ou grave. Em razão disso, afirma-se que as sanções disciplinares podem ser por meio de advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento, sendo que a mais grave de todas é a inclusão do condenado no regime disciplinar diferenciado (BRASIL, 2019).

Portanto, é necessário esclarecer que a inclusão do condenado no regime disciplinar diferenciado constitui uma sanção disciplinar e não um regime de cumprimento de pena. O Regime Disciplinar Diferenciado é uma sanção disciplinar disposta no artigo 52 da Lei de Execução Penal, donde seu surgimento no Brasil se deu no início de 2001, quando 29 unidades prisionais, no Estado de São Paulo, tiveram rebeliões simultaneamente ordenadas pelos chefes de facções criminosas que estavam presos.

Devido a este acontecimento surgiu como modalidade de sanção disciplinar no Estado de São Paulo, por meio da Resolução 26/2001, da Secretaria de Administração Penitenciária, o ‘RDD’, visando combater as facções criminosas que atuavam mesmo que no interior das penitenciárias (COSTA, 2013).

Destarte, esta sanção visava combater o crime organizado, isolando os líderes dos demais membros, bem como era imposta para os condenados que tinham comportamento inadequado dentro da unidade prisional, para se restabelecer a ‘ordem’. Dois anos depois da edição da Resolução 26/2001 ocorreram execuções de dois juízes de Varas Criminais, sendo um do Estado de São Paulo e outro da cidade de Vitória, no Estado de Espírito Santo, supostamente ordenados por Fernandinho Beira-Mar, que na época encontrava-se preso. Surge então, no dia 1º de dezembro 2003 a Lei 10.792, para introduzir o Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execuções Penais, alterando, com isso, o artigo 52 da LEP, que passou a descrever as hipóteses e requisitos em que o ‘RDD’ poderá ser aplicado. Ressaltamos que a abrangência a todo território nacional acerca da possibilidade de aplicação do ‘RDD’ fez com que os sistemas penitenciários, em âmbito de Brasil, passassem a contar com uma sanção disciplinar mais rígida em relação às então existentes (RIBEIRO, 2010).

Quanto ao cabimento, imperioso frisar que será submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado o preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro que praticar fato previsto como crime doloso ou falta grave, que ocasionar subversão da ordem ou disciplina interna. Também serão submetidos os presos que apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como sob os quais hajam suspeitas de liderança a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente de falte grave (BRASIL, 2019).

Noutro giro, a respeito das consequências na aplicação do ‘RDD’, existiram significativas mudanças, assim como a inclusão de novas implicações no corpo do artigo 52 da LEP depois de sancionada a Lei nº 13.964, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, o denominado “Pacote Anticrime”, elaborada pelo Ex-Ministro da Justiça, Sergio Moro. Quanto às alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, citamos a duração máxima do ‘RDD’, em que antes da nova Lei, era de trezentos e sessenta dias, com um limite máximo correspondente a um sexto da pena. No entanto, com a alteração o ‘RDD’ poderá perdurar por um período de até dois anos, não restando qualquer prejuízo para nova aplicação como ocorria antes. (BRASIL, 2019).

Assim, verificamos que o novo texto aumentou para dois anos a duração máxima e retirou o limite de tempo que pode o condenado permanecer no ‘RDD’. Foi dobrado o tempo máximo de permanência sob este regime e retirado o limite antes imposto, possibilitando assim que o preso cumpra sua pena integralmente sob a sanção de inclusão em regime disciplinar diferenciado.

Seguindo a análise do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, seu inciso II reconhece que o preso sob o ‘RDD’ será recolhido em cela individual, o que não houve modificação, pois já existia e permanece. No que toca ao inciso III, este foi alterado significativamente, pois as visitas passaram a ser quinzenais (antes eram semanais), de no máximo duas pessoas por vez, computando-se também as crianças. Antes da alteração legislativa, não se computava em caso de haver criança. Outra novidade consubstancia-se na descrição legal quando à vedação ao contato físico com o intuito de inibir a passagem de objetos externos ao preso (BRASIL, 2019).

Quanto ao banho de sol, já era previsto o direito a duas horas diárias, entretanto, a atual redação do inciso IV o autoriza em grupos de até quatro pessoas, conquanto não sejam do mesmo grupo criminoso.

Urge salutar que as alterações trazidas no bojo da Lei de Execução Penal, popularmente conhecido como “Pacote Anticrime”, promoveram diversas novidades no que diz respeito à aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, dentre elas citamos o monitoramento das entrevistas, salvo com o defensor, que, neste caso dependerá de ordem judicial; não subsiste o direito ao sigilo das correspondências; em todas as audiências que o condenado tiver de comparecer, deverão ser, preferencialmente, realizadas por videoconferência; bem como a já citada possibilidade de prorrogações sucessivas de um ano cada, quando existirem indícios sobre o encarcerado de permanecer alto risco para a sociedade ou penitenciária ou enquanto perdurar a suspeita de envolvimento com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada. Por fim, outra inserção trazida é a possibilidade de o preso realizar duas ligações por mesmo, com duração de dez minutos, a uma pessoa da família, desde que após seis meses de cumprimento do ‘RDD’ não houver recebido nenhuma visita (BRASIL, 2019).

Assim, a partir das inovações trazidas pela Lei n. 13.964/19, ‘Pacote Anticrime’, um ponto crucial nos motiva na redação deste artigo, qual seja, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade a respeito da não existência de limite máximo para cumprimento da pena em Regime Disciplinar Diferenciado. O que analisamos no próximo tópico.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 52, §4º, DO ‘PACOTE ANTICRIME’

Conforme demonstrado alhures, o §4º, do artigo 52, da Lei de Execução Penal foi inserido depois de sancionada a Lei n. 13.964/19, e refere-se à possibilidade de prorrogação sucessiva do ‘RDD’, por um ano cada, quando existirem indícios sobre o encarcerado oferecer alto risco para a sociedade ou penitenciária, ou enquanto subsistir suspeita de envolvimento com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada (BRASIL, 2019).

A partir da análise objetiva do texto legal em comento, tem-se que esse novo ‘modelo’ não traz nenhum limite quanto à permanência máxima do encarcerado no “RDD”, o que era taxativo no regime antes da entrada em vigor do ‘Pacote Anticrime’, previa no inciso I, artigo. 52, um limite de permanência de no máximo trezentos e sessenta dias, até o limite máximo de um sexto da pena, ou seja, com a nova redação do artigo 52 da LEP poderá o encarcerado cumprir toda sua pena sob o ‘RDD’. Primeiramente a Constituição Federal (1988) tem como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana (art.1º, III), assim como se edifica sob o princípio da prevalência dos Direitos Humanos (art.4º, II), proibindo assim a tortura, o tratamento desumano ou degradante (Art.5º, III) e inserção de penas cruéis (Art.5º, XLVII, “e”).

Sob essa ótica, o ‘Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos’, que entrou em vigor no Brasil por meio do Decreto n.º592/1992, prevê o tratamento com humanidade e o respeito à Dignidade da Pessoa Humana, em que categoriza, também, que o objetivo principal do regime penitenciário é a reforma e a reabilitação dos prisioneiros (BRASIL, 1992).

No mesmo sentido, a ‘Convenção Americana Sobre Direitos Humanos’, que foi promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º678/1992, assegura a toda pessoa o direito a sua integridade física, psíquica e moral; a

não submissão à tortura, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como o tratamento respeitoso aos privados de sua liberdade, devido à dignidade inerente ao ser humano, além do respeito de sua honra. Sobre as penas, assevera que estas devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados (BRASIL, 1992).

Nesta senda, uma publicação no *site* oficial das Nações Unidas Brasil, em 18 de outubro de 2011, existe um Relatório feito por Juan E. Méndez, Relator Especial das Nações Unidas para tortura e outros Tratamentos Cruéis e Desumanos ou Degradantes, em que este afirma que deva ser totalmente proibido e banido o confinamento solitário do encarcerado, pois é considerada uma medida contrária à reabilitação (MENDEZ, 2011).

Posto isso, enfatizou, ainda, que o isolamento deve ser utilizado em casos excepcionais e pelo menor tempo possível, por configurar medida que lesiona a Dignidade do detento. Nesta apresentação à Assembleia Geral, o relator citou o Brasil como exemplo, pois o Regime Disciplinar Diferenciado previa, à época, a inserção do encarcerado no isolamento em cela individual por até trezentos e sessenta dias e limitando-se a uma totalidade de no máximo um sexto de sua pena. Esta matéria, por mais que seja anterior ao ‘Pacote Anticrime’, demonstra a preocupação com o ‘RDD’ adotado no Brasil, mesmo antes do seu endurecimento (MENDEZ, 2011.).

Destarte, a inserção do §4º no artigo 52 da LEP tornou mais rígido o ‘Regime Disciplinar Diferenciado’, pelo fato de não haver apontamento de um limite máximo para sua aplicação, bem como os motivos para sua prorrogação sucessiva consubstancia-se em um conceito muito amplo e abstrato, como, por exemplo, quando o condenado ainda apresentar alto risco para a sociedade ou penitenciária, ou mantiver relações com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada (BRASIL, 2019).

Assim, observamos que a demonstração da incidência dos casos autorizadores da prorrogação sucessiva não trouxe nenhuma forma de comprovação fática para o ato, já que no caso do inciso I, em caso de contínua apresentação de alto risco à ordem e segurança do estabelecimento prisional ou sociedade, tem-se um conceito à mercê da interpretação do agente prisional, enquanto que o inciso II é mais amplo ainda, prorrogação caso mantenha vínculos com organização criminosa, associação criminosa

ou milícia privada, pois não dispõe um rol taxativo ou exemplificativo de como seria esse vínculo.

Se não bastassem referidas ‘ideias’, o inciso II, do artigo 52, § 4º da LEP, categoriza que para a averiguação da manutenção do vínculo pode-se utilizar o perfil criminal e a função desempenhada pelo condenado no grupo criminoso, bem como o tempo em que se manteve ligado ao grupo. Ora, a Constituição Federal assegura no corpo do seu Art. 5º, inciso LVII, o princípio da situação jurídica da inocência, ou seja, ninguém poderá ser punido com base em seu histórico criminal, mas pela apuração concreta da existência temporal do fato delituoso, fato este que torna notória a inconstitucionalidade desta prática (BRASIL. 2019).

A despeito da análise acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da prorrogação sucessiva do ‘RDD’, pelo período de um ano, sem limite máximo, útil se torna a observação dos argumentos utilizados para reconhecimento da inconstitucionalidade do trecho da Lei que proibia a progressão de regime para condenados por crimes hediondos, Lei n.º 8.072/1990.

Referida discussão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da impetração do Habeas Corpus n. 82.959:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (SÃO PAULO, STF, 2006).

O que buscamos evidenciar com a comparação, diz respeito ao fato de que a nova sistemática do ‘RDD’, naquilo que é inerente ao nosso objeto de estudo, possui suas bases sistêmicas análogas ao que era disposto no

Artigo 2º, §1º, da Lei atacada pelo HC acima citado, ou seja, a possibilidade do cumprimento total da pena em ‘RDD’, posto que, não existe mais nenhum limite máximo para prorrogação sucessiva da sanção (SÃO PAULO, STF, 2006).

Por conseguinte, as violações Constitucionais são as mesmas, uma vez que a progressão de regime possui a espinha dorsal erigida nos princípios da legalidade, humanização das penas, Dignidade da Pessoa Humana, assim como na individualização, conforme abordados no início deste artigo.

A avidez da reforma do artigo 52 da LEP, mediante a inserção do § 4º, afronta de forma nítida o meta-princípio constitucional da Dignidade Humana, para além dos demais, à medida que torna cruel e desumana a possibilidade do cumprimento total da pena sob a aplicação do ‘RDD’.

Portanto é claro e conciso que o §4º do artigo 52 da LEP é uma norma inconstitucional, pois não respeita a Dignidade Humana, fere a honra e o sistema psíquico do encarcerado, viola e confronta a Constituição Federal, além de Convenções e Pactos Internacionais, ou seja, tem-se uma norma de caráter de cruel, desumana e degradante contrária ao objetivo do sistema penitenciário, qual seja a reabilitação e ressocialização do encarcerado.

CONCLUSÕES

De todo o exposto no trabalho foi possível observar que a pena existe desde os primórdios, sendo que com o decorrer dos anos mudou-se a forma como sua imposição e aplicação ocorriam. Posto isso, o século XVIII foi marcado pela violência e crueldade das penas, sendo que somente com a mutação da sociedade os sujeitos foram obrigados a se adaptarem pela busca da convivência harmônica.

Vale destacar, neste cenário, a influência de pensadores e movimentos que entusiasmaram fortemente a humanização das penas, passando assim a serem impostas pela razão e não pela emoção. Destacamos que a viabilidade da pena se consubstancia na ideologia de punição ao infrator, saciando, assim, a vontade de vingança da sociedade e, também, como instrumento de inibição aos demais sujeitos quanto às práticas delituosas do mesmo calibre.

Nesse ínterim, quando surgiu o primeiro indício de Estado, verificamos o exercício de poder absoluto e concentrado pelo governante e, em razão disso, não havia proporcionalidade ou razoabilidade na aplicação das

penas. Por conseguinte, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, notamos uma tentativa de ruptura desses paradigmas, por exemplo, houve a divisão das funções estatais em legislativo, executivo e judiciário, bem como as normas e sanções passaram a ser previstas de forma genérica e abstrata.

Ordinariamente, o ordenamento jurídico é composto por diversas Leis e, nesse sentido, a necessidade de reforma ou implantação de nova norma demanda atenção quanto, por exemplo, às bases Constitucionais, ou seja, a modificação normativa tem de respeitar e obedecer, inclusive, princípios e demais regramentos dispostos na Constituição Federal do Brasil.

Diante disso, destacamos o Regime Disciplinar Diferenciado que recentemente sofreu alterações e uma destas mudanças tornou-se o centro deste artigo. Assim sendo, o Regime Disciplinar Diferenciado é intitulado de ‘regime’, mas na verdade é uma sanção disciplinar surgida em 2001, com a Resolução 26/2001 no Estado de São Paulo. Entretanto, somente foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro de forma nacional no ano de 2003 com a Lei 10.792, alterando, com isso, o Artigo 52 da Lei de Execução Penal, que passou a descrever as hipóteses e requisitos em que o ‘RDD’ poderia ser aplicado.

Vale citar que, dentre as características, já que uma delas é o nosso foco, até 23 de janeiro de 2020, o encarcerado poderia permanecer sobre sanção disciplinar por um período de 360 dias, sem prejuízo de nova sanção, não excedendo o limite máximo de um sexto de sua pena.

Todavia, foi promulgada a Lei nº 13.964/19, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, que promoveu inúmeras alterações no Código Penal, Processual Penal Brasileiro e Lei de Execução Penal. Dentre todas demos ênfase no nosso objeto de pesquisa, o Artigo 52, §4º, da LEP.

Destacamos, nesse contexto, a retirada de tempo limite de permanência no ‘RDD’, que era disposto no artigo 52, I, e, além disto, a inserção do §4º, I e II na LEP, o que criou a possibilidade de prorrogação sucessiva por períodos de um ano, nos casos já demonstrados neste artigo. Assim, notamos que tal sanção disciplinar possibilita que o encarcerado cumpra toda sua pena em sanção disciplinar ‘RDD’, desta forma tal sanção tem o caráter de regime, donde não há base Constitucional que ampare tal medida desproporcional e não razoável.

Destarte é notória a inconstitucionalidade do §4º do artigo 52 da nova Lei de Execução Penal, pois o mesmo configura nítido caráter cruel e desumano quanto à honra e à vida do encarcerado, ferindo arduamente a Dignidade Da Pessoa Humana e afrontando não só a Constituição Federal, mas também Tratados e Convenções internacionais.

Por fim, cumpre mencionar, que a análise proposta por este artigo quanto à inserção do § 4º, no Art. 52, da LEP considerou a inconstitucionalidade da medida, ao passo que foram ponderados alguns itens importantes, tais como a humanização e valoração do ser humano; a Dignidade Da Pessoa Humana; a vedação ao tratamento desumano ou degradante, assim como o emprego de penas cruéis.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Ronaldo. **Alterações do Pacote Anticrime na LEP. 2020.** Blog Online Ronaldo Bandeira, Carreiras Policiais. 30 jan. 2020. Disponível em: <https://blog.ronaldobandeira.com.br/alteracoes-do-pacote-anticrime-na-lep/>. Acesso em: 02 mai. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. 1764. E-book. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020.

BENTHIEN, Cleverson Tuoto. **O Poder Punitivo Frente ao Estado Democrático de Direito.** 2008. Monografia (Especialista em Ministério Público) - Fundação Escola do Ministério Público do estado do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Curitiba. 2008. E-book. Disponível em: http://www.femparpr.org.br/monografias/upload_monografias/CLEVERSON%20TUOTO%20BENTHIEN.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mai. 2020.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Promulgação. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. 1992. E-book. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 02 mai. 2020.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. 1969. E-book. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 02 mai. 2020.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. 2019. E-book. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2020

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. 2019. E-book. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 02 mai. 2020.

COSTA, Amanda Maciel. **Regime Disciplinar Diferenciado**. DireitoNet. 2013. 08 out. 2013. E-book. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8147/Regime-disciplinar-diferenciado-aspectos-historicos-e-criticos>. Acesso em: 06 mar. 2020.

HASHMOTO, Larissa Mieko Shult. **A Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado e a Sua Eficácia**. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. 2010. E-book. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/185251395.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2020.

MACCACCHERO, Alice de Lemos. **O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Rio de Janeiro. 2010. E-book. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33028/33028.PDF>. Acesso em: 07 mar. 2020.

MÉNDEZ, Juan E. **Citando o Brasil, Relator Especial da ONU pede fim de confinamento solitário nos sistemas prisionais**. Site Nações Unidas. 18 out. 2011. Versão Online. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/58071-citando-o-brasil-relator-especial-da-onu-pede-fim-de-confinamento-solitario-nos-sistemas>. Acesso em: 08 mai. 2020.

OLIVEIRA, Ana Gabriela F. de. **A finalidade da pena e sua eficácia nas legislações e execuções penais**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, Naviraí, 2010. E-book. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12718480/a-finalidade-da-pena-e-sua-eficacia-nas-legislacoes-e-execucoes->. Acesso em: 20 mar. 2020.

REVISTA JUS NAVIGANDI. **Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Breves considerações**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2407, 2 fev. 2010. E-book. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14291/regime-disciplinar-diferenciado-rdd>. Acesso em: 2 mai. 2020.

SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS n. 82959/SP**, Min. Relator Marco Aurélio. 23 fev. 2006. Coord. De Análise de Jurisprudência, D.J 01.09.2006. Ementário N.º2245-3. 2006. . Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 10 mai. 2020.

ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC) COMO MEDIDA ALTERNATIVA AO CUMPRIMENTO DA PENA

Durcílio Rezende de Queiróz
Patrícia Cardoso Medeiros de Castro
Sueli da Silva Aquino

INTRODUÇÃO

De acordo com informações do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, de junho de 2020, consta o total de 748.009 pessoas encarceradas no Brasil atualmente (DEPEN, 2020).

O nosso sistema carcerário anda falido, a função ressocializadora da pena não está sendo cumprida, possuímos 423.242 vagas existentes, ou seja, um déficit de 303.112 vagas (BRASIL, 2017). Para sanar essa deficiência deveriam construir o dobro de prisões, entretanto, como se pode notar a cultura do aprisionamento de nada adianta se estas não forem dignas de habitação (INFOPEN, 2017).

Com isso, faz-se necessário analisar institutos que estão dando certo e aplicá-los, como é o caso das APACs, a qual visa através de políticas humanísticas garantir que o recuperando volte ao convívio social recuperado e longe do crime.

A metodologia utilizada para escrever este artigo foi a pesquisa bibliográfica, embasando-se nas legislações pertinentes ao tema proposto, artigos científicos e livros, com a abordagem qualitativa. Para tanto, o artigo abordará sobre: A origem das penas no ordenamento jurídico brasileiro; Associação de Proteção de Assistência aos Condenados – APAC.

Objetivo deste artigo foi demonstrar que existe um método alternativo de prisão privativa de liberdade e uma efetiva ressocialização de presos através de estabelecimentos penais bem estruturados como as APACs no Brasil.

1. A ORIGEM DAS PENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde os primórdios dos tempos foi necessário criar regras para que a sociedade viva em harmonia, sob pena de sanção (GRECO, 2011).

No período do Brasil Colônia as normas penais eram regidas pelas constituições Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, as quais eram totalmente imparciais, os juízes aplicavam as penas conforme a gravidade do crime praticado e com base na classe social do sujeito. Somente após a Proclamação da Independência, no ano de 1824, é que se editou a primeira Constituição Brasileira, já inspiradas pelas ideias iluministas e democráticas, que ardiam na Europa (NUCCI, 2018). Nesta fase do Brasil ocorreu uma reestruturação dos valores políticos, humanos e sociais, sob o manto da liberdade social.

Em 1830, foi sancionado pelo imperador Dom Pedro I, o primeiro Código Criminal, o qual já foi uma grande evolução, pois limitou os crimes que eram punidos com morte e extinguiu as penas infamantes, que eram aquelas com a finalidade de desonrar, onde o acusado era exposto a uma vergonha extrema ao ponto da sociedade rejeitá-lo, tendo como exemplo a pena de morte por enforcamento em praça pública. Foram criadas também as penas privativas de liberdade, as quais substituíram as penas corporais (NUCCI, 2018).

Ocorre que, após a Proclamação da República, extinguiu-se a pena dos galés que eram aquelas em que os condenados cumpriam pena de trabalhos forçados, reduziu-se a pena perpétua para 30 anos, bem como institui-se a detração e a prescrição. Por esta razão, foi necessário a elaboração de um outro Código. E em 1940, após Getúlio Vargas assumir o poder, foi editado o atual Código Penal Brasileiro, o qual teve como revisores grandes nomes do Direito Penal, como Nelson Hungria (NUCCI, 2018).

O Código em vigor atualmente continua sendo o de 1940, o qual passou por diversas alterações, porém ainda carece de outras a luz da nossa Constituição e com os institutos modernos do direito. A maior mudança sofrida foi por conta da Lei 7210/84, a qual regulamenta a Execução Penal no Brasil, garantindo os direitos e deveres dos apenados (NUCCI, 2018).

A Lei de Execução Penal (LEP), possui uma redação impecável, e se aplicada conforme a teoria, a sistemática do sistema carcerário seria outra. Porém, com o aumento da população carcerária e a falta de estruturas para recebê-los, o sistema penitenciário agoniza, a finalidade da pena não está sendo cumprida.

Por esta razão, faz-se necessário investir em métodos alternativos de prisão como as APACs, que apesar de não serem perfeitos é o método que nos parece mais eficaz no momento.

2. ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AO CONDENADO – APAC

A associação nasceu no ano de 1972, fruto de um projeto idealizado pelo jornalista e advogado Mário Ottoboni e um grupo de missionários que através de visitas em presídios na cidade de São José dos Campos/SP, se solidarizaram com a situação vivenciada pelos presos e através de palavras de esperança e amor fizeram com que eles tivessem uma visão diferente sobre a vida (SILVA, 2012).

A cartilha Novos Rumos publicada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG, 2011, p. 34), define a APAC como sendo:

A Apac é uma entidade civil de direito privado, com personalidade jurídica própria, dedicada à recuperação e à reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. O trabalho da Apac dispõe de um método de valorização humana, para oferecer ao condenado condições de se recuperar. Busca também, em uma perspectiva mais ampla, a proteção da sociedade, a promoção da justiça e o socorro às vítimas.

O Método Apac adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem com novos paradigmas, tais como oferecer aos detentos uma condição mais digna, visando diminuir a superlotação e principalmente criar laços mais sólidos com os familiares, incentivando inclusive os valores religiosos (TJMG, 2018). “A personalidade jurídica veio em 1974, quando a APAC passou a atuar como órgão parceiro da Justiça na área de execução da pena” (QUEIROZ, 2017, p. 24).

Naquela época, o objetivo era “envolver o aspecto processual e jurídico da pena e sua execução, e o da reintegração social a partir da reconstituição da família e do trabalho honesto, mas com um diferencial – tudo sob a perspectiva espiritual evangélica” (NETO, 2012, p. 26).

As APACs possuem uma filosofia que diz ser necessário matar o criminoso e salvar o homem, isto é, a recuperação do preso para a sua reinserção na sociedade, após pagar a sua pena (ZEFERINO, 2013).

No livro Método APAC – Sistematização de Processos, elaborado pelo TJMG, assim descreve:

É esse o objetivo a ser buscado e o rumo no qual se deve avançar: punir, mas com total respeito à dignidade, para, sobretudo, restaurar o ser humano. Promover a valorização humana, e não a desvalorização. É preciso que o condenado pague pelo que fez. Que tenha a consciência do erro, de sua consequência e da responsabilidade para com a sociedade. Mas é preciso também que tenha sua autoestima devolvida, que tenha referências positivas, baseadas em valores sólidos e fraternos, de modo que deixe de enxergar na criminalidade sua única e inevitável possibilidade de existência (CARVALHO, 2016, p. 13).

Com a iniciativa em São Paulo, outros Estados quiseram aplicar o método em seus territórios que foi um sucesso imediato e por intermédio de ações da APAC associadas a palestras, seminários e congressos difundidos pela Organização das Nações Unidas - ONU, o método APAC já alcançou diversos países, como: Argentina, Estados Unidos, México, Nova Zelândia, Inglaterra, Costa Rica, dentre outros (TJMG, 2011).

No ano de 1991, divulgou-se nos Estados Unidos, um relatório que descrevia todas as ações praticadas pelo método APAC, e afirmava que o mesmo poderia ser aplicado com sucesso em qualquer lugar do mundo. Em 2001, foi criado o Projetos Novos Rumos na Execução Penal, idealizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com o intuito de aplicar o método APAC no cumprimento da pena. O projeto foi um sucesso, o Estado de Minas Gerais virou referência na aplicação do método (TJMG, 2011).

Ainda, para melhor auxiliar o método criou-se a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC que é uma Associação Civil de Direito Privado sem fins lucrativos que tem a missão de congregar a manter a unidade de propósitos das suas filiadas e assessorar as APACs do exterior (FBAC, 2019).

A FBAC mantém, ainda, a tarefa de orientar, zelar e fiscalizar a correta aplicação da metodologia e ministrar cursos e treinamentos para funcionários, voluntários, recuperandos e autoridades de modo a consolidar as APACs existentes e contribuir para a expansão e multiplicação de novas unidades (FBAC, 2019).

Para participar da APAC, os apenados podem estar cumprindo qualquer fase da pena, independentemente da duração e do crime cometido. Precisam ainda, preencher um requerimento (formulário) e solicitam uma vaga, e de forma concomitante comprometem-se a seguir as disposições impostas no método. Logo o pedido é encaminhado ao Juízo da Execução Penal, o qual decide se o apenado atende ou não aos requisitos (SILVA, 2012).

Para realizar a transferência de recuperandos para a APAC, deve-se observar alguns critérios, no Estado de Minas Gerais, por exemplo, regulamentou-se uma Portaria 653/PR/2018, válida em âmbito Estadual, elaborada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, constituída de dois pontos fundamentais, quais sejam:

- I - manifestar interesse na transferência, por escrito ou em ato processual devidamente documentado, e o propósito de se ajustar às regras do CRS;
- II - manter vínculos familiares ou sociais, há pelo menos 1 (um) ano, na região do Estado onde estiver localizado o CRS, mesmo que outro tenha sido o local da prática do fato (BRASIL, 2017).

Os resultados obtidos apresentam a dimensão eficiente do método. Segundo relatório divulgado pela Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados - FBAC, o índice de reincidência entre apenados que passaram por unidades da APAC é de 15%, enquanto no Sistema Prisional comum o índice é de 80% (FBAC, 2020a).

Além disso, os custos de manutenção são bem menores em relação ao método comum, graças ao fato de que as APACs não são compostas por agentes penitenciários armados para fazer a segurança dos recuperandos, pois o sistema é baseado na cooperação e reponsabilidade dos próprios apenados, eles mesmos fazem a segurança.

Vejamos alguns dados informados pela FBAC (2020a) acerca do custo médio das APACs:

Tabela 1 - Média de per capita das APACs (mensalmente) – 2020.

Janeiro	R\$ 1.632,58	Fevereiro	R\$ 858,09
Março	R\$ 929,17	Abril	R\$ 1.325,48
Maiο	R\$ 1.115,20	Junho	R\$ 1.077,77
Julho	R\$ 1.427,24	-----	-----
Média/Meses	R\$ 1.195,08	-----	-----

Fonte: FBAC, 2020:-

Tais dados são impressionantes, pois, o valor de cada preso em um presídio comum é de em média 2.400,00 (SOUZA, 2017), enquanto nas APACs a média é de 1.195,08.

Segundo dados da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados - FBAC, existem 52 APACs em funcionamento no Brasil, sendo 08 femininas e 44 masculinas, e 83 ainda em fase de implantação, os dados indicam também que a maior concentração dessas unidades está no Estado de Minas Gerais, o qual é o Estado referência (FBAC, 2020).

O que falta realmente é participação do Estado nessas unidades, bem como a disponibilização de verbas para manutenção e construção de novas unidades e, ainda, a divulgação do método para que em todos os Estados da Federação o adotem como alternativa.

Vejam os dados das APACs em funcionamento e implantação do Brasil:

Tabela 2 - Consulta APACs por Estado.

ESTADO	EM FUNCIONAMENTO	EM IMPLANTAÇÃO
DF	0	1
ES	1	3
GO	0	1
MA	6	2
MG	38	48
MS	0	1
MT	0	1

PR	3	14
RN	1	0
RO	1	4
RS	1	3
SC	0	1
CE	0	1

Fonte: FBAC, 2020.

Nota-se que, conforme dados do INFOPEN, (2017) vários Estados que possuem uma população carcerária gigantesca, tais como São Paulo e Rio de Janeiro, não possuem nenhuma APAC, nem mesmo em implantação e o método poderia diminuir esses números, pois garante que grande parte dos recuperandos não reincidam. Dessa forma, a adoção do método APAC como alternativa para atual situação penitenciária brasileira é uma medida que pode dar certo.

Geralmente, para iniciar o processo de instalação da APAC são necessários os seguintes passos: 1) Realização de audiência pública na comarca; 2) Criação jurídica da APAC; 3) Visita dessa comissão à uma APAC em funcionamento mais próxima. 4) Realização de Seminário de Estudos sobre o Método APAC para a comunidade; 5) Organização de equipe de voluntários; 6) Instalação física da APAC, construção do Centro de Reintegração Social (CRS); 7) Formação de parcerias; 8) Realização do Curso de Formação de Voluntários (longa duração - 4 meses); 9) Estágio de recuperandos; 10) Estágio para funcionários em outras APACs consolidadas; 11) Celebração de convênio de custeio com o Estado; 12) Inauguração do Centro de Reintegração Social (CRS) e transferência dos recuperandos; 13) Constituição do Conselho de Sinceridade e Solidariedade (CSS), formado por recuperandos; 14) Realização do Curso de Conhecimento sobre o Método APAC e Jornadas de Libertação com Cristo; 15) Desenvolvimento periódico de aulas de valorização humana, de espiritualidade, de prevenção às drogas, bem como reuniões de celas coordenadas por voluntários; 16) Participação de eventos anuais promovidos em conjunto pelo Programa Novos Rumos do TJMG e FBAC, visando formar multiplicadores; 17)

Estabelecer comunicação permanente com a FBAC e coordenação do Programa Novos Rumos do TJMG; 18) Realização de novas audiências públicas, seminários ou cursos de formação de voluntários (FBAC, 2018).

No entanto, para que a APAC alcance seu objetivo é necessário à aplicação de 12 elementos (bases) fundamentais, quais sejam: 1) Participação da Comunidade; 2) O recuperando ajudando recuperando; 3) O trabalho; 4) A religião e a importância de realizar a experiência de Deus; 5) Assistência Jurídica; 6) Assistência à saúde (médica, odontológica, psicológica); 7) Valorização humana; 8) A família; 9) O voluntariado e o curso de formação; 10) Centro de Reintegração Social (CRS); 11) Mérito; e 12) Jornada de libertação (SANTOS, 2013). A união de todos esses elementos é que fazem da APAC tão eficaz.

2.1. A participação da comunidade e o recuperando ajudando o recuperando

De acordo com a Lei de Execução Penal - LEP, em seu artigo 4º, “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança” (BRASIL, 1984).

A participação da comunidade é um dos elementos mais importantes e extremamente necessários, haja vista ela é a principal interessada na ressocialização do preso, uma vez que é a comunidade quem os receberão após o cumprimento da pena.

Diferente das prisões convencionais onde os presos são isolados da sociedade com os muros das prisões, na APAC os recuperandos desde o primeiro momento estabelecem um vínculo com a comunidade. Vínculo este que é realizado através de audiências públicas, convites para conhecer a unidade e ouvir os testemunhos dos recuperandos (FERREIRA; OTTOBONI, 2016).

Santos (2013, p. 46) afirma que “é fundamental que as pessoas da comunidade onde os recuperandos estão, saibam das dificuldades e dos desejos que os apenados enfrentam, é a abertura de interação entre cárcere e sociedade”.

No entanto, existe ainda muito preconceito em relação àquelas pessoas que acabam entrando no mundo do crime. Algumas pessoas têm pensamentos

de que eles merecem apodrecer em uma cela escura e fria, porém, acabam se esquecendo que este mesmo indivíduo é um ser humano, sujeito de direitos, que apenas teve sua liberdade de locomoção restringida. Por esta razão, é necessário a realização de cursos e palestras de conscientização da população.

Quanto ao elemento recuperando ajudando o recuperando, a ideia é de despertar no preso o sentimento de solidariedade e amor ao próximo. Quando se compreende que ao ajudar ao próximo, a pessoa também se beneficia, esse processo de alteridade faz toda a diferença.

2.2. O trabalho e a valorização humana

A ideia de trabalho é manter o recuperando em atividade constante, a fim de evitar a ociosidade. Além disso, o trabalho proporciona recuperação de valores, desperta autoestima, as potencialidades, a criatividade (FERREIRA; OTTOBONI, 2016).

Como incentivo, a Lei de Execução Penal (LEP), proporciona remições aos presos pelos dias que trabalham, vejamos:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: [...] II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho (BRASIL, 1984).

Desta forma, nota-se que o labor favorece o apenado, o estabelecimento penal, as empresas parceiras das instituições prisionais, os familiares dos reeducandos, e por fim, a própria Justiça. Atividades como o artesanato, agricultura, marcenaria, informática e de cozinheiro, são as mais comuns dentro dos presídios.

Todo o trabalho realizado na APAC é voltado para reformular a autoimagem que os recuperandos tem de si, uma vez que eles acabam personificando uma identidade que a sociedade preconceituosa acaba colocando em sobre eles.

Nesse sentido, Ottoboni (2006, p. 85-86) registra que:

[...] em reuniões em cela, com a utilização de métodos psicopedagógicos e mediante palestras de valorização

humana, será realizado grande esforço para fazer o recuperando dar-se conta da realidade na qual está vivendo, bem como conhecer os próprios anseios, projetos de vida, as causas que o levaram à criminalidade, enfim, tudo aquilo que possa contribuir para a recuperação de sua autoestima e da autoconfiança.

O objetivo das APACs nesse sentido, é valorizar o ser humano, seja por pequenos detalhes como a forma de lhe chamar pelo nome.

2.3. A assistência jurídica e à saúde

A maioria dos presos não possuem condições financeiras para pagar um advogado para acompanhar seu processo, com isso, eles ficam apreensivos a fim de verificar se já alcançou algum benefício. “Nas APACs os recuperandos não precisam ficar preocupados com a rotina de seus processos. Isso porque há uma organização própria do departamento jurídico da APAC composta por voluntários para melhor assistência aos feitos” (SANTOS, 2013, p. 49).

O juiz da execução penal frequentará o estabelecimento para atender os presos, sempre quando se referir as questões de saúde, já que a mesma, se configura como um dos elementos necessários e essenciais à dignidade de todo ser humano, incluindo, é claro, as aflições que sente o recuperando, podendo minimizar seus sofrimentos físicos e morais (SANTOS, 2013).

É notório a dificuldade quanto ao acesso à saúde em nosso país, se é difícil para o público em geral, imagina para os presídios. Desta maneira, as palavras de Nascimento; Bandeira (2018, p. 112) abaixo citado são importantes e nos levam a analisar que

Os serviços de saúde no sistema prisional devem se basear nos princípios do SUS, com equipes que ultrapassem o viés curativo e favoreçam a prevenção e a promoção em saúde. Este empenho poderá ser facilitado com o apoio das secretarias estaduais de saúde, com investimentos e mobilização para a implantação das equipes de atenção básica previstas na PNAISP e para a realização de intervenções e treinamentos.

Ainda nas palavras de Nascimento; Bandeira (2018) é preciso que o Estado assuma uma postura ética-política, para garantir o direito à saúde

e à vida no interior das prisões e, não o que acontece na lógica punitivista: uma prática que valida a segregação e a retirada dos direitos do detento.

2.4. A família, o voluntariado e o curso de formação

A família é a base para qualquer pessoa. E proporcionar o encontro com seus familiares durante o cumprimento de sua pena é a maior assistência social ao preso.

O contato com os familiares proporcionará ao preso o elo com o mundo exterior. Mais do que isso, permite que ele continue pai de seus filhos, marido de sua esposa, filho e irmão, além de outras relações sociais (SANTOS, 2013).

Citando o pensamento na íntegra o autor ressalta o trabalho da APAC, quando afirma que “nas APACs, esse contato com a família é recheado de cuidado e respeito. São ministrados cursos aos familiares, chamando-os a responsabilidade com o recuperando, convidando-os a uma reflexão quanto à mudança de valores” (SANTOS, 2013, p. 51).

As unidades APACs se mantêm, por meio de doações e do trabalho que é realizado de forma gratuita por voluntários. Apenas a parte administrativa que é remunerada.

Porém, para que seja um voluntário e esteja preparado para tratar de seres humanos é imprescindível que se realize cursos. Nesse período ele conhece a metodologia, desenvolvendo suas aptidões para exercer o trabalho com eficácia e forte espírito comunitário, sempre lembrando valores e construindo ideias capazes de ajudar na autoestima dos recuperandos (TJMG, 2011).

A respeito do voluntariado, Ottoboni (2006, p. 90) sustenta que: “O amor há de ser gratuito, constante e incondicional, por isso a graça de Deus passa a ser a recompensa. O valor de um trabalho gratuito é incomensurável, pois é realizado por gestos concretos de doação, amor, convicção cristã”.

2.5. Os Centros de Reintegração Social – CRS e o mérito do método APAC

Um dos objetivos das APACs é a reintegração ao convívio social mais amplo, recuperado e longe do crime, por esta razão os Centros de

Recuperação Social - CRS são dotados de recursos materiais convenientes a recuperação do preso, tais como alojamentos dignos, cozinhas limpas. Há o cuidado com a quantidade máxima de presos para evitar superlotação, bem como há preocupação com a personalidade de cada recuperando para evitar consequentes rebeliões (TJMG, 2018).

Os CRS foram criados, ainda, com o intuito de proporcionar ao recuperando a proximidade de seus familiares no local de seu cumprimento de pena, permanecendo na cidade em que reside, fazendo com que se sintam mais à vontade, facilitando o envolvimento da família com o recuperando.

Quanto ao mérito, a cartilha Novos Rumos (TJMG, 2011, p. 38) afirma que “a vida prisional do recuperando é minuciosamente observada, para que seu comportamento seja apurado e, conseqüentemente, seja definida a progressão dos regimes”.

Santos (2013, p. 53) afirma que “desde o dia que o preso entrou na APAC, ele passa a ser avaliado, muitas vezes, pelos próprios conselheiros do Conselho de Sinceridade e Solidariedade (CSS), formado pelos próprios recuperandos”.

Importante ressaltar, conforme cita Zeferino (2013) que o fato do condenado ser apenas obediente isso não satisfaz a necessidade do julgamento para se proceder as progressões. Ou seja, é necessário que o recuperando esteja realmente decidido e aberto às mudanças, o que é considerado como sendo seu esforço, seu mérito em querer ser uma pessoa melhor.

2.6. A religião e a jornada de libertação com Cristo e a religião

A ideia não é impor uma religião, a intenção das APACs é cuidar do espírito. Um dos pilares da APAC é mostrar a importância da religiosidade para apegar-se a algo maior que seu passado, e a própria Lei de Execução Penal, prevê aos presos o direito a assistência religiosa (ASSIS, 2019). “Nos movimentos apaqueanos, líderes religiosos oferecem, com técnica e carinho, estudos que proporcionam melhor apego e valores aos internos dos presídios, e que, por certo, alcançam seus objetivos” (SANTOS, 2013, p. 48).

Tudo isso é feito através do outro elemento que é a “jornada de libertação com Cristo, uma ideia que nasceu da necessidade de se provocar uma definição do recuperando quanto à adoção de uma nova filosofia de vida, cuja elaboração definitiva demorou quinze anos de estudos” (FBAC, 2015).

Zeferino (2013, p. 61) assim descreve a filosofia da jornada:

Para instigar o recuperando a adotar uma filosofia de vida, surge a Jornada de libertação com Cristo, com a realização de palestras, testemunhos, músicas, mensagens, entre outras atividades, levando o recuperando a repensar o sentido de sua vida, reconciliando-se consigo próprio, com Deus e com o semelhante.

A ideia é fazer com que o apenado tenha um encontro consigo mesmo, suas origens, seus defeitos e virtudes, capazes de desafiar novas escolhas.

A conjuntura de todos esses elementos constitui o método apaqueano, que busca fazer com que princípios humanitários sejam empregados em estabelecimentos onde as pessoas não acreditam mais nisso; mostrando que o erro pode ser corrigido e que é sim possível voltar a sociedade ressocializado.

CONCLUSÕES

O sistema penitenciário brasileiro encontra-se em um tremendo caos, sendo considerado no ranking mundial, como um dos países com uma das maiores populações carcerárias.

Ademais, as prisões brasileiras são insalubres, os presos enfrentam problemas como superlotação, esquecimento, espancamento, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, dentre outros.

Desta maneira, a dignidade humana, direito garantido a todos pela nossa Carta Magna, não está sendo respeitado nos estabelecimentos prisionais, uma vez que possuímos um déficit enorme de vagas, impossibilitando que tal garantia seja efetivada. Assim sendo, é urgente fazer algo para mudar a situação do sistema penitenciário brasileiro, pois da forma como se encontra, passa a impressão de estar falido, não conseguindo punir, e muito menos ressocializar como deveria.

As APACs possuem o escopo de resgatar a dignidade retirada dos presos, método realizado através de políticas humanísticas. A APAC é uma revolução

do sistema penitenciário a nível mundial, pois prima pela igualdade e pela valorização humana, pois nesses estabelecimentos são garantidos aos presos alojamentos dignos, cozinhas limpas, preocupam-se com a superlotação a fim de se evitar rebeliões. Os presos ainda são separados por personalidade para evitar conflitos e garantir o objetivo de individualização da pena. São estes cuidados básicos que demonstram amor e respeito.

O método apaqueano possui bons resultados e apesar de não ser perfeito é um dos métodos que se mostra mais eficaz na ressocialização dos presos, uma vez que ele oferece todas as assistências trazidas pela LEP, tais como, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Com o oferecimento de todos os direitos estabelecidos pela LEP e com base nas informações expostas podemos dizer que a APAC é um bom método, pois garante ao apenado dignidade no cumprimento de suas penas e, conseqüentemente, como vimos a reincidência nessas unidades é baixíssima, além de reduzir consideravelmente o custo do preso para o Estado.

E como já sabido, o papel da sociedade é de extrema importância para a eficácia do método, pois, assim como o legislador colocou na mão da sociedade a decisão durante o julgamento no Tribunal do Júri, assim também concede a ela a chance de ajudar a reinserir novamente à sociedade esse mesmo sujeito.

Existem muitas críticas quanto à privatização dos presídios, uma vez que é de responsabilidade do Estado fornecer estabelecimentos suficientes e dignos para os presos cumprirem suas penas, ocorre que a situação carcerária piora a cada ano e o Estado nada faz, então, faz-se necessário a maior divulgação do método, bem como a disponibilização de verbas por parte do Estado para investirem em obras para que todos os estados da federação adotem a metodologia dessas unidades que prezam pelo acolhimento do preso, para que a função ressocializadora da pena seja efetivamente cumprida e mude o atual cenário carcerário do país.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Priscila Coelho. **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC – como alternativa na Execução Penal.** In: 4º Congresso Interdisciplinar de Pesquisa, Iniciação Científica e Extensão Universitária. Centro

Universitário Metodista Izabela Hendrix. Belo Horizonte, MG. 2019. Disponível em: <http://izabelahendrix.edu.br/pesquisa/anais/arquivos2019/direito/associacao-de-protecao-e-assistencia-aos-condenados-2013-apac-2013-como-alternativa-na-execucao-penal.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em 23 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

FERREIRA, Valdeci; OTTOBONI, Mário. **Método APAC**: sistematização de processos Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Programa Novos Rumos - Belo Horizonte. 2016. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/APAC.pdf>. Acesso em: 23 jul.2020.

FBAC. Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. **Jornada de Libertação com cristo**. 2015. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/metodo-apac/jornada-de-libertacao-com-cristo>. Acesso em 30 jun. 2020.

FBAC. Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. **Como fazer – APAC passo a passo**. 2018. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/realidade-atual/como-fazer>. Acesso em 30 jun. 2020.

FBAC. Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. **Quem somos**. 2019. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/institucional/institucional>. Acesso em 28 jul. 2020.

FBAC. Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados.

Consulta APACs por Estado. 2020. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/bdfbac/Consulta%20APACs.php>. Acesso em 30 jun. 2020.

FBAC. Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. **Relatório sobre as APACs - Data: 16/09/2020**. 2020a. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php>. Acesso em 25 jun. 2020.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal I, parte geral. art. 1º ao 120 do Código Penal**. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

NETO, Sílvio Marques. Do condenado e do internado. In: SILVA, Jane Ribeiro. **A Execução Penal à Luz do Método APAC**. Ed. EJEF, 2012. Belo Horizonte: TJMG. cap. 02, p. 25-35.

OTTOBONI, Mario: **Vamos matar o criminoso?** 3ª ed. São Paulo: Ed. Paulinas, 2006.

QUEIROZ, Natacha Gabriela. **Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC): uma ferramenta para redução da reincidência criminal**. 2017. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4445>. Acesso em: 23 jul. 2020.

SANTOS, Luiz Carlos Rezende e. Da assistência – Os artigos 10 e 11 da LEP – O método APAC e seus Doze Elementos. In: SILVA, Jane Ribeiro. **A execução penal à luz do Método APAC**. Ed. EJEF, 2013. Belo Horizonte: TJMG. cap.03. p. 37-53.

SOUZA, Isabela. **Quanto custa um preso no Brasil?** 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/quanto-custa-preso-no-brasil/#:~:text=Segundo%20o%20Conselho%20Nacional%20de,m%C3%A9dica%20e%20jur%C3%ADica%2C%20entre%20outros>. Acesso em: 14 set 2020.

SILVA, Fernando Laércio Alves. **MÉTODO APAC: modelo de justiça restaurativa aplicada à pena privativa de liberdade**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos. CENTRO UNIVERSITÁRIO FLUMINENSE. Campos dos Goytacazes – RJ, 2007. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/dissertacoes/integra/fernandolaercio.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2020.

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Programa Novos Rumos**. Coord. Desembargador Joaquim Alves de Andrade; Desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte - MG Belo Horizonte, MG. 2011. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/cartilha-programa-novos-rumos-TJMG-2011.pdf>. Acesso em 30 jun. 2020.

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais - Tribunal de Justiça. **Portaria Conjunta N° 653/PR/2017**. Coord. Desembargador GERALDO AUGUSTO Presidente, em exercício Desembargador ANDRÉ LEITE PRAÇA; Corregedor-Geral de Justiça. Belo Horizonte, MG. 2017. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc06532017.pdf>. Acesso em 28 jul. 2020.

TJMG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Programa Novos Rumos**. Coord. Presidente Herbert José Almeida Carneiro; Desembargadora Márcia Maria Milanez. 2018 Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/cartilha%20_novosrumos2018_web%20-%20nova%20-%2004-07-2018.pdf. Acesso em 30 jun. 2020.

TJMG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Projeto Novos Rumos**. Cartilha APAC. 2009. Disponível em: http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/novos_rumos_/cartilha_apac.pdf. Acesso em 03 de Mar de 2019.

ZEFERINO, Gilson Ribeiro. Execução Penal – APAC. In: SILVA, Jane Ribeiro. **A execução penal à luz do Método APAC**. Ed. EJEF, 2013. Belo Horizonte: TJMG. cap.04. p. 54-63.

A EDUCAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS HUMANITÁRIO

Gleiciane de Queiroz Martins
Ana Carla Sanches Lopes Ferraz

INTRODUÇÃO

Difícilmente o tema da educação no sistema penitenciário ganha grande relevância e isso se deve, principalmente, pela ideia pré-concebida de que se trata o detento de indivíduo irrecuperável, imoral e repudiável, bem como a própria racionalidade classificatória, os modos sociais e culturais de se lidar com o crime e com o “criminoso”. Entretanto, nota-se que tal pensamento não possui compatibilidade com a finalidade da pena, muito menos com o preceituado pelos Direitos Humanos e/ou a Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, tem-se que o objetivo primordial dado às penas, na atualidade, é a ressocialização do indivíduo que praticou algum tipo de atitude não aceita pela sociedade, sendo que o mesmo, na maioria dos casos, terá sua liberdade privada, entretanto, tal situação não se solidifica na impossibilidade de o mesmo estudar e se qualificar no sistema penitenciário.

Nota-se que a própria Carta Magna traz em seu corpo a possibilidade do estudo para os detentos, não só como possibilidade, mas como direito. Desta forma, encontra-se a legislação menor, tendo em vista que a Lei de Execução Penal além de trazer tal possibilidade, ainda a elenca como forma de remição de pena, evidenciando o caráter ressocializador.

A relevância do tema reside no aumento diário da reincidência criminal, a qual se dá, muitas vezes, por conta da dificuldade do egresso em retornar ao mercado de trabalho após a prisão, seja por conta do preconceito institucionalizado (GRACIANO, 2005), seja por conta da falta de qualificação profissional apresentada pela maioria dos ex-detentos (MSP, 2016).

Afim de melhor compreender acerca da possibilidade e eficácia da educação para os detentos, será analisado, em um primeiro momento, os

aspectos legais da educação, buscando compreender os institutos garantidores de tais direitos, sendo tal análise realizada a nível internacional e nacional.

Posteriormente, a pesquisa será voltada para a realidade fática das penitenciárias, momento em que serão analisadas as condições de educação nos presídios da América Latina, afim de buscar os pontos similares dentro de um contexto social. Em seguida, a pesquisa será realizada da maneira mais específica, buscando as condições das instituições penitenciárias do Brasil, com foco principal nos sistemas de educação e nas fórmulas de ressocialização adotadas neste território.

Para finalizar a etapa argumentativa, será tratado sobre as barreiras educacionais existente no sistema penitenciário, com foco na falta de investimento público e elaboração de políticas para desenvolvimento penitenciário. Para concluir, será abordado a responsabilidade do Estado como gestor de tal setor, bem como o auxílio social para a diminuição das problemáticas enfrentadas.

1. ASPECTOS LEGAIS DA EDUCAÇÃO NOS PRESÍDIOS

1.1. Análise acerca das normas internacionais

1.1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ao se falar em direito dos detentos, remetemos quase de imediato à Declaração Universal de Direitos Humanos, uma vez que a mesma estabelece diversos direitos, os quais são inerentes a todos, pela condição de pessoa humana. Neste sentido, o referido diploma legal estabelece em seu artigo 26 o direito à educação, o qual transcreve-se:

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade

entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (ONU, 1948).

Como se pode depreender do texto legal transcrito, qualquer pessoa, independente da sua situação, possui o direito a instrução, sendo garantida educação gratuita, com foco no desenvolvimento social e manutenção da paz.

Frisa-se que o referido dispositivo passou a ter caráter obrigatório para o Brasil, tendo sido o o mesmo normatizado pelos artigos 13 e 14 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), interpretados pelas Observações Gerais 11 e 13 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Desc), do Brasil é signatário (WEIS, 2003).

Desta forma, cabe ao Estado a adoção de três formas de cumprimento dos direitos básicos a educação, podendo-as se materializarem sob a forma de respeito aos direitos humanos, não impedindo ou criando obstáculos para a educação; na forma de proteção, onde fica o Estado com o dever de proteger tais direitos não apenas de si, mas de terceiros, que visem seu impedimento e por fim, pela realização de práticas afirmativas, seja de programas de incentivo ou mesmo criação de políticas públicas para o melhor desenvolvimento das atividades educacionais.

1.1.2. Regras mínimas para tratamento dos reclusos

No que tange ao regramento mínimo para tratamento dos reclusos, há um documento aprovado pelo Conselho Econômico e Social da ONU, no ano de 1955, e prevê uma série de formas de tratamentos e garantias aos detentos, buscando a plena integração do sistema penitenciário com os direitos básicos decorrentes dos direitos humanos.

No referido texto legal, pode-se notar a presença da educação, como garantia inerente aos detentos, sendo elencado como regra de n. 4, tópico 2:

2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos (ONU, 1955).

Ainda sobre as Regras Mínimas para Tratamentos dos Reclusos, a pesquisadora Mariangela Graciano (2005), leciona que existem três grandes barreiras a serem enfrentadas para a aplicação da educação no sistema penitenciário, sendo elas, a confusão entre ensino religioso, ensino formal e educação não formal; o fato de ser o Estado obrigado a fornecer educação apenas de nível básico e, por fim, a questão de ser facultativo a integração da educação penitenciária ao sistema regular de ensino.

Embora, conforme a autora, apresente algumas limitações, as regras contidas no documento “Regras Mínimas”, mostram-se de grande importância, não só por prever a educação no ambiente prisional, mas sim, por realizar uma verdadeira integração entre os direitos consagrados como humanos e sistema penitenciário em geral.

1.1.3. Declaração de Hamburgo

A Declaração de Hamburgo é um documento internacional que dispõe acerca da educação de adultos e foi aprovado na 5ª conferência Internacional sobre Educação de Jovens e Adultos. O referido documento buscou garantir aos adultos apenas o direito a educação a nível internacional, uma vez que no item 47 do tema 8 do Plano de Ação de Hamburgo é lecionado o seguinte:

[...] o direito de todas as pessoas encarceradas à aprendizagem: a) proporcionando a todos os presos informação sobre os diferentes níveis de ensino e formação, e permitindo-lhes acesso aos mesmos; b) elaborando e implementando nas prisões programas de educação geral com a participação dos presos, a fim de responder a suas necessidades e aspirações em matéria de aprendizagem; c) facilitando que organizações não-governamentais, professores e outros responsáveis por atividades educativas trabalhem nas prisões, possibilitando assim o acesso das pessoas encarceradas aos estabelecimentos docentes e fomentando iniciativas para conectar os cursos oferecidos na prisão aos realizados fora dela (DECLARAÇÃO DE HAMBURGO, 1997).

Nota-se que diferentemente das “Regras Mínimas”, o Tratado de Hamburgo garante ao apenado não apenas o direito a acesso aos níveis mais básicos de educação, mas sim, aos diversos níveis existentes, bem como a elaboração de projetos que viabilizem que a mesma ocorra.

1.2. Análise acerca da legislação nacional

1.2.2. Lei de Execução Penal

Diferente das demais legislações analisadas dentro do ordenamento brasileiro, a Lei de Execução Penal, apresenta regras e normas mais específicas, regulando o tema da educação nas penitenciárias, conforme pode-se observar nos artigos 17 a 21, onde prevê aos detentos assistência escolar a nível básico, bem como aperfeiçoamento profissional (BRASIL, 1984).

Ao analisar tais artigos, pode-se notar que o art. 17 da referida legislação prevê que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado, sendo que o artigo seguinte esclarece que a educação de primeiro grau, ou seja, ensino fundamental, será obrigatório, bem como, integrado ao sistema escolar correspondente (BRASIL, 1984).

Por sua vez, o art. 19, prevê que quanto a profissionalização, esta será ministrada em nível de inicialização ou aperfeiçoamento, sendo dispensado às mulheres ensino técnico de acordo com a sua condição (BRASIL, 1984).

Por fim, o que mais chama a atenção, é o artigo 21, uma vez que este estabelece a implantação de uma biblioteca por unidade prisional, sendo a mesma provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos (BRASIL, 1984).

Da leitura dos referidos artigos, nota-se que houve a preocupação do legislador em promover a implantação da educação no sistema penitenciário, principalmente ao instituir no art. 126, a redução da pena pela realização de trabalho intelectual, ao qual se enquadra o estudo (BRASIL, 1984).

Frisa-se que, embora a remissão por tempo de estudo não esteja tipificada na legislação brasileira, a possibilidade da mesma se encontra configurada na sumula 341, sendo a mesma é fruto do julgamento do caso de Givanildo da Silva Ferreira, preso na Penitenciária de São Vicente, em São Paulo (BRASIL, 2006).

No caso citado, o detento Givanildo assistiu a aproximadamente 81 horas de aulas do Telecurso, programa criado pela rede Globo de Televisões, o que o fez de fevereiro a junho de 2003, tendo o mesmo apresentado bom aproveitamento pedagógico. Diante de tal situação o

mesmo requereu a remissão da pena por trabalho intelectual realizado, o que foi acatado pelo Juiz de primeiro grau, mas rejeitado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (CONJUR, 2006). Com isso, o mesmo apresentou o Habeas Corpus de n. 51171, onde foi aceita a tese empregada pelo mesmo e feita a remissão dos dias trabalhados (BRASIL, 2006).

1.2.1. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e Plano Nacional de Educação

A educação prestada às pessoas encarceradas, é aquela destinada ao grupo de jovens e adultos, sendo tal modalidade de ensino representado pela sigla EJA. Dito isto, tem-se que, de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), todos os cidadãos tem direito a cursar os níveis básicos de ensino, de maneira gratuita, conforme previsto nas “Regras Mínimas”, bem como, dando efetividade ao preceituado na Constituição Federal.

A referida lei, preconiza ainda, que os sistemas de ensino devem assegurar a educação adequada dos jovens e adultos com foco nas oportunidades que melhor se enquadre nos interesses dos indivíduos, visando a qualificação profissional do mesmo e, com isso, uma maior integração com o mercado de trabalho.

Por sua vez, o Plano Nacional de Educação (2014), de maneira mais específica que a lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, determina que haja a implantação de programas de educação nas unidades prisionais a que sejam destinados jovens e adultos infratores.

Embora ambas as legislações mencionadas acima sejam de grande auxílio, uma vez que garantem a todos a educação, independente da condição social ou o fato de se encontrar nas penitenciárias ou não, as mesmas não se mostram de grande impacto, ante a falta de aplicabilidade das mesmas por parte do poder público.

2. A EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL

Ao pesquisar sobre o tema da educação nas unidades penitenciárias, verifica-se que são poucos os documentos legais que trata sobre referido tema,

entretanto, percebe-se que ainda mais escassos são os diagnósticos e as informações consolidadas sobre a situação da educação prisional no mundo.

Entretanto, o que se vê é que, embora diversos países possuam alguma forma de legislação que regule a educação no sistema prisional, o ensino, de fato, não chega a ser aplicado nas penitenciárias, motivo pelo qual, estima-se que menos de um terço da população carcerária do mundo tenha acesso a alguma forma de educação (RANGEL, 2007).

Neste sentido, pode-se deduzir acerca da análise realizada por Hugo Rangel (2007), que na grande maioria dos países predomina a falta de estratégias nacionais, falta de recursos financeiros para manutenção de programas, bem como, falta de comprometimento estatal para com a população carcerária, o que inviabiliza a educação dos detentos e consequentemente a ressocialização dos mesmos.

2.1 Prisões na América Latina

De acordo com a análise do pesquisador argentino Francisco Scarfó (2008), as maiores dificuldades enfrentadas nos sistemas penitenciários Latino-Americanos são a complexidade, a dispersão e a improvisação. Frisa o mesmo que os sistemas Latino Americanos são marcados pela superlotação das celas, bem como pelo aumento exponencial da população carcerária.

Diante de tais problemáticas, tem-se que a educação resta prejudicada, entretanto, o pesquisador ainda aponta problemas como a lentidão da justiça, a falta de infraestrutura, a indefinição de responsabilidades institucionais pelo atendimento educacional, a hipertrofia do critério de segurança, a desatenção com relação à diversidade (gênero, étnico-racial, orientação sexual, regional e etc.).

Ainda sobre as problemáticas enfrentadas, o pesquisador Hugo Rangel destaca o seguinte:

Um resultado direto desta disfuncionalidade é a existência, na maioria dos países da América Latina, de um número demasiado alto de presos em espera de julgamento e de uma condenação que sancione o delito cometido. Em muitos países, este tipo de recluso representa mais da metade da população

penitenciária. O abuso da prisão preventiva por parte das autoridades encarregadas da procuração da justiça é uma das principais causas do incremento da população penitenciária. Este fenômeno ocorre na maioria dos países da região que contam com um grande número de reclusos em qualidade preventiva. Neste sentido, é evidente que não somente se trata de uma lentidão em procedimentos administrativos, mas de falhas estruturais ou sistêmicas das instituições da justiça (RANGEL, 2008, n.p.).

Por fim, ressalta a existência de legislações específicas, de ordem nacional, que buscam garantir a educação aos detentos na América Latina, entretanto, as faltas de condições estruturais e financeiras, bem como a falta de iniciativa por parte dos gestores acaba fazendo com que a legislação não seja cumprida, havendo a ruptura entre as realidades jurídicas e sociais.

2.2. A Educação Sistema Penitenciário Brasileiro

No Brasil, a taxa de analfabetismo passou de 6,8%, em 2018, para 6,6%, em 2019, podendo se estimar que ainda existam cerca de 11 milhões de pessoas que não saibam ler e nem escrever, sendo tais percentuais referentes a pessoas com 15 anos ou mais, sendo, portanto, a categoria abrangida pelo EJA, conforme citado anteriormente (IBGE, 2019).

Por outro lado, ao analisar a faixa etária de 25 anos de idade, no ano de 2019 havia cerca de 32,2% de pessoas que não terminaram sequer o ensino fundamental, abandonando a escola antes de concluí-lo (IBGE, 2019).

Tem-se, portanto, que a grande parcela da população, embora não seja analfabeta de fato, possui baixos níveis de instrução, o que demonstra uma falha estatal para com a educação, situação que se torna muito pior quando analisada sob o ponto de vista do sistema penitenciário.

Por sua vez, de acordo com os dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública, no ano de 2016, a população carcerária perfazia um total de 726.712, motivo pelo qual se encontra o Brasil em 3º no *Ranking* de maior população carcerária. Frisa-se que deste número, cerca de 12% da população carcerária encontra-se matriculada dentro do sistema prisional (MSP, 2016).

Por outro lado, nota-se que cerca de 89% dos detentos não possui educação fundamental completa, 10% possui ensino médio completo e apenas 1% possui ensino superior completo ou incompleto. Aponta-se que 55% dos detentos possuem idade que varia de 18 a 29 anos, sendo formada quase que majoritariamente por homens, dos quais 64% são negros ou pardos (MSP, 2016).

Um dos fatos que desencadeia tal situação é que o financiamento da educação nas prisões varia de acordo com a Unidade Federativa. Tal situação impede a instauração de uniformização da educação no sistema prisional, uma vez que, as penitenciárias vinculadas a algum programa de incentivo ao estudo possuem mais fundos do que a de estados que não estão vinculados a programas governamentais (GRACIANO, 2005).

Outros pontos que prejudicam a aplicação da educação nas instituições penitenciárias são: falta de profissionais de educação, projeto pedagógico, infraestrutura, formação continuada, materiais didáticos e de apoio; descontinuidade; resistências de agentes e direções de unidades prisionais; desarticulação entre organismos do Estado, falta de planejamento e políticas de estado, baixo investimento financeiro, inexistência de diagnósticos precisos, entre outros (GRACIANO, 2005).

Desta forma, embora grande parcela da população carcerária no Brasil careça de educação formal, a mesma não possui recursos necessários para sua concretização, faltando o apoio político e social para seu desenvolvimento.

2.3. Sistemas de educação e fórmulas de ressocialização

Dos vários modelos de educação existentes, de acordo com Vernor Munõz (2008), Relator Especial da ONU sobre Educação, três são os modelos que predominam nas penitenciárias da América Latina. O primeiro modelo de educação, consiste na aplicação da mesma forma de tratamento terapêutico, onde se procura a melhora da situação das pessoas encarceradas. O segundo busca a conversão moral dos detentos, onde os mesmos são vistos como pessoas imorais e apenas por meio da educação poderiam deixar este estado para se converter e, por fim, o terceiro não possui como objetivo precípua o auxílio ao detento, muito

pelo contrário, limita a educação às necessidades do mercado de trabalho, neste modelo os encarcerados são vistos apenas como mão de obra que necessitam de aprimoramento.

Neste sentido, analisando a educação do ponto de vista dos direitos humanos, Munõz (2008) alerta acerca do terceiro tipo de educação, o qual visa apenas o fomento do mercado financeiro e não busca o auxílio do detento pela educação, situação que representa grande ameaça aos reclusos, uma vez que os desumaniza e, por vias escusas, justifica o tratamento análogo ao escravo.

Ainda acerca dos modelos educativos, as informações prestadas por Munõz (2008), podem ainda ser complementadas por Scarfó (2008), o qual leciona o seguinte:

A confusão, às vezes, é gerada pelos diversos órgãos estaduais que realizam educação pública em presídios que costumam sujeitar a educação pública para o tratamento de ‘ressocialização’ ou ‘reintegração’. Pense nisso com somente receber ou exercer educação, a pessoa privada de liberdade poderá ‘Reintegrar’ ou ‘ressocializar’ é dar uma linearidade de causa-efeito à educação. Isso leva à reprodução de estruturas cognitivas e hábitos sociais de ‘pessoas civilizadas’ ou ‘bem comportado’ ou simplesmente’ receptivo ‘evitando o processo de se tornarem protagonistas, com voz própria, que desenvolvam um olhar crítico capaz de compreender e transformar sua realidade, passada, presente e futura. A educação é um direito que, quando exercido, reduz a situação de vulnerabilidade social, cultural, emocional da pessoa privada de liberdade. Conceber a educação como uma ação ‘terapêutica’ ou ‘curativa’ implica considerar a pessoa detida como uma ‘pessoa doente’ que deve ser ‘curada’. É colocar a educação como um dispositivo, que dependendo de como funciona, prevalecerá ou não dentro da ação de tratamento. Ignorar que a educação é um direito humano fundamental se algum ‘re’ se encaixa em seu objeto - é a redução do social, psicológico e Cultural (SCARFÓ, 2008, n.p.).

Dito isto, o pesquisador traz não só o alerta quanto a forma de educação a ser empregada nas penitenciárias, como ainda, deixar consignado

a importância desta na reeducação do detento, bem como no auxílio do mesmo a não retornar à delinquência.

Diante do fator ressocializador prestado pela educação aos detentos, bem como a função desenvolvida que presta a sociedade, seja no âmbito moral, cultural ou até mesmo exteriorizado nos espaços físicos, tem-se que, acima de tudo, a educação é um direito humano, devendo ser encarada desta forma, e não apenas como mero tratamento ou auxílio ao mercado.

Portanto, o referido direito deve ser exercitado e colocado em prática a todos, pois, com a sua utilização permite aos detentos uma maior projeção social, não como detento mas como pessoa, o que o permite concretizar seus projetos de vida, tendo assim resguardado seu direito básico a uma vida com dignidade e apresentar a este formas de não retomar ao sistema prisional.

3. DAS BARREIRAS EDUCACIONAIS EXISTENTES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO À NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO SOCIAL

3.1. A situação da educação nas prisões

De acordo com as informações prestadas pelo Relatório Nacional para o Direito Humano a Educação, evidencia-se as maiores dificuldades para implantação da educação para todos, como o conflito técnico existente entre o direito básico do estudo e a falta de implantação de práticas que assegurem o referido direito (CARREIRA, 2009).

Diversas são as dificuldades que o detento necessita enfrentar para conseguir ter acesso aos níveis básicos de educação dentro das penitenciárias, entretanto, percebe-se que ainda mais precário é o tipo de educação e as condições fornecidas ao mesmo, situação que em nem se compatibiliza com os direitos humanos (CARREIRA, 2009).

Outro ponto controvertido e que dificulta o acesso à educação por parte do detento, são as questões sociais e culturais, uma vez que em uma sociedade em que pouco mais de 60% da população concluiu o ensino fundamental e apenas 27% conseguiu concluir o ensino médio, o pensamento comum é o de que educação ainda é um privilégio (IBGE, 2019).

Tal situação por si só se mostra preocupante, entretanto, ao trazer tal pensamento para o sistema prisional, nota-se que a situação de vulne-

rabilidade é ainda maior, uma vez que o preso já é visto, por muitos, como algo desprezível e vil, isso quando é visto, já que parcela da população sequer os enxerga como pessoa.

Em continuação, tem-se como dificuldade, uma das situações evidenciadas por Scarfó (2008), qual seja, o fato de a educação ser muitas vezes tratada como moeda de troca. Ressalta-se aqui que a referida troca pode ocorrer de mais de uma forma, uma vez que pode ser ofertada pelo Estado, mas apenas de maneiras específicas, geralmente voltada a alguma forma de especialização para mão de obra.

Desta forma, tem-se que a situação da educação nos presídios vem sendo prejudicada por uma série de eventos, os quais são ocasionados em sua maioria pela falta de investimento ou de condições fornecidas por parte do Estado como gestor que, ao deixar de criar um ambiente estruturalmente adequado, com profissionais capazes e devidamente remunerados, impõe obstáculo a educação, vez que torna seu acesso difícil (CARREIRA, 2009).

Por outro lado, o pensamento comum da sociedade brasileira atual não auxilia muito para o fornecimento de uma educação eficiente, pois, ao repousar o senso comum de que educação é apenas para um seletor grupo de indivíduos, grupo ao qual os detentos não se encontram inseridos, diante da marginalização que está exposto constantemente, não surge o contra movimento de pressão ao Estado, o qual seria preciso para se falar em uma revolução educacional humanizada.

3.2. A Responsabilidade do Estado

O Estado brasileiro não busca promover efetividade na aplicação da educação nas penitenciárias, uma vez que o direito a educação se concretiza por meio de quatro características, sendo elas: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e adaptabilidade.

De acordo com o art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as quatro características anteriormente citadas são as responsáveis para caracterização da educação. Com isso, uma vez que se tenha verificado a não configuração de apenas uma delas, tem-se que o Estado viola o direito humano a pessoas encarceradas, situação

que ocorre no Brasil (CARREIRA, 2009). A referida violação se manifesta fisicamente da seguinte forma: quanto ao primeiro critério, qual seja a disponibilidade, tem-se pelos dados disponibilizados pelo Ministério da Segurança Pública que apenas 12% dos detentos possuem acesso a algum tipo de educação formal dentro das unidades prisionais. Nota-se ainda a falta de espaços, educadores, materiais para a ampliação do acesso, bibliotecas e projetos de leitura etc. (MSP, 2016).

Desta forma, tem-se que por conta das circunstâncias e condições ofertadas, grande parte da população carcerária deixa de buscar ensino, uma vez que não veem sucesso em sua empreitada, bem como existe a situação dos que buscam auxílio, mas não o tem atendido diante da falta de profissionais ou situações alheias a sua vontade.

Posteriormente, quanto a acessibilidade, tem-se que o setor educacional no Brasil é bastante discriminante, ou seja, possui o pensamento de que os detentos não teriam o direito a educação, por se tratar de classe inferior, o que em nada condiz com as legislações nacionais ou internacionais sobre o tema (CARREIRA, 2009).

Por sua vez, a aceitabilidade diz respeito a qualificação dos profissionais e, neste ponto não se discute a competência dos profissionais que se empenham em prestar seus serviços no sistema penitenciário, mas sim quanto a inexistência de currículos próprios para o EJA, bem como grade educacional diferenciada, que abranja aos menos em suas peculiaridades, prestando a justiça social para um grupo tão marginalizado.

Por fim, quanto a adaptabilidade, tem que os processos étnicos e de raça, religião e cultura sejam efetivamente respeitados, o que não ocorre no sistema penitenciário. Tal situação se dá, uma vez que, por se tratar de um espaço correccional a tendência do mesmo é reprimir as particularidades existentes e não abraçar as individualidades (CARREIRA, 2009).

3.3. Da Necessidade de intervenção por parte do Estado e da Sociedade

Afim de reverter a situação da educação no sistema prisional, mostra-se essencial a intervenção de duas grandes instancias, sendo a primeira o Estado e logo em seguida a sociedade como um todo. Embora não se veja falar sobre

isso todos os dias, a situação do encarceramento em massa vem crescendo em ritmo acelerado, prejudicando ainda mais o já falido sistema prisional.

Um papel de grande relevância recai s sobre as entidades públicas, bem como a própria sociedade civil. Resta aos órgãos estatais fomentar a educação, bem como procurar minimizar os preconceitos existentes acerca dos detentos, gerando avanços reais no sistema penitenciário. Por sua vez, as entidades civis, tem o dever de pressionar os mesmos para a fomentação da mudança efetiva, bem como deixar de lado o estereótipo negativo que se tem com o sistema prisional e os detentos em geral (CARREIRA, 2009).

Para isso, faz-se necessário a criação de campanhas de comunicação, afim de entrar em contato com a sociedade de maneira maciça, sensibilizando-a para esta realidade, bem como questionando a origem dos preconceitos existentes, tirando as barreiras existentes entre a sociedade e o sistema prisional, o que acabaria por, conseqüentemente, romper com o mito existente de que todos os ex-detentos são maus e imperdoáveis.

Com isso, ganharia maior efetividade as políticas voltadas a educação, uma vez que ao romper com as limitações existentes e barreiras impostas, o detento não mais ficaria à mercê dos preconceitos, podendo a educação ser fornecida ao mesmo efetivamente. Portanto, mostra-se imprescindível a atuação de todos os agentes envolvidos, para a solução de uma problemática que vem assolando grande parcela da população.

CONCLUSÕES

Diante da pesquisa elaborada, pode-se evidenciar que o direito a educação se encontra garantido em diversos textos legais, sendo estes pertencentes tanto ao âmbito nacional quanto ao âmbito internacional. Diante disso, resta nítido a preocupação dos legisladores e pesquisadores da área quanto a educação do preso, não só por sua condição de detento, mas por sua condição humana.

Tal situação se dá, pois a educação não funciona apenas como mecanismo de ressocialização, mas também atua a evitar que o egresso venha a delinquir, o preparando-o para a reentrada ao mercado de trabalho e, conseqüentemente garantindo formas distintas de renda, o que nada mais é do que o preceituado pelos Direitos Humanos.

Entretanto, embora tal direito encontre-se amplamente tipificado, mostrando-se evidente a existência de certa quantidade de barreiras que, de uma forma ou de outra, impendem ou torna menos eficaz a aplicação da educação. Frisa-se que o referido problema não ocorre apenas no Brasil, mas como bem salientou Scarfó (2008), trata-se de uma questão que vem assolando toda a América Latina.

Afim de minorar os referidos prejuízos, foram analisadas as fórmulas para ressocialização, bem como os sistemas de educação empregados, onde se notou que, não obstante a quantidade de obstáculos apresentados, ainda se mostra presente a dificuldade quanto ao tipo de educação ofertada, demonstrando a existência de grandes dificuldades para compreender a distinção entre educação formal e informal.

Buscando diminuir tais limitações, verificou-se a necessidade de maior responsabilização por parte do Estado, uma vez que, sendo este o responsável pelo sistema penitenciário, apenas o mesmo poderia ofertar condições mínimas para o seu fomento, bem como elaborar políticas públicas para diminuição dos preconceitos existentes na sociedade com tal grupo de indivíduos.

Por fim, cumpre ressaltar que não apenas o Estado tem o dever de dar melhores condições para a educação dos detentos, como a sociedade em geral possui grande influência em tal processo, uma vez que apenas com as exigências da mesma tomará o Estado uma atitude para com o sistema penitenciário.

Portanto, tem-se que a educação é um direito garantido a todos e por isso, deve o Estado como responsável pelas penitenciárias garantir a mesma aos detentos. Para realizar isso, o Estado não apenas criar, bem como colocar em prática as políticas públicas voltadas a educação, como também ampliar o diálogo social acerca do mesmo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 7210, de 11-07-1984**. Instituiu a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

CARREIRA, Denise. **Relatoria Nacional para o Direito Humano a Educação**. 2009. Disponível em:

http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/eja_prisao/relatorianacional.pdf. Acesso em: 05 de ago. 2020.

CONJUR. O Consultor Jurídico. **Preso que fez telecurso da Globo consegue reduzir pena**. 2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jun-27/preso_utilizar_estudo_reduzir_pena_decide_stj. Acesso em: 13 ago. 2020.

DECLARAÇÃO DE HAMBURGO. **V Conferência internacional sobre a educação de adultos**. Brasília: SESI; UNIESCO, 1997. Disponível em: <http://www.dominio-publico.gov.br/download/texto/ue000006.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

GRACIANO, Mariangela. **A Educação como Direito Humano: a escola na prisão**. Dissertação. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://www.cmv-educare.com/wp-content/uploads/2012/07/Graciano-2005.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. **Conheça o Brasil/População/Educação**. 2019. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>. Acesso em 22 jul. 2020.

MSP. MINISTERIO DA SEGURANÇA PÚBLICA. **Relatório população carcerária 2016**. 2016. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/copy_of_collective-nitf-content-26/apresentacao-diagnostico-msp.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020.

MUNÖZ, Vernor. **Educação é direito, não serviço**. 2008. Disponível em: <http://www.contee.org.br/noticias/educacao/nedu290.asp>. Acesso em: 18 jul. 2020.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 16 jul. 2020.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)**. 1955. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em :16 jul. 2020.

RANGEL, Hugo. **Estratégias Sociais e Educação Prisional na Europa: visão de conjunto e reflexões**. In Revista Brasileira de Educação, v.12 n. 34 jan/abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbedu/v12n34/a07v1234.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 51.171. **Pena privativa de liberdade (sentido e limites). Estudo (frequência às aulas de telecurso). Remição (possibilidade)**. Relator: Ministro Nilson Naves. Diário da Justiça, 20 jun. 2006.

SCARFÓ, Francisco José. **Los Fines de la Educación Básica en Cárceles en la Provincia de Buenos Aires; el derecho humano a la educación**. La Plata: Universitaria de La plata, 2008. Disponível em: <https://www.cmv-educare.com/wp-content/uploads/2012/07/Tesis-Lic.-F.-Scarf%C3%B3-Argentina.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

PERSECUÇÃO CRIMINAL: OS LIMITES DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FACE A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL

Gabriel Fernando Pertile Zinezi
Patrícia Cardoso Medeiros de Castro
Sueli da Silva Aquino

INTRODUÇÃO

O processo penal no Brasil consiste em duas etapas: investigação criminal e processo penal. A investigação criminal é realizada pelo inquérito policial, que se trata de um procedimento preliminar de natureza administrativa, visando recolher elementos informativos suficientes, para só então constituir o julgamento do representante do Ministério Público sobre a justificação da ação penal. O processo penal, por sua vez, é a ação penal propriamente dita, a qual o Promotor de Justiça (representante do Ministério Público) ao interpretar os elementos informativos colhidos na fase investigatória, pode utilizá-las para produzir provas de que houve fato típico, antijurídico e culpável, e moverá a ação judicial contra o autor do fato delituoso.

O poder jurisdicional tem a função de realizar leis justas e aprovar este procedimento, enquanto as instituições do Estado devem arcar com o ônus de promover a resolução pacífica de conflitos interpessoais. Muito se tem discutido sobre a possibilidade de membros do Ministério Público presidirem investigações criminais, criando assim a imagem de procurador-investigador. Deste modo, a finalidade do tema é entender sobre a legitimidade para investigar crimes, se é, exclusivamente, da polícia judiciária, ou se o Ministério Público também a têm.

Refuta-se a hipótese de o Ministério Público ser uma parte processual e, ao contrário dos juízes equidistantes e acima das partes, os promotores carecem de imparcialidade. Portanto, de acordo com a súmula 234 do STJ - a participação de membros do Ministério Público na fase de investigação criminal não constitui obstáculo ou suspeita ao ajuizamento da denúncia.

Para tanto, no primeiro passo será abordado o percurso histórico da perseguição criminal, que passou do ponto mais cruel até chegar a um estado humanitário; no passo seguinte, explica sobre a perseguição criminal e as suas duas etapas, tal como os instrumentos processuais e como as autoridades devem proceder. No terceiro passo, são abordados os poderes investigativos que o Ministério Público possui, como também os poderes adquiridos com o aval do Superior Tribunal Federal. E a última análise tem o intuito de mostrar os dispositivos da Constituição Federal de 1988, que tratam sobre os poderes de investigação e o que a Lei Maior atribui ao Ministério Público.

1. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Buscar uma forma de descobrir um crime e quem o cometeu é algo que ocorre muito, mesmo de saber o que é de fato um crime. Buscando nas raízes históricas, conforme ensinamentos de Rogério Sanches Cunha (2017), no mundo antigo, para o Homem Primitivo, não existiam leis escritas que poderiam impor certos limites, para que o grupo vivesse em harmonia.

Destacamos que nossos ancestrais acreditavam que os ventos fortes, trovoadas, chuvas intensas, tempestades de raios, incêndios provocados pela seca, fossem respostas de seres superiores, ou seja, deuses. Totens foi o nome dado às divindades que passariam a premiar ou castigar se necessário fosse. Ocorre que se algum membro da civilização descumprisse alguma regra, e chegasse ao ponto de supostamente desagradar os Totens, o próprio grupo social punia este indivíduo por temor à retaliação das divindades ao grupo. “Nesse período, **o castigo não estava relacionado à promoção de justiça, mas vingança**, revide contra comportamento de alguém, abundando penas cruéis e desumanas” (CUNHA, 2017, p.24, grifo nosso).

Mais a frente na linha histórica do tempo, naturalmente, o homem vai evoluir socialmente, embora ainda carregando a vingança como forma punição por condutas consideradas imorais. Reporta Cunha (2017) que em torno do ano de 1700 a. C, na Babilônia, existiu o Código de Hamurabi, que trazia consigo a Lei de Talião, com intuito de aplicar uma forma de punir igualada com a que a vítima sofreu, isto é, **olho por olho, dente por dente**.

De acordo com Cintra; Dinamarco; Grinover (2003), na idade antiga, não existia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, pudesse

garantir o cumprimento do direito, pois não havia leis estabelecidas. Desta forma, constatamos que nessa época não havia leis e normas que pudessem garantir ao indivíduo obter algo de forma segura, se outrem o impedisse de obter. O requerente não tinha apoio e deveria conquistar por si só, através de muitos esforços, ou dependendo de sua posição social.

Caminhando mais um passo na história da humanidade, chegando próximo ao fim da fase de penas com teor vingativo, Moisés apresentou uma evolução nas leis hebraicas, as quais previam penas sem distinção de pessoa para pessoa, independentemente da classe social a qual ela pertencia (Cunha, 2017).

Posteriormente, houve uma evolução considerável com a vinda do Direito Penal da Grécia Antiga. O primeiro homem a legislar em Atenas se chamava **Dracon**, sendo o responsável por tornar a pena de morte como a sanção, cabível para qualquer tipo de delito, não importando qual nível de sua gravidade. Nesse interim, **Pitágoras** passa a usar o raciocínio lógico e cálculos matemáticos para o surgimento de penas com efeito de retribuição ao dano causado. **Platão**, por sua vez, defendia que o intuito da aplicação da pena era de intimidação do agente, não para que o autor do delito sofresse, mas sim para que surgisse melhor efeito na sociedade levando as pessoas a não cometer o mesmo erro de quem sofreu a pena. Por sua vez, **Aristóteles** atribui os delitos à avareza, ou seja, ao desejo de riquezas. Sendo assim, defendia que a solução para a diminuição dos delitos deveria pautar nas bases educacionais para a garantia do bem e do justo na pólis (CUNHA, 2017).

No alvorecer da Idade Média, os bispos conduziam um tipo de inquérito e, se deslocavam até os povoados para realização de interrogatórios, até chegar a um veredito sobre a materialidade e autoria do crime, podendo o acusado confessar posteriormente. Ademais, com o surgimento do Renascimento, período que se passou em meados do século XIV e o fim do século XVI, o homem passa a ser visto com mais dignidade, promovida pela corrente filosófica chamada Humanismo. Os inquéritos, que eram utilizados com dogmas cristãos e procedimentos de tortura, foram sendo pouco a pouco esquecidos (CUNHA, 2017).

Com a chegada da idade moderna e o Iluminismo, a imagem do crime e de seu praticante passa a ser vistos com teor humanitário. **Thomas**

Hobbes e **John Locke** eram contra o absolutismo jurisdicional, desse modo, defendiam que a intenção de aplicar penalidade ao infrator é justamente incentivar o entendimento coletivo, para que outras pessoas não cometam o ato ilícito. **Montesquieu** usa suas obras literárias como forma de criticar o sistema penal, incitando a busca da separação do poder absoluto em três distintos poderes: executivo; legislativo; e judiciário. **Rousseau**, por sua vez, entende que deve haver proporcionalidade entre as sanções e os delitos. **Beccaria** aborda a prisão preventiva em casos oportunos e defendeu o uso de publicidade nas acusações (CUNHA, 2017).

Para fechar nosso histórico, chegamos na idade contemporânea, que teve início com a queda A Idade Contemporânea é um dos períodos da história, e, cronologicamente, iniciou-se em 1789, ano que aconteceu a Revolução Francesa, estendendo-se até os dias atuais.

Martins apresenta em sua obra, pontos que demonstram evolução no direito brasileiro do século XIX, sendo estes referentes à Constituição de 1824:

A Constituição de 1824 previa a proibição de prender e conservar alguém preso sem prévia culpa formada (§§ 8º, 9º e 10 do art. 179), a abolição imediata de açoites, da tortura, da marca de ferro quente e de todas as demais penas cruéis (§19 do art. 179). Estabelece que fosse elaborado um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade (§ 18 do art. 179) (MARTINS, 2018, p.23, grifo do autor).

Nosso país, após viver uma ditadura militar de mais ou menos 20 anos, em 1988 realiza a promulgação da nova Constituição Federal, conhecida por ser uma Constituição mais humanitária, pós-recesso militar, marcado por torturas e mortes, houve uma melhor estruturação no Ministério Público. No artigo 144, §4º da Constituição Federal, dispõe:

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:

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (BRASIL, 1988).

O artigo a seguir deu maior poder e independência ao Ministério Público, trata-se do art. 127, da Constituição Federal que dispõe:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (BRASIL, 1988).

Conforme visto, o direito material e processual penal brasileiro passou por diversas mudanças e adaptações, com o intuito de diminuir as injustiças diante a adequação do processo jurisdicional, objetivando assegurar a segurança jurídica de um indivíduo. Ocorre que a imagem do Direito Penal na história consistia como retaliação contra uma pessoa ou grupos sem haver identificação ou racionalidade na aplicação das sanções executadas pela sociedade.

2. PERSECUÇÃO CRIMINAL: INQUÉRITO POLICIAL E AÇÃO PENAL

Segundo Távora (2018) a investigação criminal compreende duas etapas, a primeira trata-se do inquérito policial, que depois de findada dá espaço a fase processual, cumprindo então com o dever de punir do Estado.

Desse modo, a primeira fase da persecução criminal, é aquela em que os investigadores da Polícia Judiciária realizam as diligências requeridas pelo Delegado de Polícia, com intuito de colher os elementos informativos necessários para elucidar sobre o delito ocorrido. Apesar de o inquérito policial ser uma peça dispensável, é através dela que o Ministério Público tem conhecimento de elementos suficientes para promover a ação penal, ou, caso os elementos informativos demonstrarem ausência de ilicitude, deverá o *parquet* arquivar o caso.

Nestor Távora traz consigo que o inquérito policial seja:

O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestam a sua materialidade (existência), contri-

buindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 128-129).

O Ministério Público toma a iniciativa de mover a ação penal em casos que a vítima ou o próprio órgão toma ciência pela denúncia. A segunda fase da persecução criminal é dada com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, dando início à ação penal pública, que está amparada no artigo 24, da Lei N. 3.689 “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo” (BRASIL, 1941).

A ação penal poderá ser promovida, também, por meio da queixa-crime, sendo este o meio em que o Ministério Público é acionado pessoalmente pela pessoa ofendida, conforme disposto na Lei N. 2.848, art. 100, §2º “A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representa-lo” (BRASIL, 1940). Portanto, é um meio em que a persecução criminal é exercida, respeitando a característica da dispensabilidade da investigação criminal, pois, a própria pessoa ofendida representada por seu advogado acionará o Ministério Público.

De acordo com Brene e Lépure (2017) a persecução criminal se iniciará a partir da notícia crime, que poderá ser por boletim de ocorrência ou de ofício pela autoridade policial. Desse modo, será iniciado o inquérito policial, peça esta que dará conduzirá as diligências com objetivo de colher elementos informativos inerentes ao delito noticiado. Posteriormente, findada as diligências e tendo materiais suficientes, a autoridade policial relatará o inquérito policial – ou pedirá ao *parquet* o arquivamento por falta de elementos informativos – e caberá ao representante do Ministério Público interpretar se caberá ou não o oferecimento da denúncia, dando início à próxima fase da persecução criminal, a etapa processual, com a ação penal presidida pelo Promotor de Justiça.

“A **ação penal** consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, que é antecedida pela atividade preparatória da **investigação**, que tem caráter preliminar e informativo: *inquisitivo nihil est quam informatio delicti*” (BRENE; LÉPURE, 2017, p. 30, grifo do autor).

Da ação penal, tratada no Decreto-Lei N. 3.689 de 3 de outubro de 1941 em seu Art. 24 afirma” Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.” (BRASIL, 1941).

Nesse diapasão, o Promotor de Justiça tendo entendimento de que os elementos informativos colhidos na fase investigativa feita pela Polícia Judiciária são suficientes para denunciar, é iniciada a Ação Penal, a qual pode ser pública condicionada ou não a representação da vítima, ou a ação penal privada. Os elementos informativos colhidos pela Polícia Judiciária passarão, por sua vez, a compor como provas contra o acusado, havendo só então a ampla defesa e contraditório, princípios esses que não podia ser exercido na fase investigativa.

Vale frisar ainda, que a persecução penal, por constituir um instrumento do Poder Público que investiga infrações, deve agir de acordo com o Ordenamento Jurídico Pátrio, de modo que, quando este estabelece princípios como a duração razoável do processo e a segurança jurídica do Estado, torna-se inviável uma duração indefinida para os procedimentos realizados na fase de investigação policial.

Encontram-se dispostas tanto na legislação extravagante, quanto no Código de Processo Penal, regras que tutelam a conclusão do procedimento de persecução penal, momento em que, inicia-se a Ação Penal que utilizará das provas produzidas na fase anterior como ferramentas para a instrução processual.

A nossa Lei Fundamental (BRASIL, 1988) dispõe em seu Art. 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, a legislação age de modo a preservar a presunção de inocência e o direito à liberdade inerente aos investigados garantida pela Constituição Federal. Por esta razão, o tempo de duração do inquérito varia se o acusado estiver em liberdade ou não.

A regra geral que tutela a duração das investigações estabelece no Código de Processo Penal, Art. 10 que:

O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver

preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela (BRASIL, 1941).

Cabe ressaltar, uma vez que estes prazos sejam excedidos, não há prejuízos, diferentemente dos casos em que o acusado esteja preso. Nos casos em que o réu estiver preso e as investigações excederem os prazos estabelecidos pela lei, ocorre o constrangimento ilegal, contra o qual, cabe a impetração de habeas corpus.

Finda a persecução penal, o Delegado de Polícia deverá expor objetiva e impessoalmente os resultados alcançados com a investigação, que deverá ser feito no Relatório de Investigações. A última fase das investigações conclui-se, no momento em que o Inquérito Policial é remetido ao Juiz, juntamente com os instrumentos utilizados no cometimento do delito, bem como quaisquer outros que sejam considerados relevantes para que se realize a instrução definitiva do processo, feita na fase judicial.

Na interpretação de Machado (2020, n.p.)

no sistema tanto o Ministério Público quanto o Poder Judiciário detêm poderes decisórios a respeito do arquivamento da investigação preliminar. Cada qual, no entanto, em uma dada situação do caso penal sob apuração na etapa pré-processual. Frise-se, portanto, que não há uma espécie de legitimação concorrente entre os órgãos ministerial e judicial, mas sim hipóteses distintas de legitimidade conforme o momento específico do procedimento de arquivamento da investigação preliminar.

Ou seja, uma vez recebido o Inquérito Policial pelo Magistrado, este deve dar vistas ao Ministério Público para que o órgão se manifeste no sentido de oferecer a denúncia, solicitar o arquivamento, solicitar diligências ou realiza-las o próprio *parquet*.

3. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público desempenha um papel importantíssimo no que se refere ao cumprimento dos compromissos cívicos contidos na Constituição Cidadã, cuja atuação mais conhecida é a sua atuação no campo

criminal, especialmente como titular de um processo penal. Dentre as mais diversas atribuições do Ministério Público, uma das mais antigas e tradicionais, está profundamente identificada com o papel do promotor, como a entidade que conduz o processo penal, que visa processar pessoas responsáveis pelas acusações de cometer um crime.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 menciona uma série de direitos e garantias adotadas por um modelo penal e processual, na qual o Ministério Público não é o único responsável pela função de acusação unilateral, mas também atuando como garantidor do estrito cumprimento dos direitos e garantias expressos na Carta Magna (BRASIL, 1988).

No entanto, tal ação não se limita à esfera processual judicial, e sua obrigação é inquestionável. Monitorar as atividades dos demais funcionários responsáveis pela primeira fase do processo penal, em especialmente a da polícia.

A CF estabelece em seu art. 144, §1º, IV, que compete exclusivamente à Polícia Federal o exercício das funções de polícia judiciária da União. Ainda no mesmo artigo da Carta Magna, em seu §4º afirma que cabe à polícia civil, chefiada por delegados de carreira, exceto militares. A Constituição da República estipula ainda, que o inquérito policial original diz respeito apenas à Polícia Judiciária (BRASIL, 1988).

O agente do Ministério Público que recolhe elementos para complementar a sua condenação e instaurar o processo penal, atua no âmbito das suas atribuições funcionais com o objetivo de melhor esclarecer os fatos.

Para Rangel (2013), o inquérito policial adquire uma função garantidora e a investigação é necessária para evitar a instauração de uma persecução penal infundada, pelo Ministério Público, ante o fundamento do processo penal, que é a instrumentalidade e o garantismo penal.

A investigação policial é um instrumento utilizado pela polícia por intermédio do estado de acordo com a Lei nº 2.033 de 1871. Esse instrumento é parte integrante das funções administrativas, podendo iniciar processos criminais e controlar investigações pelo Ministério Público em decorrência de que as funções de polícia e jurisdição foram formalmente separadas (BRASIL, 1871). As investigações policiais são uma garantia para impedir

juízos precipitados e errados, que são quando o medo moral causado pelo crime continuar existindo, ou antes, que um resumo preciso dos fatos possa ser feito em uma situação objetiva e subjetiva. Por mais cautelosa que seja a autoridade que conduz a investigação preliminar, ainda durará o medo provocado pelo crime, que está sujeito a erros ou sugestões tendenciosas.

Naturalmente, a Constituição Federal preserva o papel do Ministério Público, quando considera necessário conduzir investigações criminais por meio de procedimentos administrativos próprios, sem obrigar a polícia a proceder a uma investigação ou a iniciar um inquérito, como disposto no agravo abaixo:

Ementa

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL DA CONTROVÉRSIA JÁ DECIDA PELO STF. PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DESDE QUE RESPEITADOS DIREITOS E GARANTIAS DA PESSOA INVESTIGADA (TEMA 184). AGRAVO DESPROVIDO.

1. A controvérsia a respeito da legitimidade constitucional do poder de investigação do Ministério Público está pacificada no âmbito desta Corte. Em 14/5/2015, o Plenário, ao concluir o julgamento do RE 593.727/MG, fixou a seguinte tese: **o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado**, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade sempre presente no Estado democrático de Direito do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”.

2. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Dessa forma, os poderes e prerrogativas do Ministério Público estão regulamentados pela Lei Orgânica do Ministério Público da União, sob a Lei Complementar N. 75, de 20 de maio de 1993. E consta no art. 8º, o seguinte:

Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial (BRASIL, 1993a).

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - LONMP - (Lei 8625/93) art. 26: no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais;

pais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere à alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;

VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinada à prevenção e controle da criminalidade;

VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção (BRASIL, 1993b).

As notificações e exigências previstas neste artigo são encaminhadas pelo Procurador-Geral da República desde que dirigidas ao governador, legisladores e recorrentes.

Os membros do Ministério Público serão responsáveis pelo uso indevido das informações e documentos por ele solicitados, inclusive em processos judiciais sigilosos. As exigências do Ministério Público a qualquer um da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Poderes Municipais, direta, indiretamente ou autoridades, órgãos e entidades da administração pública básica, serão implementadas gratuitamente.

Nas palavras de Diniz; Cambi; Rocha (2016, p. 35)

A Lei Complementar Federal 75/93 já assegura o poder do Ministério Público de requisição direta de informações, inclusive de entidades privadas, conforme o art. 129, inc. VI, da CF. Ressalva-se que eventuais abusos poderão ser corrigidos pela via judicial, por exemplo pela impetração de mandado de segurança, ou mesmo no campo da responsabilização administrativa.

É certo que o Ministério Público tem competência, tanto nos termos da constituição federal, quanto da lei infraconstitucional para conduzir investigações para esclarecer crimes e formular sua opinião a respeito do delito. Neste sentido, seria totalmente ilógico e não faria diferença se um regulamento nacional concedesse ao Ministério Público a exclusividade de uma função jurisdicional que é o instrumento mais importante que o Estado tem para punir os violadores da lei, e não permite que ele realize a atividade por conta própria para obter um subsídio por trazer a propositura da referida ação.

Discute-se ainda, que há um último argumento dos opositores à investigação conduzida pelo parquet, quanto à imparcialidade de um membro do ministério público. A participação de um membro do Ministério Público na fase do processo penal não implica o seu obstáculo ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

CONCLUSÕES

Uma das ferramentas mais importantes do Ministério Público para proteger o sistema jurídico são os atos criminosos. Para conduzir um processo penal justo, é necessário que o poder de investigação criminal não se concentre apenas em uma instituição. Atribuir o poder de investigação ao Ministério de Relações Públicas não significa usurpar o poder da Polícia Judiciária como muitos acreditam, mas significa proporcionar um processo criminal mais justo para o Estado brasileiro, e em conformidade com os princípios constitucionais básicos defendidos por nosso país.

A autoridade que dirige a investigação inicial é perspicaz e cautelosa, enquanto o alarme causado pelo crime continua, está sujeito a mal-entendidos, falsos julgamento *a priori* ou sugestões tendenciosas.

Além disso, a ordenação policial não tem garantia constitucional concedida que apoie o trabalho do Ministério Público, e é possível que, estando hierarquicamente subordinada ao Órgão Executivo, fique sob maior pressão impossibilitando a investigação de crimes cometidos por pessoas relacionadas ao exercício temporário do poder. E há muitos exemplos disso entre nós, como na investigação das décadas de 60 e 70 do infeliz “Esquadrão da Morte”, cujos dirigentes ocupavam cargos alternados na hierarquia policial, contando com a aprovação de alguns que tomaram o poder. Todas as investigações conduzidas pela própria polícia judiciária não conseguiram chegar aos membros do grupo, que continuaram a remover acidentalmente prisioneiros das prisões e covardemente atiraram neles como se fossem senhores todo-poderosos e os cumpridores da lei estivessem subordinados à sua única autoridade.

A investigação criminal conduzida pelo Ministério Público visa apenas acelerar o processo de investigação, tornar o direito do Estado de punir mais ágil e eficaz e, assim, permitir uma maior participação do Promotor de Justiça na produção de provas que se destinam exclusivamente a exprimir uma opinião sobre a conclusão do processo penal, da qual é o titular.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal: promulgada em 3 de outubro de 1941.** 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASILa. Lei Complementar Nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASILb. Lei Nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma) – AG. REG. no recurso extraordinário com agravo: AgRARE0005094-88.2008.8.16.0013. PR – Paraná0005094-88.2008.8.16.0013. 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768160010/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-1005861-pr-parana-0005094-8820088160013?ref=feed>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRENE, B.; LÉPORE, P. **Manual do delegado de polícia civil: teoria e prática** – 5º ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo; ROCHA, Mauro Sérgio. Inquérito Civil: Entre avanços e retrocessos - Análise Crítica do PLS 233/2015. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 3, n. 4, p. 21-49, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RevistaJuridicaMPPR_4.pdf. Acesso em: 18 ago.2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Arquivamento do inquérito policial e controle ministerial, uma antiga proposta. 2020. **Revista eletrônica** Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-04/academia-policia-arquivamento-inquerito-policial-controle-ministerial#_ftnref13. Acesso em: 23 ago. 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Teoria geral do processo** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RANGEL; Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, S.A, 2013.

TÁVORA, Nestor; A. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

O CRIME ORGANIZADO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Horrayka Lorrynny Freitas Silva
Marília Rulli Stefanini

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de reflexionar sobre a construção de um sistema prisional falido e suas implicações no que diz respeito ao crime organizado, donde se aborda uma linha de indícios e falhas existentes.

Foram explanadas as características de como Foucault constituiu a chamada sociedade disciplinar existente no final do século XVIII, bem como suas mudanças disciplinares culminantes sobre o próprio corpo objetificado e de fácil domínio por parte do Estado. Alguns exemplos de locais passíveis dessa disciplina são as escolas, os quartéis e até mesmo os hospitais, pois todos estes ambientes trabalham com uma forma de correção de indivíduos.

Nesse sentido, discute-se a respeito da Dignidade Humana e sua relação com o sistema penitenciário brasileiro, pois, em sua grande maioria, esses estabelecimentos penais afiguram-se como um local insalubre, infestado de ratos, baratas, mofos, falta de higiene e uma alimentação precária. Assim, resta nítida a forma inconstitucional com que o próprio Estado tutela o sistema prisional e a dignidade daqueles que se encontram custodiados por ele.

Abordamos, também, o fomento de certa ‘rebeldia’ dentro das penitenciárias por parte dos encarcerados, pois esses (em alguns casos), na busca de condições melhores até mesmo para seus familiares fora do sistema, associam-se ao crime organizado, que, por sua vez, diz respeito a atividades demasiadamente especializadas e lucrativas, como, por exemplo, corrupção, tráfico, lavagem de dinheiro e muitas outras. Assim, as organizações criminosas vão crescendo, se aperfeiçoando e se fortalecendo.

Essa criminalidade organizada vem se alastrando cada dia mais, até mesmo em razão do crescimento do tráfico, pois o Brasil está situado, para muitos, estrategicamente entre o continente Europeu e os maiores países produtores de drogas. É fato que o crime organizado aproveita da

carência e da precariedade do sistema prisional, para “recrutar” seus membros, que buscam obter lucros e oferecer ‘proteção’ para a família que se encontra fora das grades.

São explanadas considerações descritas por Foucault, bem como efeitos do abandono estatal no sistema carcerário brasileiro, como, por exemplo, a transição de indivíduos condenados por delitos ‘leves’ para a figura de líder das chamadas organizações criminosas.

1. FOUCAULT E A DECADÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL

Com a ideia de se criar algo que pudesse com eficácia fazer com que os indivíduos se tornassem pessoas disciplinadas, no final do século XVIII Foucault constituiu a chamada sociedade disciplinar, que tinha como base o controle do que o indivíduo poderia ou não fazer, versando sobre elementos que a própria sociedade utilizava para disciplinar esse indivíduo, fazendo uma distribuição de corpos em espaços para que se tornassem submissos e exercitados, como exemplo, o que é feito em um quartel (PAIVA, 2012).

Para Paiva, Foucault considera o soldado como o melhor exemplo desse método disciplinar, pois este afigura-se num corpo que nitidamente pode ser moldado por meio de treinamentos, e assim sua obediência pode ser reproduzida na sociedade (PAIVA, 2012).

Nesse sentido, Foucault acredita que os processos disciplinares sempre existiram, por exemplo, em escolas, conventos e exércitos, nos quais é seguido um modelo disciplinar com horários definidos, filas para adentrar em certos locais, salas em divisão e um rígido processo educacional, donde os quartéis e fábricas seguem o mesmo ideal. No entanto, é possível dizer que no século XVIII essas ‘disciplinas’ mudaram, transformando o nosso próprio corpo em algo de domínio pelo poder estatal, podendo ser mudado conforme necessidade. Nesse mesmo século, os hospitais não seguiram um modelo diferente, pois era um local de correção e assistência aos pobres, doentes e loucos, assim como tinham uma forma de exclusão, pois aquele considerado pobre e portador de alguma doença, grave e contagiosa, era isolado dos demais (FOUCAULT, 1987).

No século XVII, foram criadas as primeiras instituições disciplinares, nas quais não se internavam somente ‘loucos’ e pobres, mas também

aqueles que eram considerados ociosos à margem da sociedade. Tudo era ocasionado como uma forma de poder sobre o lado mais fraco, em que o Estado mantinha o poder sobre os pobres e doentes e, por conseguinte, o indivíduo considerado louco era submetido ao poder do médico, pois o internava separado dos demais e ainda trabalhava com o seu conhecimento específico para fazer cessar essa ‘loucura’ (FOUCAULT, 1987).

Em todos os locais possíveis de se manter um processo disciplinar de indivíduos, se fundamenta uma divisão de espaço para coordenar e localizar da melhor e mais rápida maneira um corpo presente, de acordo com o Foucault:

O espaço disciplinar tende a se dividir em tantas parcelas quanto corpos ou elementos há repartir. É preciso anular os efeitos das repartições indecisas, o desaparecimento descontrolado dos indivíduos, sua circulação difusa, sua coagulação inutilizável e perigosa; tática de antideserção, antivadiagem, de antiaglomeração. Importa estabelecer as presenças e ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um (FOUCAULT, 1987, p. 169).

Seus apontamentos, apesar de antigos, ainda são bem atuais, já que suas críticas à disciplina posta pelos franceses ainda é seguida em nossa sociedade, pois foi elaborada para nos ‘educar’ desde a infância, obedecendo à hierarquia do poder, à medida que, por exemplo, devemos fazer filas em ambientes escolares, bem como quanto às vestes que somos obrigados a usar de forma uniformizada, dentre outros fatores.

Assim, seguimos uma dinâmica disciplinar criada com regras rígidas e caracterizada pela obediência do indivíduo para com o poder dotado de punição, passado de geração para geração. Dessa forma, mesmo que inconscientemente, seguimos ‘à risca’ toda a coerção imposta sobre nós desde séculos atrás, com ordens oriundas de autoridades dentro de lugares exclusivos como uma forma de educação e disciplina (PAIVA, 2012).

Foucault tem como base inicial, para um processo disciplinar, a vigilância hierárquica, que tem a punição como um de seus principais pontos. Trata-se de uma distribuição de pequenos poderes comandados por autoridades superiores que, através de sua hierarquia, instituem

ordens e normas a fim de disciplinar corpos, de acordo com os espaços em que estão (FOUCAULT, 1987).

Dessa forma, eles têm o controle dos gestos, ações, atividades e tudo o que possa ser realizado no cotidiano. Portanto, é compreendido que essa vigilância hierárquica tem o poder suficiente para disciplinar e moldar seus indivíduos no espaço, e a punição surge como uma forma de corrigir todo e qualquer deslize desses sujeitos, para assim manter a organização e os interesses de toda a sociedade (ou do poder), ou seja, quanto mais um indivíduo é observado, mais se pode ter controle pleno sobre ele (PAIVA, 2012).

Neste giro, Foucault usou o modelo “panóptico”, criado pelo jurista inglês Jeremy Bentham, para criticar a sociedade disciplinar do século XIX e a história da violência nas prisões, que tem como significado o controle, como, por exemplo, o edifício que coloca um posto de guarda para cobrir todo o local, ou seja, quem vigia pode observar e controlar todos aqueles que estão dentro de um determinado lugar. A motivação de ambas as partes foi a mesma, qual seja, a situação precária existente nos sistemas penitenciários da década de 70 (FOUCAULT, 1987).

Com o galgar dos anos, a sociedade já não tolerava mais indivíduos que não produziam e assim perseguia os delinquentes e mendigos, gerando um caos ainda maior, pois com as crescentes rebeliões populares, que eram o meio da população demonstrar sua indignação, veio o assunto principal das críticas relacionadas às penitenciárias, qual seja a superlotação, a falta de segurança, de ventilação, higiene e grande transmissão de doenças (PAIVA, 2012).

O que Foucault trouxe a partir do panóptico de Bentham se sustentou com o princípio do modo hospitalar existente no século XVIII, pois ele trabalhou durante um período no hospital psiquiátrico e observou como era feita a vigilância dos doentes e assim percebeu que se adequava ao mesmo modelo exercido pela nossa sociedade, assim o panoptismo fabrica efeitos homogêneos de poder em qualquer área, seja sobre um doente, operário, etc. O panoptismo fez perceber que vigiar se tornou mais eficaz do que punir, ou seja, uma forma de prevenção, assegurando a eficácia de formas disciplinares para o desenvolvimento da economia sobre a sociedade (FOUCAULT, 1987).

Destarte, Foucault ao analisar diversos sistemas punitivos, concluiu que o sistema de punir moderno é a pena privativa de liberdade, em centros prisionais, afim de distribuir os indivíduos no espaço, vigiar estes e os modelar, conforme necessita o poder.

A prisão, dita civilizada, criada pelas sociedades disciplinares, deveria ter o um regime funcional para mudança de comportamento no sentido benéfico e com o objetivo de reformar os indivíduos, porém esse regime se tornou ineficaz por conta de diversos fatores que apareceram no decorrer do tempo e, mesmo que tenha uma função de correção para tornar os indivíduos aptos para a sociedade, só fez com que esses continuassem cometendo os mesmos delitos que cometiam fora da prisão, como, por exemplo, os presos detidos por crimes leves no mesmo espaço que aqueles que foram mais gravosos. (PAIVA, 2012).

Nessa mesma linha de raciocínio, Foucault questiona o sistema prisional e ainda se pergunta como a sociedade aceita uma instituição que foi criada para ‘corrigir’ um indivíduo, mas só o transforma ainda mais em delinquente e assim traz três princípios que esclarecem essa aceitação: o isolamento; a utilização do trabalho; e a modulação da pena. Dessa forma, o isolamento serve para reflexão do preso desde que esse se encontre sozinho com sua consciência. Já a utilização do trabalho trata da relação disciplinar para com o preso, fazendo com que ele produza a ponto de esquecer a vida de crimes perante a sociedade e se arrependa; enquanto a modulação da pena diz respeito às variações em que ela pode se encontrar, relativas em como ocorreu o delito e quem o cometeu, trazendo assim uma punição individualizada para cada pessoa (FOUCAULT, 1987).

Desta feita, tem-se que o sistema prisional atual interfere na vida do preso com o intuito de o ressocializar (termo utilizado pela Lei de Execução Penal), mas deixa de lado o fato de que um estabelecimento que põe fim ao pouco de dignidade que ainda resta ao apenado não está nem próximo de ser um ambiente que traga alguém novamente para a vida em sociedade.

De acordo com suas várias análises, Foucault conclui que o sistema prisional é o principal responsável pelo fracasso na ‘ressocialização’ do preso, pois facilita a reprodução de delinquência dentro do encarceramento e, mesmo que a prisão seja a única solução para que a sociedade

consiga lidar com os criminais, o espaço destinado à ‘reabilitação’ traz o seu oposto, pois é nele que se modela ainda mais o indivíduo criminoso (FOUCAULT, 1987).

A legislação traz como exemplo a recuperação de menores infratores, pois se entende que esses sujeitos são muito mais passíveis de serem moldados, já que ainda se encontram em processo de construção de personalidade, mas infelizmente contém a mesma falha carcerária das prisões para adultos, pois as poucas instituições existentes pra essa recuperação também contam com as superlotações, a insalubridade e a falta de estrutura básica para reabilitar menores (PAIVA, 2012).

Em razão disso, a privação da liberdade, e o fato de que são raras as vezes em que os presos ocupam sua mente produzindo, faz com que se limitem a formarem grupos organizados para comandarem, por exemplo, tráfico dentro da própria prisão. Há que se falar na possibilidade de contribuição desses crimes por parte da própria corporação policial e de seus agentes penitenciários, que ao invés de serem autoridades para manter a ordem, alguns são, por exemplo, corrompidos por meio de propinas e formam uma espécie de barreira contrária, que só faz facilitar a desorganização, cometem torturas e ajudam a semear o caos (PAIVA, 2012).

Convém frisar que, Segundo Foucault, o trabalho e a educação devem ser fundamentais na reabilitação do preso, sendo também assistido por alguém especializado até que fique completamente sociável de novo; enquanto isso não for colocado em prática, a delinquência só se fortalecerá e, dessa forma, alguém que é abandonado pelo Estado e pela família dentro do sistema prisional pode se tornar uma pessoa bem mais vulnerável para voltar à criminalidade do que quando foi aprisionado, pois no mundo afora bate de frente com um muro, onde não recebe nenhuma oportunidade de voltar ao convívio social (FOUCAULT, 1987).

A prisão é a prova de que o sistema prisional é de uma completa decadência, que, por vezes, afunda ainda mais o indivíduo na marginalidade e ainda evidencia a luta contra o preconceito, que faz com que além do abandono Estatal, a sociedade não possibilite a oportunidade de emprego e convívio social de um ex-detento.

2. A ASSISTÊNCIA SOCIAL, JUDICIÁRIA E O ABANDONO GOVERNAMENTAL PARA COM AS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS

Embora seja função do Estado garantir a segurança pública, o bem estar da sociedade e provimento de todos os direitos do cidadão, este não alcança com eficácia esse objetivo e um dos maiores exemplos disso está presente no sistema carcerário do país. A pessoa que comete qualquer tipo de delito torna-se reclusa e a partir disso se encontra sob total custódia do Estado, o que a faz perder sua liberdade de ir e vir, e assim tirada do convívio social, é levada para uma instituição estatal e submetida a seguir uma rígida disciplina que objetiva a sua ressocialização. Dessa forma, toda e qualquer situação que cause dano à integridade física e moral de um preso é de completa responsabilidade do Estado e sua omissão a respeito dessa proteção torna devida a indenização por morte até mesmo em casos de suicídio, o que evidencia o despreparo do sistema penitenciário (VIAPIANA, 2020).

Para elucidar ainda mais a vida de um apenado é necessário ater-se como o quesito da dignidade da pessoa humana é bastante amplo, pois envolve um complexo de direitos, deveres e funções básicas inerentes a assegurar condições existenciais mínimas para uma vida digna e saudável, tal como usufruir do acesso à educação e saúde, reduzindo a pobreza e a desigualdade social, viabilizando uma convivência harmônica, pacífica e produtiva entre todos na sociedade (MOTTA, 2013).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é capaz de garantir que todo e qualquer indivíduo seja merecedor de respeito e, principalmente, possuidor do direito de ser protegida pelo Estado, não importando sua origem, estado civil, raça, sexo, idade ou situação financeira. Se tal dignidade humana fosse realmente respeitada, a ressocialização de um ex-detento seria um método mais eficaz. Conforme visto alhures, o sistema prisional tem o objetivo de coibir a liberdade de ir e vir do cidadão que infringiu ou ofendeu a ordem pública, fazendo com que nesse lapso temporal de recolhimento possa o detento ser castigado e reflita sobre o sua conduta ilegal (MOTTA, 2013).

O Estado tem como objetivo garantir o direito de ir e vir de cada indivíduo, mas se tratando de prisão, durante tal a privação desse direito do apenado, o melhor a ser feito é trabalhar medidas assistenciais que o

orienta a retornar ao convívio social e enfraqueça a chance de reincidência de delitos (VIAPIANA, 2020).

Tais medidas essenciais buscam, na teoria, a assistência jurídica que assegura ao preso o gozo de seus direitos como a produção de provas no curso do procedimento, a autodefesa, o duplo grau de jurisdição, garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo legal; a assistência à saúde que prevê e remedia os problemas de saúde com acesso a medicações necessárias; assistência material com fornecimento de boa alimentação e instalação higiênica; assistência educacional que trata do acesso do preso a instrução escolar e formação acadêmica; assistência religiosa que assegura a liberdade da profissão de fé e a assistência social, que ampara o preso para seu retorno à liberdade no seio comunitário (VIAPIANA, 2020).

O art. 10 da Lei de Execuções Penais dispõe: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (BRASIL, 1984).

Na prática acontece exatamente o contrário, pois o abandono estatal para com o encarceramento é nítido, ao passo que falta engajamento financeiro e político para essa melhoria, o que, por vezes, insurge em indivíduos revoltados, ocasionando rebeliões e motins. Este caos conta também com torturas e diversas outras violações que transtornam ainda mais o local como o abandono em relação às celas superlotadas que trazem uma taxa gigantesca de 166%, com 729.949 presos para 437.912 vagas nos presídios, sem contar a infestação de ratos e baratas, celas insalubres, mofadas, falta de infraestrutura e de higiene, alimentação precária, inclusive em penitenciárias femininas, que trazem mulheres deprimidas e desassistidas sem sequer a possibilidade de fazer um exame preventivo, o que ocasiona doenças graves, transtornos afetivos, dentre outros, levando a tona danos irreversíveis, tal como o suicídio (CRUZ, 2016).

Leciona Fernando Capez (2012, p.64):

É de conhecimento público e notório que vários presídios apresentam celas imundas e superlotadas, sem qualquer salubridade. Nesses locais, em completo desacordo ao estipulado em lei, inúmeros sentenciados contraem enfermidades graves, além de sofrerem violências de toda ordem.

O próprio Estado faz tornar-se inconstitucional o modo como sobrevive um condenado no sistema prisional, o que contraria a própria Constituição, que, no mínimo, deveria preservar e tutelar de forma efetiva a dignidade da pessoa humana. Contudo, esse sistema carcerário também enfrenta um grande colapso relacionado à opinião da sociedade, pois qualquer forma de garantia mínima e humana para um detento é mal vista pelo povo. É notório que a Lei de Execução Penal – LEP estabelece diretrizes básicas a serem cumpridas pelas penitenciárias, a fim de garantir um tratamento humano que possa fazer com que o detendo ‘pague’ por sua parcela de culpa e esteja pronto para integrar novamente a sociedade (PRADO, 2016).

Dentre elas é importante ressaltar o artigo 88, que dispõe da seguinte forma sobre a habitação do apenado:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados) (BRASIL, 1984).

É imprescindível a menção de tal artigo, pois este é o que mais contraria a realidade existente no sistema carcerário nacional, nota-se que tais condições são consideradas mínimas para a existência humana, desta forma pode-se concluir que o tratamento recebido pelos apenados é desumano e deplorável, haja vista que o atual sistema não corresponde com o que a lei dispõe.

No entanto, o descrédito de uma ‘reabilitação’ é inevitável, e a soma de todos esses fatores dificultam um ex-detento de reconstruir uma vida social, principalmente no que diz respeito ao ambiente laboral, ou seja, o abandono por parte do Estado é o mais gravoso em razão das lesões diretas a direitos que devem (ao menos deveriam) ser tutelados pelo Estado enquanto o condenado permanecer sob sua custódia no sistema penitenciário (ZANOTTO; RUSSOWSKY, 2020).

Por conseguinte, a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) traz a importância de existirem penitenciárias com condições dignas de

sobrevivência e direitos fundamentais garantidos e respeitados, donde cita também a capacidade e a responsabilidade do Estado para com a reabilitação do apenado. Porém, enquanto os encarcerados não passarem de uma simples e degradante estatística prisional para o Estado, este continuará em suas péssimas condições e jamais alcançará o seu propósito de estabelecer o mínimo de dignidade humana para aquele que se encontra sob a total custódia do governo (PRADO, 2016).

A aplicação correta do ordenamento penal brasileiro, a efetiva aplicabilidade de penas alternativas e a correção na aplicação das prisões cautelares que pelos magistrados são concedidas absurdas e excessivamente, são vistas como algumas das soluções para a redução do número desnecessário de encarcerados. Conforme leciona Rogério Greco (2015, p. 229):

O sistema penitenciário ressenete-se da falta de classificação dos presos que nele ingressam, misturando delinquentes contumazes, muitas vezes pertencentes a grupos criminosos organizados, com condenados primários, que praticaram infrações penais de pequena importância. Essa mistura faz com que aquele que entrou pela primeira vez no sistema, ao sair, volte a delinquir, ou mesmo que seja iniciado na prática de infrações penais graves, por influência dos presos que com ele conviveram durante certo período.

Todavia, não se vê possíveis caminhos fora da prisão para esses ex-detentos, pois o abandono do Estado, a falta de projetos, programas sociais eficazes e o preconceito da sociedade aumentam a possibilidade de uma reincidência ao passo que corroboram a intensificação criminal (PRADO, 2016).

3. O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

O crime organizado no Brasil diz respeito a quadrilhas qualificadas com estrutura complexa, bem definida, divisão de tarefas, sofisticação e especialização. O artigo 288 do Código Penal prevê o crime de formação de quadrilha, nos seguintes termos:

Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
Pena – reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado (BRASIL, 1940).

Existem três momentos diversos relacionados ao desenvolvimento do Crime Organizado brasileiro. No primeiro, houve no sistema carcerário a união dos presos políticos e dos ladrões de banco, isso nos fins dos anos 1970; no segundo, houve a difusão e a ampliação do tráfico de entorpecentes e, no terceiro e último surgiram as organizações formadas no sistema prisional de São Paulo. Conforme leciona Edmundo Campos Coelho:

Os assaltos a bancos surgiram no fim dos anos 60 pela ação de grupos de ativistas políticos envolvidos na guerrilha urbana. Logo, criminosos comuns organizaram-se com o mesmo propósito. O Decreto-Lei 898, de 29.09.1969, enquadrava a todos, assaltantes comuns e os que agiam com finalidades políticas, no mesmo dispositivo legal. Enquadravam-se todos na Lei de Segurança Nacional. E juntos foram aprisionados no Instituto Penal Candido Mendes, no Rio de Janeiro”. Na população carcerária surgiu, na década de 1970, o grupo identificado como “Coletivo”, e depois denominado “Leis de Segurança”, no presídio da Ilha Grande com o intuito de reivindicar necessidades não atendidas pela administração carcerária. Eles criaram uma “caixinha” para adquirir objetos de uso pessoal, selos, material de higiene para os presos. Além disso, “enfrentavam a administração do sistema com greves coletivas de fome, cartas de denúncia de maus-tratos e uma permanente exigência de respeito aos direitos do preso” (COELHO, 1978, p. 153).

Em alguns casos, é notável o grande preparo e a maestria existente com que essas organizações e grupos estabelecem para a prática do crime, o que em alguns casos, faz com que se passem por organizações legítimas. Dedicados a atividades criminosas, esses grupos integram o chamado crime organizado, possuindo um enorme poder econômico, globalização e livre comércio dessa economia, o que tende a favorecer movimentações relacionadas a esse dinheiro no mundo todo. Um dos exemplos mais utilizados para referência desse tipo de crime é o tráfico de drogas, sendo considerado a maior e mais importante fonte de renda e de sobrevivência dessas facções, o que os fazem controlar redes de distribuições de drogas em grandes centros urbanos como em São Paulo e Rio de Janeiro, contudo não é o único. Existem outras atividades que

também requerem grande preparação e cooperação de todos os envolvidos, como jogo ilegal, mercado de contrabando e roubos em larga escala, o que enfatiza a cooperação sistemática entre as partes envolvidas como a principal característica do crime organizado (MOREIRA, 2019).

Outra das principais atividades ligadas ao crime organizado é a lavagem de dinheiro, que consiste na troca do dinheiro ‘sujo’ obtido por meio do crime, por investimentos vindos de fontes de renda limpa e legais, isto é, o dinheiro que se obtém ilegalmente é empregado em investimentos legais, para que assim o grupo criminoso continue obtendo rendimentos com aquele dinheiro dito sujo, mas sem os riscos e consequências ligados propriamente ao crime. Ademais, a consolidação do poder efetivado através da violência e a cooperação de órgãos institucionais envolvidos seja pela omissão ou pela corrupção são também fatores determinantes nessa ligação. Nesse meio existe todo um esquema com divisão de tarefas, remuneração, disciplina e promessa de crescimento, tanto econômico quanto em relação ao reconhecimento dentro do grupo (LARA, 2019).

O que culmina no surgimento de organizações criminosas é o fato dessas na maioria das vezes se tornarem mais presentes e eficazes do que o próprio Estado, e a inércia deste para com o seu cumprimento de garantia dos princípios e da dignidade humana só faz alavancar o sucesso dessas organizações. A falta de ações do Estado faz com que surjam novas formas de poderes, pois se o Estado não impera seu poder-dever, outras forças assim o farão (MOREIRA, 2019).

A inércia do Estado abriu brechas e favelas cariocas foram dominadas por várias organizações que ditam regras dentro delas, as quais, muitas dessas, confrontam o Estado, porém em determinadas vezes, é justamente pela interposição do Estado para com o crime organizado, através da corrupção, do clientelismo e da violência, é que se é possível a consolidação e a manutenção do poder territorial feito por essas organizações; à vista disso é que o tráfico de drogas no Rio de Janeiro é comandado por disputas pessoais e comerciais entre facções inimigas (LARA, 2019). Ainda na visão de Lara (2019), um fato grave e alarmante está relacionado ao envolvimento de crianças e adolescentes com o tráfico de drogas, denominadas crianças-soldado, que recebem pelo serviço prestado, seja em dinheiro ou

alimentação. E devido ao medo receado por conta das facções dominantes e também da polícia são instigados a se envolverem.

Existem também outros fatos que fazem do Brasil um autêntico território para o desenvolvimento do crime organizado e uma delas está no fato do país se encontrar estrategicamente entre o continente Europeu e os maiores países produtores de drogas. Por consequência, isso faz o Brasil ser rota de transporte de parte da droga produzida no Peru e na Bolívia, cujo destino é o velho continente, sendo esta cruzada entre territórios por meio do ar, da água e pela terra. O tamanho das fronteiras territoriais do Brasil também é um fator de facilidade para esse tipo de operação, pois o país faz fronteira integralmente com 9 nações, estando os maiores produtores de drogas do mundo entre elas, sendo que, ainda, o que bonifica o negócio sustentáculo do crime organizado é que são quase 17 mil km de fronteiras que complexificam a fiscalização por parte da polícia federal (BATISTA, 2018).

Organizações Criminosas atualmente é um tema de elevada discussão, mas a julgar pela legislação n.º 9.034/95, já alterada pela Lei n.º 10.217/01, em momento algum define o que é Organização Criminosa, o que torna o debate bem pouco minucioso quanto ao assunto. Partindo da iniciativa de que as facções criminosas imperam seu poder justamente pela falta de posicionamento do Estado, é notável que aqui jaz a principal porta que mantém as organizações criminosas ativas, pois quando o Estado se torna inerte para com a situação, favorece essas organizações para que assim operem como bem quiserem. Isto quando, o próprio Estado ajuda, seja protegendo, apoiando, conivente ou até mesmo participando de forma direta ou indireta, causando facilidades para que as atividades ilícitas sejam continuadas. Assim, em alguns casos, o próprio Estado passa a constituir a organização criminosa (SANTOS, 2010).

Ainda para Santos (2010) a principal ponte que interliga todo o mencionado anteriormente e a prática fácil com que as organizações criminosas trabalham, reside, por vezes, em um Estado conivente com o crime organizado, seja na falha do seu sistema, no abandono para com o encarcerado, na insuficiência financeira, na falta de políticas públicas para os presídios brasileiros ou pela corrupção propriamente dita.

CONCLUSÕES

Nota-se que há um processo de disciplina aplicado aos indivíduos relacionados à história da humanidade, pois, no final do século XVIII, Foucault elaborou estudos a respeito desse controle exercido pela sociedade disciplinar, que trazia corpos submissos e obedientes a comandantes que determinavam o que deveriam ou não praticar.

As críticas feiras por Foucault são discutidas ainda nos dias atuais, parte dos doutrinadores criticam suas ideias afirmando que o mesmo apresenta defeitos das unidades prisionais sem estabelecer soluções para tais, mas o que é considerado sobre seus ensinamentos são as análises feitas e afirmadas em suas obras, apresentando a veracidade das condutas praticadas, tendo em vista que tais condutas não condizem com a teoria, na qual tudo se encaixa.

Todos os locais que abrigam comportamentos, tais como filas, vestimentas de forma uniformizada, ou determinada rotina são considerados locais destinados à construção de disciplina, encontrando-se nesse grupo o método adotado pelo sistema prisional. A reabilitação do preso deve ser feita com aplicação adequada de educação e trabalho, afim de que seja um meio de apresentar aos privados da vida social a possibilidade de reinserção na sociedade, adequando princípios e práticas capazes de reiterar o mesmo em sociedade sem ferir sua dignidade.

Destarte, a função do Estado deve ser a de garantidor da Dignidade Humana, mas contrapondo o que se lê na prática, o indivíduo ao se encontrar privado da vida pública se depara com um sistema prisional precário, escasso infraestrutura, higiene e alimentação. Assim, dá-se início a uma ressocialização deficitária, sem proteção à vida e integridade, bem como ineficiente.

Por conseguinte, o abandono estatal e a falta de investimento político e financeiro torna inconstitucional o modo como se vive um apenado, afetando a sua dignidade. Dessa maneira, o sistema prisional com sua precariedade traz revolta entre os próprios encarcerados, pois estes acabam por montar facções criminosas para solucionar problemas que encontram dentro e até mesmo fora dos presídios, a segurança das famílias do outro lado das paredes prisionais.

Diante o exposto, tem-se que as organizações criminosas que trabalham com a complexidade sistêmica, são passíveis de boa estruturação, divisão de tarefas, busca de pessoas especializadas, dentre outras especificações, para executarem condutas que sejam bem definidas e de preferência não suscetíveis a erros. A criminalidade praticada pelas organizações criminosas avançam de forma significativa com o decurso do tempo, e as consequências tornam-se cada vez mais impactantes na sociedade como um todo, o que dificulta o trabalho do Estado para combatê-las, o que é evidenciado pela intensa e fatigante situação que os responsáveis pela segurança nacional enfrentam.

Em virtude de tudo o que foi apresentado, tem-se que a ponte principal que liga os apenados com as organizações criminosas, em grande escala, é o próprio Estado, em razão da fragilidade e ineficácia da sua política criminal de ressocialização.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. A responsabilidade civil do Estado no tocante aos presos. **Revista Âmbito Jurídico**. 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-40/a-responsabilidade-civil-do-estado-no-tocante-aos-presos/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BATISTA, Pollyana. **Crime organizado no Brasil; origem e modo de operação**. Disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/crime-organizado-no-brasil/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 1.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado**. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/7311174/Codigo_Penal_Comentado_2012_Fernando_Capez. Acesso em: 06 mai. 2020.

COELHO, Edmundo Campos. **A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade**. ed. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1978. 153 p.

CRUZ, Antonio. **A visão social do preso**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-preso>. Acesso em: 06 mai. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 1987. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf. Acesso em: 06 mai. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** - v. 1. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015. 229 p.

KALLAS, Matheus Rodrigues. **A falência do sistema prisional brasileiro: um olhar sobre o encarceramento feminino**. 2019. 28 f. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_62.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

LARA, Rafael de Rezende. **Crime Organizado Brasileiro**. 2019. Disponível em: <https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/27623/crime-organizado-brasileiro>. Acesso em: 07 mai. 2020.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **A realização do sistema prisional brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso: 19 jun. 2020.

MARTINES, Fernando. **Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/brasil-lotacao-carceraria-166-15-mil-mortes-presidios>. Acesso em: 06 mai. 2020.

MOREIRA, Ana Selma. Penitenciariismo: a controvertida relação entre o crime organizado e a dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/10684>. Acesso em: 19 jun. 2020.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. **A dignidade da pessoa humana e sua definição**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

OLIVEIRA, Cida de. **Abandono, desamparo e doenças agravam punição às mulheres nas prisões brasileiras**. 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2020/03/abandono-desamparo-e-doencas-agravam-punicao-as-mulheres-nas-prisoos-brasileiras/>. Acesso em: 05 mai. 2020.

OLIVEIRA, Lucas. **Crime organizado**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/crime-organizado.htm>. Acesso em: 07 mai. 2020.

PAIVA, Franceil de Nascimento. Vigiar e Punir: o sistema prisional na visão de Foucault. 2012. Disponível em: <https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1485/1/FrancileidePaiva.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2020.

PRADO, Rodrigo Murad do. **A assistência ao preso e ao egresso na Execução Penal**. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/423932625/a-assistencia-ao-presos-e-ao-egresso-na-execucao-penal>. Acesso em: 05 mai. 2020.

SANTOS, Danielle Negreiros dos. **O crime organizado e o estado desorganizado**. 2010. 70 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Universidade Vale do Rio Doce. Governador Valadares, 2010. Disponível em: <http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Ocrimeorganizadoeostadodesorganizado.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

VIAPIANA, Tábata. **Estado tem dever de proteger detento, inclusive contra si mesmo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/estado-dever-proteger-detento-inclusive-si-mesmo>. Acesso em: 04 mai. 2020.

ZANOTTO, Daiane Rodrigues; RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O sistema penitenciário brasileiro e a atual ineficácia na finalidade da pena em ressocializar os Condenados no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-194/o-sistema-penitenciario-brasileiro-e-a-atual-ineficacia-na-finalidade-da-pena-em-ressocializar-os-condenados-no-brasil/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Leandro Paula de Queiroz
Patrícia Cardoso Medeiros de Castro
Sueli da Silva Aquino

INTRODUÇÃO

O trabalho discorrerá de forma analítica sobre a influência dos meios de comunicação midiáticos nas decisões do Tribunal do Júri, demonstrando a poder persuasivo da mídia quando atua como instrumento estabelecedor de pré-julgamentos, construindo réus antes mesmo de concluído o processo, dando origem à condenações prévias que geralmente veem de encontro com a sensação de vingança por parte da opinião pública.

A influência da mídia é fato evidente na atualidade, a ponto de ferir o princípio da presunção de inocência, instituto este que é apresentado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, onde é nítida a proclamação de que ninguém será considerado culpado de um crime até que ocorra o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Constantemente, inúmeras notícias e fatos são divulgados com a intenção de determinar regras, moldando e manipulando opiniões e posicionamentos, propondo inclusive mudanças na legislação penal brasileira, acreditando ser, tais medidas o caminho para a construção de normas penais mais severas e eficientes.

Desta forma, é importante analisar a atuação da mídia na cobertura jornalística de crimes dolosos contra a vida, quanto a influência nas decisões jurídicas do Tribunal Popular, principalmente aqueles de grande repercussão e apelo emocional. O trabalho apresenta o poder dos veículos midiáticos (televisão, rádio, internet, imprensa escrita, etc.) no sistema penal brasileiro, impondo suas leituras e análises do caso concreto, espetacularizando os eventos delituosos. A pesquisa apresentará dois casos concretos, apontando e apresentando os aspectos manipuladores dos veículos midiático, apontando para fatos históricos que ilustram a capa-

cidade que a exposição midiática possui em contribuir para a absolvição ou condenação do réu em casos de crimes contra a vida.

Em alguns casos a decisão pode tomar como base, informações jornalísticas por vezes infundadas, muitas carregadas de elementos passionais que permeiam o campo da subjetividade por parte de uma opinião pública com anseio de vingança e não de justiça. Quando isto ocorre, os fatos trazidos nos atos são colocados em segundo plano, antes mesmo do contraditório.

O trabalho está estruturado em três partes: a primeira expõe breves apontamentos acerca do Tribunal do Júri, trazendo à tona as principais características do mesmo, a segunda, discute da capacidade de manipulação da mídia no que se refere aos julgados do Tribunal do Júri; e, por fim, apresenta dois casos emblemáticos que servirão de exemplo de como a mídia pode influenciar nas decisões do Tribunal do Júri: os casos Isabela Nardone e Daniela Perez.

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri é utilizado nos casos em que ocorrem crimes dolosos contra a vida, ou seja, homicídio doloso, aborto, induzimento ao aborto, instigação ou auxílio a suicídio e em casos de infanticídio.

Segundo Alves e Neto (2015, n.p):

No Brasil, o crime doloso contra a vida é a única espécie de ilícito penal que tem previsão para ser processado e julgado perante os juízes populares. Destarte, a priori, poder-se-ia parecer “injusto” delegar a pessoas leigas esta árdua tarefa de decidir acerca da existência de autoria e materialidade do crime que, é cediço, mais choca a sociedade.

Todavia, por um estudo mais aprofundado deste controverso instituto do Júri, depreende-se que, se não fosse pela ótica desvinculada dos jurados às regras do Direito, a Justiça, no sentido mais social e menos técnico da palavra, deixaria de ser observada.

Encontra-se no Dicionário Técnico Jurídico Rideel de autoria de Deocleciano Torrieri Guimarães (2013, p. 644) a seguinte definição de tribunal do júri:

Presidido por magistrado de carreira e composto por 21 juízes de fato (leigos) ou jurados, sete dos quais são escolhidos para compor o Conselho de Sentença (q.v). É um tribunal popular, competindo aos jurados decidir sobre a existência ou não do ato delituoso e sua punibilidade; e ao juiz cabe aplicar, graduar a pena.

O Tribunal do Júri desde o início teve o objetivo de conceder uma maior democracia ao processo jurídico, visto que, o júri popular é composto por indivíduos leigos em matéria de direito penal e processual, devendo então analisar e julgar o fato delituoso de acordo com suas convicções.

Segundo Barbosa (2019, p. 27):

O júri é considerado uma garantia humana fundamental formal, pois sem a sua existência ainda seria possível o julgamento por juízes togados. O tribunal do júri é uma influência da Constituição americana que é considerada como garantia indispensável ao cidadão. O direito defeso por essa instituição é o do devido processo legal. O fato de ser uma cláusula pétrea se deu por vontade política para que não sumisse sua figura por força de legislação ordinária. Já o júri é visto como direito humano fundamental por ter como característica ser uma instituição que permite a participação do cidadão no Poder Judiciário ao julgar seu semelhante quando acusado de determinado delito, tal como o homicídio, crime este que repercute de forma intensa no seio da comunidade.

A participação do povo na administração da justiça personifica a necessidade de o cidadão atuar de forma efetiva na sociedade. Neste sentido Vale (2004, p. 227) discorre:

O Tribunal do Júri coloca-se, ao lado do plebiscito e do referendo, como ferramenta efetiva de participação direta da população (povo) nas decisões políticas e jurídicas, a caracterizar, em conjunto com tais instrumentos participativos, nossa Democracia como semidireta (que, em regra, é exercida por meio de representantes eleitos e, por exceção, sem intermediários, pelo próprio povo), fomentando o amadurecimento da consciência cívica dos sujeitos sociais (cidadãos) não apenas para criticar, mas para assumir a responsabilidade pela decisão.

Pessoas comuns formam o Tribunal do Júri; são indivíduos que não possuem conhecimento jurídico técnico, mas que representam democraticamente as mais distintas classes sociais, com múltipla formação cultural e política, orientadas a se posicionar livremente acerca do fato criminoso apresentado

Encontra-se na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas a, b, c, d, os aspectos do Tribunal do Júri, como a garantia constitucional da plenitude da defesa, do sigilo das votações, da soberania dos veredictos, bem como a competência para a realização do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, respectivamente. Aduz o art. 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal de 1988:

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

XXXVIII - e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (BRASIL, 1988).

O Tribunal do Júri será formado a partir da observância de seus princípios institucionais, estes apresentados no parágrafo anterior, e que foram propostos pelo poder constituinte originário no título que trata a respeito dos direitos e garantias fundamentais apontadas na Constituição Federal de 1988.

O Tribunal do Júri utiliza-se do procedimento bifásico para o julgamento de crimes contra a vida, pois o mesmo apresenta duas fases distintas, sendo a primeira conhecida como *iudicium accusationis* ou sumário da culpa. A primeira fase tem início com o oferecimento da peça acusatória por parte do Ministério Público, havendo indícios da autoria e materialidade de crime doloso contra a vida a denúncia será recebida pelo juiz, caso não ocorra presença de fatos contundentes, o magistrado irá rejeitar.

Segundo Lima (2019, p.1382):

Mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 11.689/08, já se dizia que o procedimento do Júri era bifásico ou escalonado, porquanto estruturado em duas fases distintas: a primeira, denominada iudicium accusationis ou sumário da culpa, tinha início com o oferecimento da peça acusatória e perdurava até a preclusão da decisão de pronúncia. A segunda fase, chamada iudicium causae, ia do oferecimento do libelo acusatório - hoje suprimido - e se estendia até o julgamento em plenário.

É na primeira fase do procedimento do Júri que surge a possibilidade de absolvição do réu. É no artigo 397, inciso I do Código de Processo Penal que se encontra algumas situações que podem gerar a chamada absolvição sumária.

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - a existência manifesta de causa excludente de ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - extinta a punibilidade do agente. (BRASIL, 2008).

Em relação ao processo propriamente dito, Lima (2019, p. 1383) afirma:

O iter procedimental da 1ª fase do Júri é bastante semelhante ao procedimento comum ordinário: oferecimento da peça acusatória; juízo de admissibilidade da denúncia (rejeição ou recebimento); recebida a peça acusatória, será determinada a citação do acusado (pessoal, por hora certa ou por edital); apresentação da resposta à acusação, oportunidade em que devem ser arroladas as testemunhas de defesa, sob pena de preclusão, até o número máximo de 8 (oito); oitiva do Ministério Público; audiência de instrução, ao final da qual o juiz sumariante poderá proferir

uma de quatro possíveis decisões - impronúncia, desclassificação, absolvição sumária e pronúncia.

Ainda sobre a primeira fase, Lima (2019, p.1382) discorre:

Em regra, o procedimento do júri tem início com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Isso porque todos os crimes dolosos contra a vida - homicídio, participação em suicídio, infanticídio e abortos - são de ação penal pública incondicionada. Esta denúncia deve ser elaborada com fiel observância dos requisitos do art. 41 do CPP, atentando-se o Promotor de Justiça para a explicitação do elemento subjetivo do agente, obrigatoriamente doloso - no homicídio doloso, a vontade de matar é denominada de *animus necandi* - além de substituição do tradicional pedido de condenação pelo pedido de pronúncia.

A segunda fase é a chamada *iudicium causae*, é a fase do rito processual na qual ocorre a preparação do processo para o julgamento em plenário. Esta fase só será instaurada caso ocorra um juízo prévio de admissibilidade realizado pelo julgador singular. Na segunda fase há uma apreciação específica dos fatos pelo corpo de jurado, o qual, por sua vez, atuará como juiz presidente do Tribunal do Júri.

Constata-se, portanto, que a segunda fase é realizada pelo juiz presidente e pelo corpo de jurados ou conselho de sentença, formado por sete jurados que irão julgar o autor do delito contra a vida. Neste caso, o corpo de jurados irá julgar o mérito do pedido. Para a segunda fase, o juiz irá intimar o Ministério Público e o defensor, oportunizando a possibilidade de apresentar o rol de testemunhas. Esta fase será concluída com o trânsito em julgado da decisão do Conselho de Sentença.

2. MÍDIA E O PODER DE INFLUÊNCIA NOS JULGADOS NO TRIBUNAL DO JÚRI

O significado de mídia, segundo Ribeiro (2018) é “meio através do qual as informações são divulgadas; os meios de comunicação.”

É importante frisar que, existe uma certa subjetividade na influência dos meios de comunicação nas decisões dos jurados. A mídia e os meios de comunicação possuem uma imensa capacidade de alcance, a chamada

comunicação de massa, fazendo com que suas informações cheguem até o público ou até população de forma rápida. Diante desta potencialidade, exercer o direito de expressão é algo que, para a imprensa se torna extremamente fácil, tornando-se certamente uma atividade eficaz que pode sim, influenciar o pensamento de grande parte da população ou da sociedade. É importante frisar que os veículos de comunicação possuem o direito de informar de forma livre.

Segundo, Santos (2018, p. 33):

Desta forma, é inegável a amplitude do alcance da mídia televisiva, mesmo diante da crescente utilização das novas mídias que surgiram com a internet. Atualmente, são comuns o uso da internet em telefones celulares, computadores, tablets e notebook para fins informativos. Até mesmo o uso de meios de comunicação, que originalmente não teriam esse viés de noticiar acontecimentos, como as redes sociais veem crescendo exponencialmente. Mas a televisão segue mantendo o seu posto de dominação neste setor. Todavia, o jornalismo televisivo vem passando por transformações, temas como crime e segurança são um tópico constante de debate nestes programas. Contudo, esses temas são constantemente associados a métodos de apreensão de audiência. Diversos programas jornalísticos fazem uso de estratégias que visam a prender a atenção do telespectador.

A liberdade de imprensa fundamenta as ações comunicativas das mídias jornalísticas em todo o mundo e está legitimada no ordenamento jurídico dos países considerados de regime democráticos. Este fenômeno ou princípio jurídico também alicerça a prática jornalística e informativa no Brasil. O ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso IX e art. 220, § 1º, apresenta categoricamente a liberdade de imprensa como uma espécie de liberdade de pensamento.

Art. 5º [...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma,

processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. (BRASIL, 1988).

A partir de uma fundamentação legal pode-se afirmar, portanto, que o direito da liberdade de imprensa é certamente o direito de informar e se manter informado a respeito de fatos ligados a sociedade, no Brasil e no mundo.

Atualmente, os canais midiáticos tornaram-se um instrumento social de veiculação de informações e notícias, aproximando de forma eficaz, os fatos das pessoas. Desta forma, a imprensa, por meio dos recursos midiáticos, divulga todos os dias notícias e matérias jornalísticas que estão relacionadas à crimes que deveram ser julgados pelo Tribunal do Júri. Estas informações são apresentadas ou veiculadas de maneira dramática e impactante, por vezes de forma sensacionalista, com base na cultura do medo, promovendo assim a influência na decisão jurados.

Segundo Barbosa (2019, p. 40):

Esta cultura do medo influencia diretamente nas decisões proferidas pelo tribunal do júri, pois, ao contrário do que defeso em nossa Carta Magna, os jurados que ali estão não veem o réu como um dos seus, mas sim como um inimigo que se absolvido irá vitimizar a si ou aos seus entes queridos. Ou seja, não há jurados imparciais. O que há na realidade são pessoas amedrontadas por risco iminente de sofrer injusta violência.

Diante de todo esse quadro de temor generalizado, a violência começa a ser vista não como um problema estatal, mas como um problema de todos, rompendo, assim, a tênue linha entre o público e o privado.

Com o intuito de aumentar a audiência, a mídia prefere divulgar casos que causam indignação e um sentimento de vingança, principalmente por acreditar que a injustiça impera no país. Neste sentido, a imprensa divulga incessantemente casos que causam enorme interesse por parte da opinião pública, estabelecendo juízos de valor, contribuindo para a condenação prévia e/ou errônea do réu. Essa forma de atuar se

distancia da função educativa e informativa da mídia, atrapalhando o processo, dificultando ainda mais o trabalho do judiciário.

A mídia pode inclusive produzir provas a partir de notícias duvidosas e incertas, ignorando os limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que apenas as autoridades judiciárias competentes possuem a prerrogativa de julgar e cabe às partes envolvidas na relação processual produzir provas contundentes que subsidiarão o processo de forma ética e verdadeira, condizendo com a realidade dos fatos.

De acordo com Câmara (2012, p. 274), a conduta errônea da mídia em relação ao tema, fere os direitos individuais expressos na Constituição Federal de 1988: “Quando a cobertura jornalística recai sobre acontecimentos afetos ao sistema penal, o funcionamento desse mecanismo difusor de notícias esbarra em direitos individuais expressamente agasalhados pela Carta Magna.”

Os crimes contra a vida não podem ser considerados efetivamente um vasto material midiático repleto de emotividade, de forma que a realidade dos fatos pode ser deturpada sistematicamente e de forma midiaticamente elaborada, priorizando a audiência. Tal conduta jornalística torna a notícia um cenário teatral manipulador que influencia negativamente a decisão do júri.

Desta forma, nem sempre o que é divulgado pela mídia é fiel aos fatos e acontecimentos, de forma que, a transmissão objetiva das informações costuma dar espaço à espetacularização do crime, promovendo inclusive um pré-julgamento do réu. Para Barbosa (2019, p. 42):

Temos, então, que a mídia não se limita a seu papel de noticiar algo, mas sim, inflamar a população por meio de divulgações, por vezes irresponsáveis, de todo e qualquer passo que as autoridades possam dar, podendo, inclusive, atrapalhar as investigações, estimulam o ódio se utilizando dos anseios de justiça por parte de familiares e amigos da vítima, insinuando em suas notícias o suposto descaso das autoridades, a ineficiência da justiça e dos sistemas penais.

Neste sentido a ideia de vingança retira o espaço à justiça, ao processo legal e ao direito de defesa, antes mesmo do fato ser consumado ou mesmo durante o julgamento, ferindo o princípio da presunção de inocência.

De maneira antecipada, o corpo de jurados possui toda a carga emotiva que de certa forma comoveu a sociedade, influenciando, sobretudo aqueles que acreditam que julgar é meramente punir, e que a punição só surtirá efeito se vier carregada de violência e espírito de vingança.

Ao se vislumbrar o poder manipulador das mídias e o resultado nefasto que tal ato dá origem, pode-se considerar que ocorreu a quebra de um dos mais importantes princípios do Tribunal do Júri, o da íntima convicção.

Por ser uma decisão baseada prioritariamente em convicções, a mesma pode ser manipulada e é nesta construção do julgamento que a mídia encontra caminho para atuar de maneira influenciadora. Corroborando para isso o fato de que, os jurados não conhecem o processo e tão pouco entendem de processo penal, são portando desprovidos de um conhecimento jurídico técnico.

Fatores psicológicos construídos diariamente, fruto das vivências habituais individuais ou coletivas contribuem consideravelmente para a formação de cada indivíduo, formando inclusive sua personalidade. Neste sentido, a tecnologia midiática tem a cada dia se tornado algo comum na vida das pessoas, pois o acesso às informações tornou algo extremamente possível. Esse acesso contribui significativamente para a influência psicológica do ser humano, construindo sua opinião e pensamento acerca dos temas abordados nos meios de comunicação. Este fenômeno é claramente percebido na televisão.

Segundo, Pierre Bourdieu (1997, p. 93):

A televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população. Ao insistir nas variedades, preenche-se esse tempo raro com vazio, com nada ou quase nada, afastam-se as informações pertinentes que deveria possuir o cidadão para exercer seus direitos democráticos.

De acordo com o exposto acima, se as mídias deixassem efetivamente os fatos mais claros, cumprindo assim seu papel com excelência, sem pensar em lucratividade, certamente o júri se sentiria mais seguro para realizar um julgamento justo, assegurando também todos os princípios já

apresentados aqui e que vale ser lembrados: “o princípio da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência”. É importante ressaltar que é somente uma parcela da população que pode ser manipulada. Este fenômeno não deve, em hipótese alguma ser generalizado.

Quando a mídia age de maneira influenciadora, ocorre a construção de um grupo social que para muitos precisa ser extirpado da sociedade, pois o mesmo por ser composto por criminosos, pode prejudicar consideravelmente a segurança daqueles que se julgam aptos a julgar. Neste sentido, Santos (2018, p.36) ressalta:

[...] como mal maior que assola a preservação da segurança, há um incentivo a aniquilação desse grupo social. E por meio desse processo de desumanização, que introjeta na sociedade um discurso de higiene social, há uma naturalização da morte dessas pessoas estigmatizadas. Afinal, estes são vistos como inimigos da sociedade, e a sua aniquilação é desejada. A própria mídia venera essas mortes enquanto o abatimento de inimigos, são elementos indesejáveis que estão sendo excluídos definitivamente da sociedade.

Segundo Cazelli (2014, p. 03) “No sistema vigente, os jurados funcionam quase como uma plateia, que assiste inerte ao debate entre a defesa e a acusação, no entanto, são eles que irão decidir sobre uma eventual condenação ou absolvição do réu.”

A ausência de conhecimento técnico não pode ser considerado fator que coloque em descrédito as decisões do corpo de jurados. Para que se construa uma decisão acertada e justa, é necessário que o poder judiciário ofereça subsídios mínimos (provas e fundamentações) aos jurados. Cabe ao judiciário garantir as motivações para a construção de uma decisão sólida e coerente.

O que torna de certa forma legítima a atuação dos jurados é o fato de que são eles os garantidores dos direitos previstos na Constituição Federal de 1988, independente de não possuírem formação jurídica técnica.

Ocorre que esta visão acerca da função e da eficácia do corpo de jurados não é unanimidade doutrinária. É a ideia de que a decisão emitida pelos jurados não pode ser considerada legítima, visto que não traz o

mínimo de justificação. Decidir sobre a liberdade de alguém com base neste procedimento e em convicções é para muitos juristas um ato arbitrário.

3. CASOS EMBLEMÁTICOS QUE DEMONSTRAM A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

3.1. O caso Isabella Nardoni

A capacidade de Influência dos meios de comunicação (mídia) nas decisões sentençiais oriundas do Tribunal do Júri, tem como exemplo o caso Isabella Nardoni, onde milhões de pessoas puderam acompanhar durante dias nos noticiários, a narrativa detalhada da morte da menina Isabela Nardoni que hipoteticamente teria sido jogada do sexto andar de um edifício na cidade de São Paulo. O crime de homicídio teria sido cometido por seu pai, com a colaboração da madrasta da menina.

Segundo, Barbosa (2019, p. 49):

Isabella Nardoni, em 29 de março de 2008, então com 5 anos de idade, despenca da janela do sexto andar do Edifício London, prédio esse em que moravam seu pai, Alexandre Nardoni, e sua madrasta, Ana Carolina Jatobá. Os dois foram acusados por homicídio doloso, tendo a acusação sido fundamentada na suspeita de terem a jogado na intenção de matá-la.

O caso em tela, como inúmeros outros, foi transmitido incansavelmente todos os dias pela imprensa, a mídia participou ativamente de todo processo investigativo de forma infundada, o que deu origem a condenação pública do casal antes mesmo de se seguir todo rito processual. É importante ressaltar que, a princípio o pai e a madrasta eram tidos apenas como suspeitos pelo Ministério Público responsável pelo caso.

O homicídio aqui abordado foi divulgado em detalhes por parte da imprensa, os veículos de comunicação tiveram inclusive a participação na simulação do crime. A Revista Veja, por exemplo, desrespeitou de maneira taxativa o princípio da Presunção de Inocência, quando publicou uma matéria em sua edição de número 2057, datada de 23 de abril de 2008, cuja manchete de capa na oportunidade expos a foto do casal Nardoni acompanhada do texto: “Para a Polícia não há mais dúvidas sobre a morte de Isabella: Foram eles.”

Desta forma apontou, mesmo que de maneira involuntária à toda sociedade que eles eram os responsáveis pelo assassinato da criança naquela oportunidade. É importante destacar que, de acordo com o princípio acima citado todos são inocentes até que se tenha uma sentença penal definitiva. A manchete foi publicada 2 anos antes do julgamento que foi em 22 de março de 2010. O caso foi divulgado como um verdadeiro espetáculo por toda a mídia e em todo o Brasil. Neste sentido, Oliveira (2013, p. 56-57) discorre:

O julgamento de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, que ocorreu cerca de dois anos após a morte de Isabella, foi verdadeiramente um espetáculo, em que centenas de pessoas se amontoavam na porta do Fórum de Santana, Zona Norte de São Paulo, durante os cinco dias de julgamento, reivindicando a condenação do casal. Além das pessoas que lá estavam emissoras de televisão, rádio e internet divulgavam de tempos em tempos o que estava ocorrendo dentro do fórum. A brutalidade do crime chocou o país e atraiu a atenção da imprensa nacional e internacional.

Ocorre que, existe de certa maneira um exagero no trabalho da mídia e na veiculação das informações por ela divulgada, de maneira que a atuação da mesma ultrapassa consideravelmente os limites da ética jornalística, desvirtuando-se de seus propósitos originários pautados (ao menos teoricamente) na imparcialidade.

Diante da narrativa fica é possível considerar que, o jornalismo parcial e massivo se materializa quando um profissional da informação (jornalista investigativo) passa a deflagrar uma ação policial considerada amadora, agindo de forma política e intencional, julgando sem fundamentos, fabricando vítimas e réus em suas notícias.

Após o julgamento e sentença do Tribunal do Júri do Fórum de Santana, localizado na zona norte de São Paulo, Alexandre Nardoni foi condenado a 31 anos, 1 mês e dez dias de prisão e sua esposa Anna Carolina Jatobá a 26 anos e oito meses, ambos no regime fechado.

De acordo com Barbosa (2029, p. 51):

No caso em tela, podemos observar o poder de influência da mídia foi tamanho que o juiz aplicou uma pena extremamente longa para “responder ao apelo social”,

como podemos concluir ao ler este trecho da r. sentença: “tendo em vista a grande repercussão do caso, o referido julgamento era uma resposta a sociedade tão calejada de casos sem solução pela justiça Brasileira.”

Em agosto de 2019, após ter cumprido três meses de regime semiaberto, a Justiça Paulista a pedido do Ministério Público, decidiu pelo retorno do pai de Isabella ao regime fechado.

3.2. O caso Daniela Perez

Outro caso polêmico no qual a mídia teve participação fundamental na decisão do júri foi o caso da jovem atriz Daniela Perez, filha de Glória Peres uma das mais famosas autoras de novela.

De acordo com os jornais da época, em 28 de dezembro de 1992, Daniela Perez então protagonista da novela *Corpo e Alma* exibida na época pela Rede Globo de Televisão foi brutalmente assassinada por Guilherme de Pádua, ex-colega de trabalho que fazia par romântico com a atriz na já citada novela. Foram mais dezoito tesouradas em todo corpo.

O autor do homicídio contou com a ajuda de sua esposa, Paula Thomaz, na realização do crime. Ao término do inquérito policial com a colheita de provas contundentes, os dois foram condenados por homicídio qualificado, sendo por motivo torpe e impossibilidade de defesa da vítima.

O caso ganhou repercussão mundial, justamente por conta da propagação da mídia, ocorrendo inclusive a alteração da Legislação Penal onde antes não constava o homicídio qualificado, foi incluído pela Lei 8.930 de 1994, inclusão feita após a ocorrência deste brutal assassinato.

Este caso concreto ilustra perfeitamente a capacidade influenciadora da mídia, que pode eventualmente promover a injustiça ao taxar os supostos réus, ao criar uma narrativa convincente, capaz de antecipar a decisão dos jurados. Neste sentido, Barbosa (2019, p.54) discorre:

A mídia, ao transmitir e reforçar no imaginário popular, buscando formar ou conformar uma opinião pública direcionada, a crença de que a sociedade vive uma completa sensação de crise e o Estado, com leis penais frouxas e juízes comprometidos apenas com os direitos humanos dos criminosos, não seria capaz

de apresentar uma resposta rápida e eficaz, criando, por outro os estereótipos tanto de criminosos como de vítimas, conclamando a população a se unir ao Estado na guerra contra o crime.

É importante frisar que injustiças podem ocorrer, motivadas pela ação inquisitória da mídia, porém a existência de um inocente neste cenário ou na ocorrência do fato delituoso é apenas hipotético, visto que os dois réus foram de fato os autores do crime.

Guilherme de Pádua foi condenado somente em 1997, cinco anos depois do cometimento do crime. Ele foi sentenciado a 19 anos e seis meses de prisão em regime fechado. No ano de 1999, depois de cumprir seis anos, nove meses e 20 dias de sentença em regime fechado, foi colocado em liberdade condicional, ou seja, um terço do total da pena.

Atualmente, após ter cumprido apenas, Guilherme de Pádua casou-se pela terceira vez e tornou-se pastor evangélico da Igreja Batista.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, é possível observar de forma efetiva a influência da mídia nas decisões legítimas do Corpo de Jurados nos Tribunais do Júri por todo o Brasil. Compreende-se que tal influência é negativa, visto que, manipula consideravelmente as opiniões dos jurados, construindo decisões desprovidas de raciocínio, lógica e ética. É sem sombra de dúvidas um atentado à justiça, priorizando assim ou mesmo enfatizando, apenas o caráter vingativo das decisões.

Ao agir de maneira deturpadora, as mídias ferem consideravelmente as liberdades constitucionais individuais, ignorando preceitos e princípios jurídicos que formam a base de um Estado Democrático de Direito, por consequência agride também a Democracia.

Nota-se que a comoção social e a falta de conhecimento técnico e jurídico dos jurados são combustíveis que alimentam de maneira veemente decisões infundadas, quase sempre motivadas pelo discurso midiático. Assim, a imprensa à procura de audiência elabora seu próprio inquérito, manipulando as decisões, desrespeitando também os processos legalmente elaborados, ignorando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Conclui-se, portanto que, pelo simples fato do corpo de jurados ser formado por pessoas leigas que na maioria das vezes sofre influência da mídia, influência esta existente por conta da forma em que os fatos (crimes) são narrados ou descritos pela própria imprensa, é possível que ocorra alguma espécie de manipulação capaz de macular as decisões, promovendo assim injustiças, em detrimento das decisões que de fato condizem com a realidade dos fatos. Esta mácula irá certamente promover decisões que irão demonstrar parcialidade e injustiça, ferindo as garantias constitucionais.

Para que o sensacionalismo gratuito da mídia diminua consideravelmente, a ponto de se extinguir, é necessária a contribuição de toda a sociedade, principalmente a parcela da população considerada consumidora final, leitores, ouvintes e telespectadores. É necessário que todos façam uma reflexão acerca das inverdades e da teatralização dos fatos narrados pela mídia, analisando e detectando os verdadeiros interesses midiáticos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Danielle Peçanha e Neto, Josué Mastrodi. **Tribunal do Júri e o livre convencimento dos jurados**. Revista Brasileiro de Ciências Criminais. Volume 116, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.116.07.PDF. Acesso em 23 set. 2020.

BARBOSA, Clélia de Souza Máximo. **A influência da Mídia nas Decisões Judiciais: Tribunal do Juri e casos de alta repercussão**. 2019. Disponível em: <http://repositorio.unitau.br/jspui/bitstream/20.500.11874/3717/1/000249689.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Códigos 3 em 1, Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Saraiva – 10 ed. São Paulo. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

BOURDIEU, Pierre. Sobre a Televisão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa**. **Revista da Esmese**. Aracaju: ESMESE/TJ, n° 17, 2012.

Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2010.

CAZELLI, Taysa Oliveira. *Evolução e Perspectivas para o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri Brasileiro*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós graduação Lato sensu) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/TaysaOliveiraCazelli.pdf. Acesso em: 06 ago. 2020.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**, 16^a Ed. São Paulo: Rideel, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal** – Volume Único. 7^a ed. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvm, 2019.

OLIVEIRA, Ana Luíza Lima Benatti de. **A influência da Mídia nos julgamentos judiciais**: análise da relação entre Jornalismo e Direito. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Comunicação Social) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2013. Disponível em: <https://www.ufjf.br/facom/files/2013/11/Monografia-FACOM-Ana-Lu%c3%adza-Benatti.pdf>. Acesso: 02 de setembro de 2019.

RIBEIRO, Débora. Significado de Mídia. DICIO. Dicionário online de português. 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/midia-2/>. Acesso em: 06 ago. 2020.

SANTOS, Isabela Rodrigues dos. A criminologia midiática no Tribunal do Júri e a presunção dos princípios da presunção da inocência e da imparcialidade. João Pessoa, 2018. 63 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/13738/1/IRS28112018.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Tribunal do Júri no direito brasileiro e comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2014.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA NOVIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Igor Queiroz Souza
Delaine Oliveira Souto

INTRODUÇÃO

Há tempos o poder legislativo vem de forma acelerada promovendo mudanças no judiciário brasileiro, prova disto, é o Código Civil (2002) e mais recente, o Código de Processo Civil (2015). É fato que as mudanças ocorrem de forma lenta, mas vale ressaltar a importância de estarem acontecendo, visto que o ordenamento jurídico pátrio é regido de normas muitas vezes de caráter ultrapassado, é a exemplo do Código Penal (1940) e o Código de Processo Penal (1941).

É evidente a necessidade de mudança na justiça penal brasileira para a melhor aplicabilidade da lei penal ao caso concreto, além, claro, de melhores entendimentos sobre novos assuntos em pauta com as mudanças sociais que vêm acontecendo de forma iminente e devem ser observadas com mais veemência pelos poderes Legislativo e Judiciário.

Buscando se enquadrar na contemporaneidade, o processo penal vem promovendo mudanças em seus procedimentos, mais especificamente, implantando procedimentos, como a mais nova ferramenta jurisdicional: a audiência de custódia, que vem sendo pauta nos mais diversos debates, pela sua relevância e importância para o processo penal brasileiro.

A novidade processual está implantada no processo penal pátrio desde 2015, depois de um longo tempo de discussão sobre a real necessidade do novo mecanismo no direito processual penal, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, regulamentou de forma minuciosa o procedimento, tornando-o efetivo em âmbito nacional. Embora esse assunto já esteja em pauta no Senado Federal como projeto Lei nº 6.620, de 2016, a sua demanda fez com que o órgão auxiliar do poder judiciário, promovesse o procedimento de forma mais ágil e eficaz para o processo penal, sendo utilizado já em 2016.

Afinal, o que é a audiência de custódia? O conceito do tema é pragmático e se limita a dizer que é a apresentação do acusado, preso em flagrante delito, à autoridade judiciária da forma mais rápida possível, especificamente, em 24 horas, para que o juiz decida se o preso irá responder em liberdade, se será preso preventivamente durante o andamento processual ou se a ele será aplicada outra medida.

O presente estudo busca também atrelar a nova audiência na prevenção de eventuais agressões que o preso venha a sofrer pela autoridade policial responsável pela prisão, buscando evitar qualquer tipo de tratamento desumano, punitivo ou que venha estabelecer uma espécie de tortura para o indivíduo detido, tendo em vista os frequentes casos de abuso de autoridade cometidos por milicianos, a audiência de custódia também tem o papel de inibir tais condutas.

Ademais, importa ressaltar a nítida contribuição para o sistema prisional brasileiro, uma vez que a superlotação carcerária mostra-se um grande problema que assola as penitenciárias por todo o Brasil, o papel da audiência de custódia, de uma maneira mais sintetizada, é diminuir o número de presos em caráter preventivo sem a devida necessidade para tal, passando por um julgamento célere que definirá se a prisão torna-se realmente leal e necessária para o indivíduo ou se este poderá aguardar de outra forma o trâmite processual sem contribuir para a lotação de uma penitenciária.

Como fruto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a audiência de custódia é premissa fundamental dos direitos humanos do indivíduo preso, devendo ser aplicada de forma que atenda a dignidade humana deste e garantido a liberdade, se restar demonstrada sua possibilidade, e integridade física e psicológica. Sendo assim, a presente pesquisa mostra a novidade no processo penal brasileiro, explicando como funciona, seu reflexo imediato em assuntos de grande discussão nacional, como a superlotação carcerária, bem como a efetivação do instituto como direitos humanos assegurado ao preso em flagrante.

1. ASPECTOS GERAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A legislação brasileira sofre muito com a sua desatualização frente aos tempos atuais, vale destacar, que na sociedade moderna os direitos

humanos estão inteiramente inseridos em pautas universais, estando em debate sempre a dignidade da pessoa humana.

Com reformas recentes de algumas legislações brasileiras, tais como o Código Civil - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 e o Código de Processo Civil - Lei nº 13.115 de 16 de março de 2015, surge um grande embate sobre a reformulação das leis penais, tais como o Código Penal e o Código de Processo Penal, vale ressaltar o mecanismo processual que foi incrementado de forma inédita e independente no ordenamento jurídico brasileiro, procedimento denominado de audiência de custódia.

1.1. História e implantação da Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), com os massacres alemães sobre os judeus, surgiu uma preocupação com os direitos humanos, a paz e o convívio social. Diante disso, houve a efetivação dos direitos humanos como um direito individual, irrenunciável, imprescritível e universal, sendo um direito de todos.

A primeira menção ao direito do preso de ser encaminhado à autoridade competente de forma mais breve, ocorreu em 1950, com a Convenção Europeia do Direitos Humanos (CEDH), que constituía a necessidade da realização de tal ato. Com o passar dos anos, o assunto foi ganhando força em tratados e convenções europeias, tanto se fez, que em 1966, o tema foi seguido pela Organização das Nações Unidas (ONU), na Resolução nº 2.200-A (XXI), tal como, se transformaria mais tarde na Resolução nº 43/173 de 09 de dezembro de 1988, emitida pela própria organização intergovernamental. A audiência de custódia se enraizava nos direitos humanos e se tornava um direito ligado à pessoa detida em situação de flagrância. (ANDRADE; ALFLEN, 2018).

Entretanto, este procedimento somente começou a ter influência no ordenamento jurídico brasileiro, quando foi pauta de discussão em tratados e convenções em que o Brasil era signatário, como a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), convenção esta ratificada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A partir desse momento o mecanismo

começou a ser tema de debates envolvendo o direito processual penal pátrio e passou a ser conhecido como audiência de custódia.

Segundo Andrade e Alflen (2018), o primeiro esboço da audiência de custódia no âmbito processual, apresentado em leis brasileiras, encontra-se positivado antes da ratificação do CADH pelo Brasil, tal procedimento é mencionado no Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737/1965, que regulamenta que o preso por crime eleitoral deve ser apresentado a um juiz eleitoral em até 24 horas. Ressalta-se que os procedimentos eleitorais pátrios se diferem do inserido no processo penal, sendo o eleitoral, justiça de caráter especial, que age de forma independente e esparsa em relação à justiça comum nacional, tendo seu rito e jurisdição própria, o que deixa o procedimento estrito ao processo eleitoral. Outras alusões à audiência de custódia aconteceram no Código de Menores (Lei nº 6.697/1979), substituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que estabelecia que o menor em conflito com a lei, detido, deveria ser apresentado ao juiz em até 24 horas, redação identificada como audiência de apresentação.

No entanto, o poder legislativo brasileiro mostrou-se inerte ao assunto desde a ratificação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, não fazendo jus à qualidade de País-Parte na convenção tratada, embora houvesse uma movimentação por parte de órgãos do poder judiciário, a inserção do procedimento no processo penal nacional plainava sobre forte aversão legislativa. Mas esta resistência legislativa enfraquecia ao passo em que o poder judiciário se consolidava em tornar a audiência de custódia um procedimento processual penal obrigatório, diante da proposta de alteração do Código Processual Penal, em 2011, pela Lei nº 12.403, surgiu uma oportunidade para a implementação do referido procedimento ao processo penal, tendo em vista que a pauta da reforma era o Livro I do Código de Processo Penal, que trata da prisão, medidas cautelares e liberdade provisória do acusado, cuja ideia sequer foi objeto de debate entre os representantes legislativos. (ANDRADE; ALFLEN, 2018).

Perante outra oportunidade perdida, órgãos do poder judiciário passaram a alegar em suas peças a audiência de custódia por força do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal:

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

[...]

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL,1988)

Como citado, os tratados e convenções internacionais que forem ratificados pelo Brasil e que tiverem em seu teor menção aos direitos humanos, serão análogos a emendas constitucionais. Conforme Andrade e Alflen na presença de tal norma constitucional, os órgãos do poder judiciário iniciaram menções ao respectivo artigo para elucidar a redação prevista no artigo 7º, 5, da CADH, que todo o indivíduo preso em flagrante delido deveria ser encaminhado à autoridade competente com a maior celeridade possível, com o intuito de que o juízo determinasse a legalidade da prisão e a situação do encarcerado diante da prisão, afim de prevenir e descobrir qualquer espécie de tortura ou maus tratos sofrida pelo mesmo.

Cita-se o artigo 7º, 5, do CADH:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (CADH, 1969).

Tais menções foram precursoras para a efetivação do procedimento da audiência de custódia no processo penal pátrio, ante a grande demanda por parte do judiciário, para que tal audiência fosse instaurada de forma definitiva no processo criminal. Alguns tribunais aderiram ao mecanismo de forma autônoma e experimental, acompanhando o até então projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça. Todavia, arguíam por regulamento próprio,

sendo determinado prazos e formas de apresentação diferentes para o encaminhamento do indivíduo preso à autoridade judiciária de alguns tribunais estaduais, gerando uma situação de desigualdade dos presos no país.

Diante disto, em 09 de setembro de 2015, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal se posicionou acerca do assunto, após o julgamento da ADI 5.240, sendo, a corte máxima, favorável à implementação do sistema em todo território nacional, fixando em decisão colegiada, o prazo de 90 dias para que todos os tribunais dos entes federativos aderissem o procedimento nas prisões em flagrante, levando assim, o Conselho Nacional de Justiça, que até então arguia somente sobre um projeto, firmar, no dia 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213, que em seu teor regulamenta a apresentação do preso em flagrante ao juiz competente em um prazo máximo de 24 horas, para que este possa verificar a legalidade da prisão e previna eventuais maus tratos e/ou torturas ao acusado detido. (ANDRADE; ALFLEN, 2018).

2. FUNCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia desempenha o papel de apresentar o acusado detido em prisão em flagrante, à autoridade competente, no prazo mais ágil possível, em regra 24 horas, a fim de evitar vários transtornos ao preso. Diante disto, faz-se necessário entender cada ação que desencadeia a efetividade do procedimento no início do processo criminal.

2.1. Quem deve ser apresentado na Audiência de Custódia

O primeiro ato que desencadeia a necessidade da audiência é a prisão em flagrante do suspeito, fato que antes da instalação do procedimento, certamente, ocasionaria o pedido de prisão preventiva ou temporária deste. Partindo dessa premissa, entende-se que a audiência de custódia tem a função básica e primária, evitar uma eventual prisão desproporcional.

Preocupando-se com o preso, que teve a sua liberdade restringida pela autoridade policial, a legislação brasileira estabeleceu, em primeiro momento, que a audiência de custódia deve ser realizada de imediato à pessoa presa em flagrante delito.

Neste sentido, a Resolução nº 213 do CNJ, que unificou a audiência de custódia, resolve em seu primeiro artigo:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. (CNJ, 2015)

Conforme citado, a audiência de custódia estabelece somente ao preso em flagrante a garantia de ser apresentado em juízo, deixando uma lacuna no que se refere ao preso em situação de prevenção que, conforme o posicionamento de cortes internacionais também teria a garantia de serem apresentados em juízo para dotarem-se do procedimento jurídico-penal.

2.2. Para quem o preso deve ser apresentado na Audiência de Custódia

Muito se discute sobre a quem o preso em flagrante deve ser apresentado diante da abstração que as cortes internacionais deixaram sobre as figuras que devem presidir a audiência de custódia.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969), ratificada pelo Estado brasileiro, estabelece em seu artigo 7.5, que o preso deve ser apresentado ao juiz ou autoridade competente para julgar a eventual prisão do suspeito (CADH, 1969). *A priori*, a figura do magistrado é a principal opção para a apresentação do detido pela autoridade policial, essa questão não se sujeita a debate, uma vez que o texto internacional traz expressamente que a figura do juiz é a competente para presidir a audiência de custódia. Entretanto, a redação do CADH ainda faz menção à outra figura judicial para a qual o preso pode ser apresentado, a de uma autoridade competente para exercer função jurisdicional. Instala-se, portanto, um debate em torno desta figura, que foi mencionada de forma abstrata. (ANDRADE; ALFLEN, 2018).

A legislação pátria evitou brechas e conferiu somente ao juiz figurar como órgão a quem o preso deve ser apresentado, embora expressamente faça menção ao mesmo termo usado no posicionamento internacional, conforme o art. 1º da Resolução 213 do CNJ de 2015 (CNJ, 2015).

Não obstante, a doutrina e a realização de audiências firmaram na pessoa do juiz a realização da audiência de custódia. Todavia, existem

posições contrárias e restritas, almejando que a figura do Delegado de Polícia também realize o procedimento.

A CADH, com intenção de facilitar a interpretação de autoridade competente, instituiu requisitos a serem observados para a autoridade firmar no polo julgador da audiência, conforme seu artigo 8º, §1º:

Artigo 8. Garantias judiciais

1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela[...] (CADH, 1969, grifo nosso).

Segundo observado, são requisitos para configurar a autoridade judicial competente, a competência funcional, a independência e imparcialidade do agente ou órgão. Partindo dessa premissa, visualiza-se que como mencionado, o juiz é a principal figura togada dessas garantias, sendo dele a titularidade da audiência de custódia.

2.3. Prazo para a apresentação do preso na Audiência de Custódia

Via de regra, o prazo estabelecido pelo CNJ é de 24 horas, embora ainda não exista lei que contemple a audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico, tampouco se posicione sobre o prazo, a Resolução nº 213 é o principal norte no atual regime jurídico brasileiro, devendo assim, ser seguido nacionalmente na falta de uma lei específica sobre o tema.

Ocorre, porém, que o prazo estabelecido pela referida Resolução, vem sofrendo críticas em relação ao curto lapso temporal estabelecido e a dificuldade do judiciário para cumpri-lo, haja vista, que não são todos os Estados da federação que têm celeridade processual.

O grande reclame doutrinário se dá pela falta de pesquisa e visão que o Conselho Nacional de Justiça teve ao não se posicionar e averiguar a possibilidade de cumprimento do prazo por parte de estados que não têm um desenvolvimento total dos meios de comunicação e transporte. Muitos acreditam que ainda deve ocorrer um novo posicionamento sobre o prazo, para que este seja razoável e englobe todos os estados em um efetivo cumprimento.

Com relação às cortes internacionais, o posicionamento se difere em termos. *A priori*, preceituam de modo que o intérprete decida qual o prazo ideal, utilizando-se para a apresentação do preso à autoridade competente, pensando na diversidade de situações que influenciariam no cumprimento do prazo, o legislador internacional estabeleceu que a apresentação devesse ocorrer sem demora, abrindo um leque de possibilidades quanto ao prazo. (ANDRADE; ALFLEN, 2018).

É de suma importância que ao definir o prazo para a apresentação do preso, o posicionamento seja razoável, sob pena da audiência não cumprir seus reais objetivos. Com os prazos estabelecidos acerca do procedimento em demais países, tem-se a ideia de um prazo que varie entre 24 e 72 horas, para que a audiência atinja seus objetivos sem prejudicar o preso e o andamento do processo.

2.4. Forma de apresentação do preso na Audiência de Custódia

O entendimento jurídico brasileiro determina que a apresentação deva ocorrer com o preso em flagrante delito, sendo este, encaminhado à autoridade competente em prazo razoável para a realização da audiência, momento oportuno para averiguar eventuais ilegalidades.

Em síntese, conforme estabelece o artigo 302 do Código de Processo Penal, entende-se por preso em flagrante aquele que foi detido no momento em que cometia o crime, logo após o cometimento ou, ainda, quando encontrado com instrumentos usados na empreitada criminosa (BRASIL, 1941). Nessa sistemática, o infrator é abordado por milicianos e encaminhado até a delegacia de polícia, onde será lavrado o auto de prisão em flagrante e o recolhimento do investigado em uma cela prisional temporária até sua apresentação a autoridade competente.

Superados tais acontecimentos, o acusado aguarda a disponibilidade da autoridade competente para que então, seja encaminhado e apresentado para a realização da audiência. Em suma, o processo de encaminhamento é custodiado pela autoridade policial, que detém tal custódia até que se opte pelo livramento ou convertimento em preventiva a prisão do acusado, ou ainda por medida cautelar diversa.

3. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA PREVENÇÃO DA TORTURA E MAUS TRATOS

O procedimento em estudo tem como um de seus objetivos principais a prevenção de tortura e maus tratos ao preso, tendo como premissa assegurar que o custodiado não sofra qualquer tipo de tratamento degradante e desumano. Desta forma, assegura-se a rápida condução do detido à autoridade competente para julgar a legalidade de uma eventual prisão preventiva, garantindo ainda que este passe por exame de corpo de delito para identificar possíveis lesões sofridas durante a autuação e condução da autoridade policial.

O Brasil, por meio do Decreto n. 40 de 1991, se obrigou a obedecer a Convenção Contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que conceitua tortura como “[...] qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou, mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de ser obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão” (AGNU, 1984).

Ademais, a Carta Magna brasileira estabelece em seu artigo 5º, III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988), no mesmo sentido reza a Convenção Americana dos Direitos Humanos – CADH, responsável pela sua incrementação no sistema processual penal brasileiro, que prevê, em seu artigo 5.2, que: “[...] ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito ao devido à dignidade inerente ao ser humano.” (CADH, 1969).

Inobstante, verifica-se que, na maioria das vezes, a atuação da autoridade policial é abusiva, gerando danos físicos e psicológicos aos detidos, por exemplo o recente caso de repercussão mundial, ocorrido em Minneapolis, no estado de Minnesota nos Estados Unidos, onde George Floyd, um homem negro detido pelas autoridades policiais locais, teve sua vida ceifada pela atuação abusiva de um policial que se ajoelhou sobre seu pescoço causando-lhe a morte por insuficiência respiratória ocasionada pela pressão demasiada sobre o seu pescoço.

Cita-se, outrossim, o caso de Jailton Neri da Fonseca vs Brasil, discutido na Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, o qual foi morto pelas autoridades policiais em uma autuação no Rio de Janeiro, em cuja ocasião fora comprovado pela CIDH que “a respectiva prisão ilegal e arbitrária de Jailton se deu unicamente com o intuito de matá-lo” (CIDH, 2004).

Além disto, o Protocolo II da Resolução de nº 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ dispõe sobre algumas formas de tratamentos que indicam atos de tortura:

I. Quando a pessoa custodiada tiver sido mantida em um local de detenção não oficial ou secreto; II. Quando a pessoa custodiada tiver sido mantida incomunicável por qualquer período de tempo; III. Quando a pessoa custodiada tiver sido mantida em veículos oficiais ou de escolta policial por um período maior do que o necessário para o seu transporte direto entre instituições; IV. Quando os devidos registros de custódia não tiverem sido mantidos corretamente ou quando existirem discrepâncias significativas entre esses registros; V. Quando a pessoa custodiada não tiver sido informada corretamente sobre seus direitos no momento da detenção; VI. Quando houver informações de que o agente público ofereceu benefícios mediante favores ou pagamento de dinheiro por parte da pessoa custodiada; VII. Quando tiver sido negado à pessoa custodiada pronto acesso a um advogado ou defensor público; VIII. Quando tiver sido negado acesso consular a uma pessoa custodiada de nacionalidade estrangeira; IX. Quando a pessoa custodiada não tiver passado por exame médico imediato após a detenção ou quando o exame constatar agressão ou lesão; X. Quando os registros médicos não tiverem sido devidamente guardados ou tenha havido interferência inadequada ou falsificação. (CNJ, 2015, grifo nosso)

Desta forma, a manutenção da audiência de custódia se mostra imprescindível para o processo penal, tendo o intuito de prevenir que tais condutas ocorram, garantindo ao preso segurança no seu tratamento pelas autoridades policiais e a possibilidade de denunciar eventuais maus tratos e torturas sofridas durante sua condução.

4. O REFLEXO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Dentre os inúmeros reflexos ocasionados pela implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro, é importante destacar a mudança significativa nas penitenciárias brasileiras, haja vista que a audiência age de forma direta na cultura de encarceramento que rege o sistema prisional pátrio, tendo o mecanismo atuado positivamente no que tange à superlotação carcerária, diminuindo o número de detentos por penitenciárias em todo o país.

Convém explanar a ideia de que a superlotação carcerária, em sua quantidade maçante, se dá em razão do número excessivo de presos em caráter preventivo no sistema prisional. Partindo dessa premissa, a audiência de custódia age diretamente na repressão dessas prisões preventivas, pois tal mecanismo tem por objetivo julgar a legalidade de forma precoce, sendo que diante da celeridade na qual o preso em flagrante é apresentado à autoridade competente, impede que o detento seja encaminhado para penitenciárias ilegalmente, possibilitando o julgamento da real necessidade de encarcerar ou aplicar outra medida cabível ao detido.

Antes da instalação do referido procedimento na justiça brasileira, prisões preventivas eram decretadas de maneira quase que automática quando o indivíduo era preso em flagrante, desta forma este era autuado e prontamente encaminhado, na maioria das vezes, para uma penitenciária, sem saber se tal medida era realmente aplicada.

A audiência de custódia contribui para que haja um rápido e eficiente julgamento pelo juiz togado, a fim de determinar se realmente é necessária a decretação de prisão preventiva ou se outra medida pode ser aplicada sem que leve o preso à penitenciária e, conseqüentemente contribua para o excessivo aumento do número de encarcerados no sistema prisional.

Para uma melhor compreensão do quão significativo o procedimento em comento refletiu nas penitenciárias nacionais, analisam-se alguns dados estatísticos pesquisados. De acordo com a recente publicação do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), através de seu sistema de informações estatísticas Infopen, o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo,

ficando atrás apenas dos Estados Unidos e China, tendo um total de 773.151 mil presos atualmente, o mesmo instituto mostrou que o número de pessoas presas excede um total de 38,4% da capacidade das penitenciárias nacionais, segundo a estatística informativa o Brasil atualmente consta com cerca de 461.026 mil vagas sendo ocupadas por 758.676 mil detentos, sobrando ainda 14.475 mil presos em delegacias de polícia. (DEPEN, 2019).

Não obstante, aponta-se o Brasil como o segundo país com maior número de presos provisórios no mundo, ficando atrás apenas da Índia, tendo um total de 268.438 mil presos em caráter provisório, que equivale a cerca de 34,7% da população carcerária nacional, contribuindo para a superlotação das penitenciárias brasileiras.

A audiência de custódia tem também como objetivo, combater o excessivo número de prisões preventivas, muitas vezes ilegais e desnecessárias, dando a possibilidade ao julgador competente avaliar a probabilidade de ser aplicada uma medida diversa da prisão preventiva. Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o referido procedimento foi instalado no país em fevereiro de 2015 e, atualmente, está presente em 27 estados brasileiros, sendo que do período inicial até o mês de junho de 2017, foram realizadas um total de 258.485 mil audiências, sendo que em 115.497 mil casos a autoridade competente optou por decretar a liberdade do preso, isto é um total de 44,68% das audiências realizadas, onde a prisão preventiva pode ser modificada pela liberdade, contribuindo em quase metade dos acontecimentos para a desaceleração da superlotação carcerária. (CNJ, 2017).

Em análise dos reflexos da audiência de custódia no sistema prisional brasileiro, importa mencionar o alegado por Carlo Velho Mais (2015, p. 83):

Com a implantação da prática, haverá um potencial auxílio na redução do alto índice de presos provisórios no país, que é de 42% da população carcerária, segundo recentes dados do CNJ, amenizando a superpopulação carcerária e o déficit de vagas, de modo a propiciar melhorias nas condições de cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais, aliadas a redução de custos.

Destarte, é evidente a colaboração do mecanismo para o combate da superlotação das penitenciárias brasileiras, todavia, impera em seu

desfavor a cultura de encarceramento que o país adota, onde a análise feita pelo homem médio¹ determina que o indivíduo preso em situação de flagrância deve ser encaminhado para o cárcere privado independente de qualquer situação. Tais pensamentos sociais influenciam por diversas vezes na decisão de um julgador, uma vez que gera uma espécie de insatisfação social, ocasionando uma série de críticas ao sistema que opta por encarcerar o indivíduo ao educá-lo.

5. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO PREMISA DOS DIREITOS HUMANOS

Verifica-se que o novo procedimento está inteiramente ligado aos Direitos Humanos inerentes a pessoa do preso em situação de flagrância. É comum em uma sociedade regida pela cultura do encarceramento, a ideia de que o criminoso não deve ter direitos e sim, ser punido e ser colocado à margem da sociedade por significar o mal, cujo pensamento é reflexo de uma sociedade que prega que Direitos Humanos são apenas para proteger criminosos e fazer com estes tenham, em uma linguagem mais popular, regalias que não deviam ter.

O conceito de Direitos Humanos e sua abrangência vão muito além de tal ideologia do senso comum pode ser entendidos como a extensão da aplicação da dignidade da pessoa humana, como ensina Beltramelli Neto, para o qual a sua definição passa sobre três prismas atrelados à dignidade da pessoa humana:

[...] qualquer definição do que sejam direitos humanos não pode deixar de partir da noção de dignidade da pessoa humana, seja sob o prisma teleológico, por possuir um objetivo a ser atingido; seja sob o prisma hermenêutico, por ensejar a utilização de um critério ensejador de interpretação e de aplicação conforme as normas incidentes; seja ainda sob o prisma axiológico, que consiste no domínio dos valores que direcionam as normas enunciadas e a sua aplicação. (BELTRAMELLI NETO, 2014, p. 29).

¹ Segundo o site Dicionário Informal: mera criação jurídica para servir de medida para o comportamento de todos os demais seres humanos. É como o quilometro, o metro, o quilo, ou seja, é uma medida, um padrão, cuja a conduta sempre servirá de exemplo e de base para esses demais comportamentos humanos.

O mencionado autor acredita, ainda, que a dignidade da pessoa humana “é como um norte para a aplicação e efetivação dos direitos humanos em tratados internacionais e constituições nacionais, com a finalidade maior de positivar o direito” (BELTRAMELLI NETO, 2014, p.30). Não obstante, o autor entende que a dignidade da pessoa humana possui um aspecto multidimensional e individual:

Multidimensional porque congrega diversos atributos intrínsecos do ser humano, como a liberdade, a igualdade, a integridade física e psíquica; e individual porque, embora inerente a todo ser humano, é moldada com características próprias, delineadas pelo contexto histórico-cultural que circunda o indivíduo (BELTRAMELLI NETO, 2014, p.30).

Como observado, os Direitos Humanos é o eixo orientador da dignidade da pessoa humana colocada em prática, ou seja, garantem que cada indivíduo possa viver em condições dignas e humanas em situação de igualdade e liberdade, bem como ter garantidos os direitos básicos e fundamentais para sua sobrevivência. Desta forma, tais direitos também devem ser aplicados aos que, por algum motivo, foram presos por infringir a legislação penal; e é nesse sentido que se posiciona a audiência de custódia, para garantir que o preso goze dos seus direitos fundamentais e seja tratado com dignidade e igualdade pelos seus semelhantes.

Ademais, os Direitos Humanos devem ser aplicados de maneira igualitária, pois como o próprio nome diz, são direitos inerentes a todos os seres humanos independente da situação em que se encontre, e tal ponto reflete de maneira relevante no instituto processual penal em comento, haja vista que garante ao preso em situação de flagrância a rápida condução à autoridade competente para o julgamento de sua prisão, evitando que fique detido por tempo exacerbado, de forma injusta e ilegal, sendo lesado no direito fundamental à liberdade, bem como garantir que este possa denunciar eventuais maus tratos e agressões físicas ou psíquicas sofridos, resguardando o seu direito de ser tratado com respeito e dignidade.

CONCLUSÕES

Conclui-se que o novo procedimento processual contribuiu significativamente para a humanização do processo penal, haja vista que além de garantir os direitos e garantias fundamentais do preso, contribuiu para um julgamento legal e necessário da eventual prisão preventiva a ser aplicada pela situação de flagrância.

A audiência de custódia consiste na garantia humana do preso em flagrante ser prontamente apresentado à autoridade competente, em regra, no prazo não superior a 24 horas, para que se julgue a necessidade de converter a prisão em flagrante em preventiva, de relaxamento da prisão ou determinação da liberdade provisória, com ou sem fiança, em cuja oportunidade o preso poderá relatar ao juiz como se deu sua prisão, sobre a atuação da autoridade policial e se sofreu algum tipo de maus tratos ou tortura.

É cediço que o novo mecanismo contribuiu positivamente para o processo penal pátrio. Muito embora haja a reprova social, a audiência refletiu em problemas importantes que o país enfrenta como a superlotação carcerária, que comporta quase metade de presos provisórios, desta forma o procedimento contribuiu para que diminua o número de presos provisórios e nos presídios, além de assegurar-lhes os direitos humanos básicos, como bom tratamento e a não sujeição a situações que ofenda a dignidade humana, bem como a liberdade e o direito de um julgamento legal de suas prisões.

A audiência de custódia é novidade e merece atenção especial para o melhor desenvolvimento e fixação no sistema processual penal brasileiro; outro ponto importante é sua regulamentação através da legislação específica que a positive no Código de Processo Penal brasileiro, corroborando ainda mais para a sua aplicação por todo o país. Enfim, o procedimento ainda carece de aperfeiçoamentos, entretanto, é imprescindível a importância de sua aplicação no processo penal brasileiro contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.030 de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66**. 2009. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CADH, **Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, Resolução n. 213**. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados Estatísticos / Mapa de Implantação**. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 05 ago. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil. Sentencia de 11 de março de 2004 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)**. 2004. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

COSTA, César Ramos da. TURIEL, Plínio de Freitas. **A Audiência de Custódia Como Medida de Proteção de Direitos Humanos**. 2015. Disponível em: http://www.ipdd.org.br/conteudo_284_a-audiencia-de-custodia-como-medida-de-protecao-de-direitos-humanos.html. Acesso em: 03 ago. 2020.

DADOS SOBRE POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO BRAISL SÃO ATUALIZADOS. **Governo do Brasil**. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 05 ago. 2020.

FAVARIN, Ana Paula. **A audiência de custódia frente à superlotação carcerária. Canal Ciências Criminais**. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/456708909/a-audiencia-de-custodia-frente-a-superlotacao-carceraria>. Acesso em: 04 ago. 2020.

FERRARI, Wallacy. **A violenta Imobilização de um Segurança Negro por um Policial Branco causou uma onda de debates ao Redor do País. Aventuras na**

História. 2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/historia-hoje/caso-george-floyd-entenda-o-brutal-episodio-que-tem-causado-protestos-nos-eua.phtml>. Acesso em 03 ago. 2020.

HORA, Amélia Maria Motta da. **Audiência de custódia: Eficácia para o Sistema Carcerário Contemporâneo.** 2016. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47141/audiencia-de-custodia-eficacia-para-o-sistema-carcerario-contemporaneo>. Acesso em: 04 ago. 2020.

JUNIOR, Roberto Carlos Veríssimo Correia. **Realização da Audiência de Custódia Como Garantia da Observância Dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa. Rev.** 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/realizacao-da-audiencia-de-custodia-como-garantia-da-observancia-dos-principios-constitucionais-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa/>. Acesso em: 03 ago. 2020.

MASI, C. V. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento.** 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.960.05.PDF. Acesso em: 04 ago. 2020.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos humanos.** Salvador: Juspodivm, 2014.

ESTUPRO MARITAL: DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER FRENTE A VIOLÊNCIA NÃO LEGITIMADA

Katia Felisbino Ferreira
Cledione Jacinto de Freitas

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios os homens consideravam a mulher como sua propriedade, o que de fato restringia sua liberdade sexual, era e infelizmente ainda é tratada como objeto, como forma de satisfação de seus desejos, estes praticam atos violentos, dentre eles, o que denominamos estupro marital, mantendo relações contra a vontade de suas companheiras, subjugando-as. Porém nem sempre a sociedade funcionou desta maneira, houve em determinado tempo um sistema em que a primazia era a mulher: o sistema denominado matriarcal. Este sistema, não era um correspondente inverso do sistema patriarcal, mas sim, um sistema do qual não havia submissões de um sexo a outro. Com a descoberta da agricultura e ainda do papel masculino na reprodução, tal panorama sofreu um revés, prevalecendo o sistema patriarcal.

Ademais a sociedade sempre foi machista, excluindo a mulher de atos comuns como direitos políticos e sociais, sendo submissas a seus companheiros, os quais tinham a imagem de provedor, bem como possuidor de todos os bens. As mulheres, eram fundamentalmente obrigadas a realizar os afazeres domésticos, e obedientes aos seus companheiros. Nesse estudo, foi discutida a violação à dignidade da mulher em seus direitos básicos, inclusive os sexuais, além do amparo psíquico-social diante da violência sofrida. Sabemos que diante da situação social de violência que vivenciamos cotidianamente pode ser verificada por constantes notícias, imperando o medo, pois ainda há a figura do mais forte, culminando na submissão da mulher como “parte mais fraca”, ou no jargão popular “o sexo frágil”.

Neste contexto vemos a mulher ter seus direitos fundamentais violados, não apenas na questão em debate, nos fazendo refletir sobre as

relações entre os sexos, pois desde os tempos mais remotos tende se ver a submissão das mulheres, sem seus direitos preservados, e com o passar dos séculos, pelas lutas levadas a cabo pelas mulheres, foram reconhecidos seus direitos civis, entre outros, recompensando sobremodo as injustiças outrora cometidas, restabelecendo sua dignidade, seu direito de expressão como mais clara a forma de pensamento de que todos somos iguais.

1. SOBRE O ESTUPRO

Etimologicamente segundo o dicionário Michaelis (2020) a palavra estupro, vem do latim *stuprum*, e significa “Crime que consiste em constranger alguém a manter relações sexuais por meio de violência; forçamento, violação. [...] jur. Violência carnal”, em outros termos, o ato da pessoa ser violada em seus direitos, no direito de expor seu corpo e sua liberdade, desrespeitando sua vontade e desejo, além de violar sua liberdade sexual. Rainer Souza (2020, n.p.), ao realizar uma retomada histórica trata da questão das relações sexuais e dos crimes, entre eles o estupro, afirmando que;

[...] havia punição aos homens que praticavam este tipo de crime, muitas vezes com a morte ou castração, mencionamos na civilização hebraica, que puniria o homem que praticasse sexo com sua prometida, antes das formalidades religiosas da época, deveria este ser punido com a morte ou em caso de mulher não comprometida ou virgem deveria este além de casar-se com a mesma, pagar multa ao genitor desta, como forma de reparação do feito.

Apesar de haver uma pena, a mulher era vista como propriedade, e obrigada a casar com o violador, ou seja, a mulher além de violada teria de conviver maritalmente com o seu próprio estuprador o que configurava, além de uma agressão física, uma agressão psicológica, infelizmente tal pena influenciou ordenamentos jurídicos pela história, tal como o ordenamento jurídico brasileiro. A denominação utilizada, para Hungria (1959, p. 87-88) no Direito Romano “[...] para este crime era *Stuprum*, referia-se à conjunção carnal com mulher virgem ou viúva desonesta, mas não poderia ter o emprego da violência. No Direito Canônico, seria enquadrado somente se a vítima fosse virgem e cometido com emprego de violência”. Queiroz (2011)

ao tratar da questão do estupro recorre a Thomas Hayden que afirma ser o princípio básico aos vencedores das batalhas humilhar seus opositos, onde a prática de estupros visava a rendição dos vencidos, aduz também que o estupro era usado para motivar os soldados em muitas guerras, aludindo que jovens somente poderiam manter relações sexuais, quando conquistassem mulheres de outras etnias, tanto que em Roma, Grécia e Egito, passou-se a considerar o estupro como recompensa dos heróis de guerra. Nesse interim, o homem tinha a mulher como sua propriedade, valendo-se da sua posição perante a sociedade em época de guerras, para “punir” seus oponentes estuprando suas companheiras, por vez condecorados com suas atitudes.

Na história vemos relatos desde as civilizações antigas, e na forma que conhecemos hoje deriva sobre influência da Igreja Católica, com as relações organizadas de maneira hierárquica, o sexo como meio de procriação, onde a mulher tende a cumprir seus deveres matrimoniais, como instituto de formalização da relação. No entanto, o sexo acabou por se transformar em obrigação e satisfação dos desejos do homem perante a mulher. No Brasil a situação da mulher não era muito diferente de outras partes do mundo como observamos numa passagem de Freyre (1997, p. 94) que trata da especialização e diferenciação da mulher: “[...] em ‘belo sexo’ e ‘sexo frágil’, fez da mulher do senhor de engenho e de fazenda e mesmo da iaiá de sobrado, no Brasil, um ser artificial, mórbido. Uma doente, deformada no corpo para ser a serva do homem e a boneca de carne do marido”. A legislação brasileira por décadas não considerou a dignidade da mulher, como exemplo, os crimes contra os costumes assim definidos pela redação antiga do Código Penal, como os Crimes contra a Dignidade Sexual, Dos Crimes sexuais contra vulneráveis e até 2005 o crime de rapto, poderia ter a sua punibilidade extinta pelo casamento do agente com a vítima, tal redação vigorou no código penal até a promulgação da lei 11.106/2005, vejamos:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: [...]

VII - **pelo casamento do agente com a vítima**, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;
VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida

não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a conta da celebração. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Já a Lei 4121 de agosto de 1965, denominada como Estatuto da Mulher Casada (BRASIL, 1965), contribuiu sobremodo para que as mulheres, tivessem seus direitos estabelecidos, qual conforme redação do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), as mulheres eram privadas das obrigações civis, sendo submetidas ao crivo de seus companheiros. Com a edição da Lei 4121 o homem e a mulher passam a ter o mesmo direito na sociedade conjugal. Por si, a palavra estupro induz forçosamente a submissão onde a “posse” a “violência” se sobrepõe a vontade do mais vulnerável.

No Brasil, também houve a concepção de que o homem era considerado o chefe da sociedade conjugal e a mulher submetia-se a ele, como exemplo o Art. 233 Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), dispositivo este alterado com a edição do Novo Código Civil Brasileiro de 2002 qual dispõe da igualdade e deveres entre os cônjuges (BRASIL, 2002). Na atualidade, o país dispõe de mecanismos de intervenção para lidar com tal delito, ora com a Edição da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), ora com alterações pontuais no Código Penal Brasileiro, que buscam aumentar as penalidades garantindo à mulher o direito de dizer não, bem como cria-se premissas que permitem a proteção para que esta não seja submetida a práticas diversas à sua vontade.

2. DÉBITO CONJUGAL

Sob a influência, do credo religioso e a obrigação da consumação do casamento, os direitos e deveres relacionados ao relacionamento do casal, vê-se a necessidade das obrigações dos conjugues em relação às relações sexuais, e diante da negativa caracteriza-se o débito conjugal. Tal mister tem início desde tempos primórdios, pois nas antigas civilizações, visível era a inferioridade da mulher. Zanini e Queiroz (2018) afirmam que o Código previa que todo o crime de adultério deveria ser punido, caso ocorresse separação deveria haver compensação. Estabelece-se o paradigma, pois no Código de Hamurabi, a mulher era tida como propriedade do homem, sendo passiva de penalidades ao descumprimento de suas obrigações conjugais, podendo as mesmas serem punidas, bem como no Direito

Romano, de onde surge inclusive o termo *pater familias*. Contudo, com o relacionamento ao estabelecer o *debitum coniugale*, quando a negativa de um dos cônjuges, não se pode forçosamente consumir um ato sexual contra sua vontade, forçando por meio da violência, e atentando contra a sua integridade física, sua liberdade e sua saúde psicológica. Nesta mesma linha de raciocínio Carlos R. Gonçalves (2012, p. 164) aduz que:

Os efeitos do casamento, em razão de sua relevância, projetam-se no ambiente social e irradiam as suas consequências por toda a sociedade. O matrimônio legaliza as relações sexuais do casal, proibindo a sua prática com outrem e estabelecendo o ‘*debitum conjugale*’. Complementando que ‘O cumprimento do dever de coabitação pode variar, conforme as circunstâncias. Assim, admite-se até a residência em locais separados, como é comum hodiernamente. Porém, nele se inclui a obrigação de manter relações sexuais, sendo exigível o pagamento do *debitum conjugale*. Já se reconheceu que a recusa reiterada da mulher em manter relações sexuais com o marido caracteriza injúria grave, salvo se ela assim procedeu com justa causa’. (grifos do autor).

Há claramente neste conceito que a coabitação não caracteriza o fato da relação entre as partes, devendo ser clara a posição de cada par e respeitando a vontade da parte em manter a relação sexual, não caracterizando assim a obrigação como forma de pagamento e a ser exigido pelo coabitante, como frisa o doutrinador Silvio Rodrigues (2008, p. 126-127). “[...] a coabitação, assim, vai além da convivência no domicílio conjugal. Representa o *jus in corpus in ordine ad actus per se aptos a prolis generationem*, ensejando, por decorrência, o *debitum conjugale*, cujo pagamento pode ser exigido pelo cônjuge”. (grifos do autor). Na nova edição do Código Civil Brasileiro, Lei nº. 10406/02 (BRASIL, 2002), em seu Capítulo IX, sobre a eficácia do casamento, mostra o papel assumido pelo homem e pela mulher na condição de contratantes, e passam a ser companheiros e responsáveis pela família, acrescentando que cabe a ambos o planejamento familiar, e mostrando através da legislação a função do Estado como mantenedor dos direitos básicos de seus cidadãos. Já o artigo 1.566 do mesmo diploma legal, atribui aos conjugues obrigações em comum como vemos;

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos [...] (BRASIL, 2002).

O débito conjugal, além da coabitação se refere a domicílio, onde os coabitantes residem, é caracterizada muito além da convivência atribuída as partes, como a afetividade, o respeito mútuo, caracterizado nos princípios da Carta Magna em seu art. 1º, III e 5º caput (BRASIL, 1988), qual traz há tratativas em relação a dignidade da pessoa humana e sua liberdade. Nucci, (2003, p. 668), aduz que:

Não é crível que o atual estágio da sociedade, inexistindo naturalidade no relacionamento sexual de um casal, tenha o homem o direito de subjugar a mulher à conjunção carnal, com o emprego de violência ou grave ameaça, somente porque o direito civil assegura a ambos o débito conjugal. Tal situação não cria o direito de estuprar a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento. Os direitos à incolumidade física e à liberdade sexual estão muito acima do simples desejo que um cônjuge possa ter em relação ao outro, pois, acima da sua condição de parte na relação conjugal, prevalece a condição de ser humano, que possui, por natural consequência, direito inviolável à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5º, caput, CF), além do que ‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações’ (art. 5º, I, CF). (grifos do autor).

Entende-se então que inexistindo a relação sexual, não cabe ao homem o direito em forçar sua companheira à prática do ato sexual, a qual em vários casos ocorre sob ameaça e muitas vezes caracterizando o estupro conjugal (ou marital) causando transtornos físicos e psicológicos as suas companheiras. Para Paixão (2019, n.p.) “[...] Considerando que a mulher era relegada a segundo plano, não sendo tratada como sujeita de direitos e deveres, não restam dúvidas que era a mulher e os seus filhos os grandes prejudicados neste tipo de relação, visto que ao homem ‘tudo’ era permitido.” A visão machista e a fragilidade das leis brasileiras, onde

a violência contra as mulheres eram permitidas ou não julgadas, práticas também extensivas à a prole, como nos ensina Dias (2008, n.p.);

A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel divisão entre os filhos. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do casamento. Nominados de naturais, adulterinos, incestuosos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou morte permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai que saia premiado, pois não assumia qualquer responsabilidade pelo fruto de sua aventura extramatrimonial. Quem era onerada era a mãe que acabava tendo que sustentar sozinha o filho, pagando o preço pela ‘desonra’ de ter um filho ‘bastardo’.

As legislações brasileiras acerca do tema, não raro mantinham tal panorama, mudado após alterações promulgadas através da Constituição de 1988, que trouxe mudanças significativas no Direito de Família, determinando igualdade entre mulheres e homens, estabelecidas em seu Art. 266 § 5 e 8º como vemos: “[...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” (BRASIL, 1988, grifos do autor). Para Zanini e Queiroz (2018), o ordenamento jurídico de países como Austrália, Holanda, México, Suíça, o debito conjugal não é aplicado, pois seus legisladores acreditam que a vontade das partes sobrepõe o ordenamento jurídico, sendo a relação sexual um acordo comum e sua prática resultante da afinidade do casal, contudo verifica-se que na Itália e Alemanha, os casos são verificados diante manifestação da vítima, não obrigando o poder público a tomar providências diante da não comunicação da violência.

3. ESTUPRO MARITAL OU CONJUGAL E A DIGNIDADE DA MULHER, COM VISTA A VIOLÊNCIA NÃO LEGITIMADA

O estupro, causa temor, ainda mais quando é praticado pela pessoa com a qual se convive, pois submete a vítima a prática de atos sexuais contra

sua vontade, muitas vezes sob ameaça, pressão psicológica e violência física, trazendo sérios prejuízos à parte ofendida, que se vê em muitos casos sem perspectivas, cedendo às pressões de seus companheiros, temendo pela sua vida e de sua prole. AVILA (2018 apud SUSAN 2018, p. 14) “[...] a cada minuto, quatro mulheres são vítimas de agressão no Brasil, desta forma, fica nítida a necessidade de políticas públicas e leis que assegurem a proteção dessas vítimas”. Nas ponderações de Mendonça e Bernardes (s.d., n.p.),

[...] Os maus tratos físicos infligidos por um cônjuge ao outro. É o fato de um cônjuge forçar o outro a um comportamento não querido, através de força material, sendo que as sevícias não refletem apenas em atos de violência contra a pessoa caracterizadora de vias de fato, como na crueldade psíquica, no mau tratamento nas imposições vexatórias. Para que a sevícia seja considerada causa de anulação de casamento, terá que estar ligada ao caráter vil de quem as pratica, no tange ao erro sobre a honra, bem como as sevícias sexuais decorrentes da anormalidade psíquica do cônjuge.

A fragilidade das Leis Brasileiras quando o crime de estupro era praticado em desfavor da convivente varoa, era tão evidente que a mudança de paradigmas se deu no ano de 2006 com a promulgação da Lei Maria da Penha, passando a ser tratado como violência doméstica.

Bem como as alterações no Código Penal Brasileiro promovidas pela Lei 12015/2009 em seu Art. 213, qual tornou as penas mais severas, sendo que as penas previstas de 6 a 10 anos, foram alteradas por força da reformulação da lei, quando a conduta resulta em morte da vítima, para 12 a 30 anos (BRASIL, 2009).

Em uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde mostrou que no período de 2009 a 2016, os números referentes ao crime de Estupro cometido por esposos, conviventes, namorados passaram de 73 casos comunicados em 2009 para 890 em 2016 (LIBÓRIO, 2019). Diante de tal estatística, que impressiona pelo crescimento significativo, Alencar e Ferrugem (2019, p. 4) acrescenta que:

A violência contra a mulher é um grave crime de violação de direitos humanos, que milhares de brasileiros são vítimas todos os dias. Segundo dados

revelados no balanço dos atendimentos realizados em 2014, pela central de atendimentos a mulher, da secretaria de políticas para as mulheres de Presidência da República (SPM-PR) 43% das mulheres em situação de violência sofrem agressões diariamente; para 35% a agressão é semanal.

Com a criação da Lei Maria da Penha criou-se mecanismos importantes no amparo e proteção das mulheres vítimas de violência, qual corrobora com a aplicação das medidas de defesa trazidas pelo Código Penal Brasileiro, onde passam os julgadores a estabelecer critérios em seus julgamentos observando os direitos fundamentais visando o bem-estar físico e psicológico das mulheres vítimas. O artigo 7º da Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), dentre os vários tipos de violência, a sexual.

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; [...]. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

O Estupro quando cometido em função da união estável, convivência ou casamento, devem ser caracterizados como tortura por parte do companheiro, haja vista que o local onde houvera a consumação do ato trata-se de sua residência. No entanto, CAPEZ, (2011, p. 132) defende o direito cabido às mulheres diante da relação sexual ponderando:

[...] A mulher tem direito à inviolabilidade de seu corpo, de forma que jamais poderão ser empregados meios ilícitos, como a violência ou grave ameaça, para constrangê-la à prática de qualquer ato sexual. Embora a relação sexual constitua dever recíproco entre os cônjuges, os meios empregados para sua obtenção são juridicamente inadmissíveis e moralmente reprováveis.

Por Damásio de Jesus (2000, p. 96) temos:

Entendemos que o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa. Embora com o casamento surja o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual, empregando contra ela a violência física ou moral que caracteriza o estupro. Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações sexuais quando e onde este quiser. Não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual [...]. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa.

Para Mirabete (2001), o fato de a relação sexual ser lícita aos cônjuges ou companheiros esta deve ser de forma consentida e harmoniosa, não se permitindo a violência para que o ato sexual seja realizado, caso haja a negativa reiterada e injustificada cabe ao cônjuge a separação conjugal. A perplexidade social diante da situação do crime de estupro é caracterizada pela fragilidade pela qual a vítima encontra-se após a ação, pois viola dignidade da pessoa humana, fere o princípio constitucional, seus direitos básicos.

Com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e diante da situação vivenciada por muitas mulheres, prevê o Art. 7^a da Declaração Universal dos direitos Humanos editado pela Organização das Nações Unidas – ONU, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção, tem direito à igual proteção lei, Todos tem o direito a proteção que viole a presenta declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (ONU, 1948), bem como fundamenta-se em relação aos direitos Humanos e Fundamentais das Mulheres. Diante do contexto, por si próprio a terminologia convivência não autoriza o homem, de forma forçosa, manter relações sexuais com sua companheira como nos ensina Ferraz (2001, p. 194-195):

O estupro da mulher casada, praticado pelo marido, não se confunde com a exigência do cumprimento do débito conjugal; este é previsto inclusive no rol dos deveres matrimoniais, se encontra inserido no conteúdo da coabitação, e significa a possibilidade do casal que se encontra sob o mesmo teto praticar

relações sexuais, porém não autoriza o marido ao uso da força para obter relações sexuais com sua esposa. [...] A violência sexual na vida conjugal resulta na violação da integridade física e psíquica e ao direito ao próprio corpo. A possibilidade de reparação constitui para o cônjuge virago uma compensação pelo sofrimento que lhe foi causado.

Neste conceito a Vânia dos Santos Silva (2017), aduz que:

[...] precisamos acabar com a cultura do estupro e com a cultura da violência contra as mulheres e podemos começar com a educação, um processo mais longo, sei, porém com resultados mais sólidos. Mas a educação deve ser de outro tipo. Precisamos de uma educação que ensine para os meninos, desde crianças, que o corpo da mulher não é objeto, que ele não existe para ser violado e para ser agredido. Precisamos de uma educação onde o respeito ao outro seja ensinado. Precisamos de uma educação mais amorosa.

Engel (2017), ouviu mulheres vítimas de estupro, onde a maioria relatou que após o fato procuraram auxílio imediato a tratamento psicológico e que, somente 10% destas mulheres acionaram o serviço de proteção, como o disque 100 ou as forças policiais. Para Silva (2017),

[...] mulheres violadas que foram em busca de um tratamento psicológico após o ocorrido. Nas narrativas, notou que o passar cronológico do tempo não é necessariamente vital e suficiente para que uma experiência como essa seja superada. As consequências biográficas que envolvem viver com um corpo invadido, machucado, manejado como se fosse um objeto são muitas e, em alguns casos, se apresentam com doenças frequentes, como infecções urinárias, ou, ainda, com desmaios, vômitos e dores de cabeça insuperáveis, mesmo depois de mais de quinze ou vinte anos da agressão sofrida. É como se o corpo estivesse ainda guardando a presença de outro, e não raro as mulheres deixam de se reconhecer no espelho. Além disso, pode-se perder a coragem de levar à frente projetos pessoais, deixando de lado a autonomia decisória sobre a própria vida e o engajamento em relacionamentos afetivos.

Sob a ótica de Engel (2017), o estupro trata-se de uma forma de submeter a mulher a violência psicológica e física, qual vê se obrigada a ceder a vontade de outro, sem que este esteja preocupado com seus desejos, suas necessidades. Apesar de ser considerado crime no Brasil, o crime de Estupro capitulado no art. 213 do CPB, traz a necessidade veemente da vítima em praticar denuncia aos órgãos de proteção, sendo o disque 180, ou as delegacias especializadas, a fim que os poderes públicos possam a punir as agressões. Por vergonha, as mulheres vítimas de seus companheiros, não os denunciam, se abstém de seus direitos e cedem as vontades de seus companheiros, sendo estas violentadas de maneira vil. Nuzzo e Brandeline (2019, n.p.) trazem relatos de mulheres violentadas pelos seus companheiros como a seguir:

‘Me desculpe se eu gaguejar, ainda é muito difícil lembrar o que aconteceu’, diz a mineira I.M.S., 51, Ela prefere ser identificada apenas com as iniciais.

As agressões vividas por I. eram constantes desde o início do casamento, que durou 29 anos. Em janeiro de 2016, ele chegou bêbado em casa e me violentou. Eu dizia: ‘Não quero, não quero’, relembra. ‘Ele tapou minha boca com uma mão, para eu não gritar, e, com a outra, colocou uma faca no meu pescoço. Me levou para o quarto, me estuprou por horas e de todo jeito que você possa imaginar’. O casal se divorciou, e ela, agora, recebe ajuda de uma advogada voluntária para dar entrada no processo contra o ex, por causa das agressões que sofreu.

Em outro relato, se trata de uma mulher violentada pelo companheiro, fato este trazido, Nuzzo e Brandeline (2019, n.p.): “[...] Um dos piores casos com os quais já lidou foi de uma mulher de 57 anos que disse ter que fazer sexo anal com o marido em troca de comida para os filhos. ‘Ela pedia que o homem fosse comprar a ‘mistura’ das crianças, e ele só ia se ela tivesse relação com ele’”. Muitos casos relacionados ao estupro marital, as vítimas diante da dependência financeira, cede, mesmo contra seus desejos, a um relacionamento voltado a práticas violentas, como de estupros. Segundo Cerqueira e Coelho (2014), dos casos de estupro sofrido por mulheres adultas 9,3% são praticados, por seus conjugues, companheiros, e 1,6% pelos

namorados. A falta de denúncias também é caracterizada pelo medo das vítimas, as quais sofrem constantes ameaças, tal medo se expõe nos números, como podemos ver neste período de isolamento social que vivemos atualmente, vê-se um crescente no número de casos de violência doméstica, desta feita, fica a seguinte pergunta, quantos casos de violência que nunca foram denunciados? Que nunca foram relatados? E que infelizmente terminam em feminicídio. Conforme a Procuradora Especial da Mulher do Senado Federal (BRASIL, 2020) a Senadora Rose Freitas apresentou o projeto de Lei 1798/2020, qual facilita às vítimas a denunciar seus agressores, por meio dos meios de comunicações existentes. Brasil (2020) acrescenta ainda as observações do coordenador do Observatório da Violência Contra a Mulher – OMV Henrique Marques Ribeiro.

[...] o estudo conduzido pelo Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA, da sigla em inglês), segundo o qual, durante as medidas de isolamento, *haverá aumento médio da ordem de 20% dos casos de violência doméstica em todo o mundo*. Em termos globais, significa mais de 15 milhões de casos de violência por parceiro íntimo em 2020, a cada três meses de vigência das medidas de isolamento social.

Para o coordenador [Ribeiro], a expectativa de aumento da violência doméstica contra mulheres em períodos de isolamento se baseia, principalmente, na maior exposição da mulher a comportamentos violentos, por parte dos parceiros, potencializados por mais tempo de convivência cotidiana e por tensões psicológicas ou econômicas devido à redução de renda ou ao abuso no consumo de álcool. (BRASIL, 2020, grifo nosso).

Segundo dados apresentados pelo Observatório da Violência contra a Mulher do Senado Federal, (BRASIL, 2020) o percentual de mulheres vítimas de seus companheiros sejam eles marido, companheiro, namorado, apresentaram números três vezes maior em relação aos números apresentados em 2011, apresentando no ano de 2019 o patamar de 37%, incluindo as situações que seus companheiros ou ex-companheiros sejam os agressores, também representam o aumento de 284% de casos envolvendo o instituto familiar. Hoje 19% das mulheres entrevistadas dizem conhecer a Lei Maria da Penha, seus efeitos, em torno das tipificações

penais e ou criminais em decorrência de crimes de violência doméstica, enquanto 68% não conhecem muito e 11% não conhecem. Para 95% das mulheres entrevistadas uma forma mais plausível de acesso seria a informação, como norma ao combate a violência, fortalecendo os programas de assistência e dirimindo dúvidas quando a seriedade das ações, como por exemplo a privacidade e a confidencialidade, não expõem as vítimas, principalmente para o julgamento da sociedade. O que ainda se vê no Brasil, conforme já exposto nas estatísticas trazidas é que ainda temos uma grande subnotificação dos casos de estupro, principalmente quando se trata do estupro dentro da relação marido/mulher, tal fato ainda acontece devido toda a estruturação da cultura com base no patriarcado.

Diante disso, o que se percebe é que a dignidade da mulher como ser dotado de direitos ainda não é respeitada em virtude do machismo e falocentrismo vigente. A mulher, diante de muita luta e através de diversas reformas, vem pouco a pouco tendo a sua dignidade restaurada e garantida legalmente, como por exemplo a promulgação da lei Maria da Penha. Com a finalidade de dar cumprimento à legislação vigente e com bases nas ações criminais, Magistrados passaram a condenar companheiros agressores. A criação da Lei Maria da Penha, traz muitas vezes às mulheres violentadas, um refúgio e esperança de ter seus direitos pois encontram um alicerce jurisprudencial. O fator preponderante nas decisões judiciais pós Lei Maria da Penha, em relação aos crimes contra os costumes, vislumbra-se uma atuação mais efetiva pois com o endurecimento da Lei Penal, em relação principalmente ao crime de Estupro, ou atentado violento ao pudor. Na concepção de Greco, (2011, n.p.) “[...] que a dignidade sexual é uma das espécies do gênero da dignidade humana”. Claramente se vê que o propósito pátrio estabelecido nas diretrizes capitulares em seu Artigo 5º, encontram-se claramente feridas, pois a desigualdade, como falta de amparo, respeito, principalmente as mulheres que diante de vastas situações sentem-se ultrajadas diante dos fatores quais são ou por ventura serão submetidas.

CONCLUSÕES

Nosso estudo buscou discutir a situação em que passa as mulheres vítimas de seus companheiros, caracterizado pelas práticas abusivas de

estupros este classificado como marital e ou conjugal, onde, mesmo sem sua vontade estas mulheres são submetidas a situação vexatórias praticadas por aqueles que de forma deveriam protege-las. Neste conceito, vemos que esta prática contumaz, dá-se desde o início dos tempos, onde na antiguidade as mulheres eram ensinadas desde crianças aos afazeres domésticos, e preparadas para o casamento, qual deveria obrigação aos seus provedores. Também, conceituamos o débito conjugal, onde os homens diante das negativas na prática sexual poderiam insurgir contra suas companheiras e estas passíveis de punições como a dissolução do casamento.

Contudo com o passar o tempo e da instituição de novas leis e novos conceitos, a mulher passa a ter em parte seus direitos fundamentais observados, porém ainda se observa que o homem ainda dispõe de um poder sobre sua companheira. Instituiu-se no Brasil, a Lei Maria da Penha, qual passou a nortear campanhas para conscientizar a mulher de seus direitos, como o de dizer “não”, preparando-as para denunciar os abusos sofridos, o que leva seus agressores aos tribunais. Visa-se primordialmente, conceituar os direitos e a legitimidade das mulheres visando como princípio sua dignidade, liberdade sexual, sua vontade, e seus desejos. Não obstante, a alteração no Código Penal atual, mas especificamente em referência aos Crimes de Estupro e Contra os Costumes, traz maior segurança jurídica as mulheres vítimas, pois a gravidade do ato sofrido requer penas menos brandas aos agressores. Por fim, é importante considerar que as mulheres vítimas de violência sexual, ainda convivem com a discriminação por parte da sociedade, sendo vítima de violência secundária, por vezes, por preconceito.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, S. S.; FERRUGEM, F. M. **Violência conjugal contra a mulher**: quando a intimidade sexual passa ser um ato de violência. 2019. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD4_SA5_ID1298_06082017194012.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 3071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 1 de jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. Lei 4121 de agosto de 1965.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10406/2002 de 10 de janeiro de 2002.** Dispõe sobre a instituição do novo Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 12015/2009 de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Observatório alerta para risco de aumento da violência doméstica na pandemia.** 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/05/observatorio-alerta-para-risco-de-aumento-da-violencia-domestica-na-pandemia>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011, vol. 3.

CERQUEIRA, D.; COELHO, D. S. C. **Estupro no Brasil:** uma radiografia segundo os dados da saúde. IPEA, nota técnica nº 11, 2014, p. 1-30. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 nov. 2008. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil. Acesso em: 17 ago. 2020

ENGEL, C. L. **As atualizações e a persistência da cultura do estupro no Brasil**. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2017. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2339.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

FERRAZ, C. V. **A responsabilidade civil por dano moral e patrimonial na separação judicial**. São Paulo: PUC, 2001.

FREYRE, G. **Introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil**: sobrados e mucambos. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1997.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 6.

GRECO, R. **Crime contra os costumes e dignidade sexual**. 2011. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>. Acesso em: 28 mai. 2020.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JESUS, D. **Direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2000.

LIBÓRIO, B. **A violência contra a mulher no Brasil em cinco gráficos**. 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/a-violencia-contra-mulher-no-brasil-em-cinco-graficos-23506457>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MENDONÇA, M. C. F.; BERNARDES, W. **A sevícia como reveladora de erro essencial**. Faculdade Anhanguera. [s.d.]. Disponível em: http://www.educacional.com.br/ensinosuperior/anhanguera/nupec_caderno_sumario_2.asp. Acesso em: 10 jul. 2020.

MICHAELIS. **Estupro**. 2020. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 4 jul. 2020.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, G. S. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUZZO, A.; BRANDELINE. C. **Advogadas de vítimas de violência doméstica**. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/01/28/advogadas-de-vitimas-de-violencia-domestica-relatam-ameacas.htm?cpVersion=ins-tant-article>. Acesso em: 15 abr. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

PAIXÃO, T. E. P. S. **Instituto do débito conjugal enquanto instrumento de legitimação do ato ilícito de estupro marital, 2019**, Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/instituto-do-debito-conjugal-enquanto-instrumento-de-legitimizacao-do-ato-ilicito-de-estupro-marital/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

QUEIROZ, N. **A íntima história do estupro na guerra**. 2011. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/a-intima-historia-do-estupro-e-da-guerra/>. Acesso em: 30 mar. 2020.

RODRIGUES, S. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 6.

SILVA, V. S. **Patriarcado e a cultura do estupro no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/cultura-do-estupro-no-brasil/>. Acesso em: 14 mai. 2020.

SOUZA, R. **Hebreus: os primeiros passos**. 2020. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/hebreus.htm>. Acesso em: 22 maio 2020.

SUSAN, S.T. **Evolução legislativa na proteção à mulher e a aplicabilidade da Lei Maria da Penha**. Monografia (Direito), UniEVANGÉLICA, Anápolis-GO, 2018.

ZANINI, L. E. A. Z.; QUEIROZ, O. N. C. **O débito conjugal na perspectiva dos direitos da personalidade**. 2018. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-debito-conjugal-na-perspectiva-dos-direitos-da-personalidade/>. Acesso em: 2 jun. 2020.

O DEPOIMENTO DA VÍTIMA NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS

Viviane Neris Rondon
Patrícia Cardoso Medeiros de Castro
Sueli da Silva Aquino

INTRODUÇÃO

Notícias sobre crimes sexuais contra vulnerável são recorrentes nos meios de comunicação, crimes que na maioria das vezes acontecem no ambiente familiar e, o agressor possui algum tipo de autoridade perante a vítima, utilizando de violência física ou psíquica para realização e ocultação de seus atos.

O abuso sexual de vulnerável se apresenta sob diversas formas; como ato libidinoso, conjunção carnal, corrupção de menores, satisfação da lascívia e exploração sexual mediante presença de criança ou adolescente. O processo de obtenção de provas para tais crimes encontram muitas dificuldades, pois recorrem da utilização da prova testemunhal para elucidação dos fatos ocorridos. O Depoimento Especial tem se mostrado de grande valia na condução do processo, fazendo o acolhimento personalizado e individualizado da criança ou adolescente. Para tanto se faz necessário o auxílio de profissionais qualificados, capacitados nas áreas de psicologia e assistência social, com propósito de prevenção de traumas maiores à vítima, tais como a revitimização e as chamadas falsas memórias.

Desta forma, a Lei nº 13.431 instituiu duas formas para a aquisição de prova, realizada com crianças e adolescentes que tenham sido vítimas ou testemunhas de violência, são elas: a escuta especializada e o depoimento especial. O depoimento deverá ser realizado por especialistas (psicólogos, juízes, conselheiros tutelares) ouvindo a vítima na condição de ser um direito, e não uma obrigação, esperando contribuir para minimizar o sofrimento ao reviver momentos que gostaria de esquecer.

Este trabalho utilizou a abordagem qualitativa, com a intuito de refletir sobre a valoração da palavra da vítima de crimes sexuais contra vulneráveis e,

outro ponto foi destacar a importância da utilização da técnica adequada na obtenção de depoimento, visando minimizar maiores traumas nas vítimas, bem como proporcionar maior eficácia na obtenção da prova testemunhal.

1. DO ABUSO SEXUAL E DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Ao longo da história humana, sempre existiu a violência sexual contra crianças e adolescentes, o que mudou ao longo do tempo foi a forma como a sociedade e o Estado passou a encarar este fato. Na visão de Aded et al (2006, p. 204)

O abuso sexual, uma das formas mais danosas, é conhecido desde a Antiguidade, porém, pouco se avançou no sentido de prevenir e amenizar suas consequências. Diferenças culturais, legais e de procedimentos dos profissionais envolvidos talvez expliquem a dificuldade em se estabelecer políticas públicas de prevenção e enfrentamento do problema no mundo inteiro.

Para Santos (2011) estamos vivenciando conquistas importantes com a implantação de ações conjuntas entre o poder público e a sociedade, considerando legalmente a criança/adolescente como sendo um cidadão-criança, um cidadão-adolescente, sujeitos de direito, e considerado como crime intolerável a violência sexual cometida contra eles.

Na Lei N. 13.431 (BRASIL, 2017) em seu art. 1º “normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência”. Afiança no art. 2º que a criança/adolescente deve gozar dos “direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, com oportunidade de gozar de preservar sua saúde física e mental, para garantir que tenha um desenvolvimento de suas capacidades moral, intelectual e social. Ainda garante no art. 2º, parágrafo único que cabe a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, políticas integradas e coordenadas para garantir os direitos humanos da criança/adolescente e resguardá-los de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão.

Para Bitencourt (2014) o abuso sexual é a desarmonia entre as partes, que ocorre pela discrepância de força física, psicológica ou emocional e, ocorre o abuso contra crianças e adolescentes, aproveitando de sua posição superior sobre a vítima, causando traumas físicos, psicológicos e emocionais.

As transformações ocorridas na sociedade pós-moderna ocasionaram e elucidaram novas e graves preocupações que culminaram na modificação do Código Penal brasileiro em 2009 pela Lei nº 12.015/2009. Os crimes sexuais, antes intitulados “crimes contra os costumes”, passaram a ser denominados “crimes contra a dignidade sexual”. Desta forma, o Código Penal passou a tratar tais crimes embasado no conceito de dignidade, ao invés do âmbito da moralidade, como era tratado anteriormente. A designação anterior tinha como fundamento princípios morais e não jurídicos a serem protegidos pela norma formal (BRASIL, 2009).

Os fundamentos do Direito Penal pressupõem que a caracterização de um crime se dá apenas na existência de bem jurídico que deva ser tutelado pelo ordenamento. Deste modo, se faz necessário a observação de alguns princípios dos Direito Penal, dentre eles o da proporcionalidade, da lesividade e da subsidiariedade. Procura-se, a partir de tal elucidação, um referencial para a tutela da dignidade sexual, de acordo com as alterações feitas pela Lei nº 12.015/2009, que teve como desígnio tutelar a dignidade sexual, conclui-se que a dignidade sexual é o objeto de proteção dos crimes sexuais.

2. DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS

De acordo com Giddens (2002) a conceituação de vulnerabilidade está relacionada a maior ocorrência de violação de direitos sofrida por estes grupos, portanto, a vulnerabilidade está conectada a exclusão social. A noção de vulnerabilidade traz o fenômeno da exclusão observado de um espectro mais amplo, capaz de observar a questão da falta de acesso aos bens necessários a uma vida digna, os paradigmas dos processos exclusivos, a desqualificação social e a desagregação identitária.

A inserção da vulnerabilidade ao Direito Penal se deu no momento que estes vulneráveis passaram a ser considerados como principais vítimas de formas de violência específicas, bem como, ansiosos por suas vulnerabilidades.

Essa forma de pensar é ao mesmo tempo capturada por algumas manifestações da mais recente Criminologia crítica, as quais passam a identificar a violação de Direitos Humanos com o crime. Do encontro do discurso de Direitos Humanos com o ponto de vista largamente absorvido por uma significativa parcela da Criminologia crítica contemporânea, efetuado no locus semântico da categoria vulnerabilidade, é que nasce o substrato ético a justificar, o aqui chamado, 'Direito Penal dos vulneráveis'. (COSTA e BARRETO, 2015, p. 64).

2.1. Estupro de vulnerável

O art. 217-A, incluído pela Lei nº 12.015 de 2009, trata do estupro de vulneráveis, com o seguinte texto:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência

[...]

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos §

4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2009).

No texto, o objeto jurídico que se pretende proteger é a dignidade sexual de um determinado grupo considerado frágil, evitando que entrem de modo abusivo e precoce na vida sexual (JESUS, 2020). Para Masson (2020) o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser qualquer pessoa, entretanto, o sujeito passivo só se caracteriza por uma pessoa vulnerável, caso oposto entraria no estupro simples. O crime traduz-se na conjunção carnal ou algum outro ato libidinoso com pessoas vulneráveis, não dependendo de violência ou grave ameaça, sendo sempre presumida a vulnerabilidade quando tiver menos de 14 anos, da mesma maneira do estupro, o crime se consuma com o primeiro ato libidinoso realizado pelo sujeito ativo.

A legislação estabeleceu tratamento diferenciado em relação ao menor de 14 anos e, ao maior de 14 anos e menor de 18 anos. Quanto ao maior de 14 anos e menor de 18 anos, a lei reconheceu determinada liberdade sexual. Apesar de que se possa falar em vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, a lei não confere ao juiz margem de discricionariedade que permita aferir, no caso concreto, o grau de maturidade sexual para aplicação dos dispositivos legais (NUCCI, 2010).

2.2. Corrupção de menores

O art. 218, tem a seguinte redação, *in verbis* “Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”. (BRASIL, 2009).

Este crime previsto no art. 218 do Código Penal, necessita da elucidação do conceito de lenocínio para um melhor entendimento, ou seja, o mesmo contextua-se na satisfação da lascívia de um terceiro e não de si mesmo, diferenciado de outros crimes. Entretanto, da mesma forma que no crime de estupro de vulnerável, não existe a possibilidade de fala em liberdade sexual, sendo o bem jurídico protegido a dignidade sexual na intenção do desenvolvimento sadio da sexualidade do menor de 14 (catorze) anos (BITENCOURT, 2014).

Os sujeitos nestes crimes se assemelham com o do estupro de vulnerável, porém apresentam certas diferenças. Surge a presença de um coautor no crime, podendo este, em alguns casos, responder pelo crime de estupro de vulnerável, se o ficar configurado. Enfatiza-se que ainda que haja essa possibilidade ele não é punido por este crime (ESTEFAM, 2012). O autor elucida ainda que o lado passivo se restringe somente ao menor de 14 (catorze) anos, visto que, sendo este maior se configuraria ao crime previsto no art. 227, § 1º, do Código Penal.

De acordo com Mirabete e Fabbrini (2014) a consumação ocorre quando o vulnerável pratica qualquer ato que venha satisfazer a lascívia de terceiro, mesmo que este venha a se satisfazer efetivamente. A tentativa cabe quando o vulnerável, ainda que persuadido pelo sujeito ativo, não cede a sua influência ou quando a ele não se usurpa o terceiro.

2.3. Satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Este crime, acrescentado pela Lei 12.015/09, está previsto no artigo 218-A e tipifica o vulnerável como pessoa menor de 14 (catorze) anos. A referida legislação tem como principal intuito a proteção do vulnerável frente a influência ou ato de terceiro que possa lesar sua formação ou desenvolvimento sexual. O crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente incluído na referida lei, tem a seguinte posituação:

Art. 218-A. Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (BRASIL, 2009).

O tipo penal contém dois núcleos: “praticar” e “induzir”. Cada um dos verbos relaciona-se a uma conduta distinta. A prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença de uma criança ou adolescente a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem não necessita da indução do menor a presenciar o ato, mas a consciência de que o menor assistia e ainda sim prosseguiu. Tipifica-se também a permissão da presença do menor de forma a tender sua própria lascívia ou de terceiros. Já no núcleo de “indução” existe o ato de convencer ou persuadir o menor a presenciar sua atividade sexual, de forma a lhe proporcionar prazer erótico ou satisfaz a lascívia de terceiro (MASSON, 2020).

Masson (2020) ainda afirma que para a configuração do crime previsto no art. 218-A do Código Penal, dispensa-se a presença física do vulnerável no local onde se realiza a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso. Caracteriza-se também o crime quando a atividade sexual é assistida pelo menor de 14 anos mesmo que em lugar distante, sendo essa visualização feita com auxílio de meios tecnológicos, como webcam, vídeos conferências ou envio de imagens virtualmente. A consumação se dá no momento em que o menor de 14 anos presencia física ou virtualmente a exercício da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, não obstante uma única vez, pois o tipo penal não reclama habitualidade na conduta ilícita.

2.4. Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável

A Lei 12.015/09 inova com a positivação do delito de Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, com a seguinte redação:

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento (BRASIL, 2009).

Há dois núcleos dentro desse crime: o primeiro que é composto pelos quatro primeiros verbos do tipo penal – submeter, induzir, atrair e facilitar – que tipificam condutas que visam aliciar a vontade da vítima; e o segundo que compreende os dois últimos verbos – impedir e dificultar – que mesmo opostos aos primeiros verbos, para o legislador possuem gravidade semelhante, visto que evitam que a vítima se afaste do mundo da prostituição (BITENCOURT, 2014).

Segundo Masson (2020) a consumação nos núcleos “submeter”, “induzir”, “atrair” e “facilitar” se dá no momento em que a pessoa menor

de 18 anos ou portadora de doença ou enfermidade mental dedica-se com cotidianidade ao exercício da prostituição ou de outra forma de exploração sexual, mesmo que não atenda nenhuma pessoa com interesse em seus serviços. Para as modalidades “impedir” e “dificultar” o crime chega a consumação no momento em que a vítima resolve abandonar a prostituição ou outra forma de exploração sexual, mas o sujeito não permite ou torna mais dispendiosa a realização da sua vontade.

3. A OBSCURIDADE NA ELUCIDAÇÃO E APURAÇÃO DAS PROVAS

De acordo com Couto (2018) o crime de estupro de crianças e vulneráveis, por ser um crime cometido na obscuridade, desassistido, muitas vezes dificulta sua autoria. Notoriamente, que para o autor seja condenado, se faz necessário a constatação de sua autoria e materialidade do delito, e com finalidade de validação dos direitos da vítima, a Lei nº. 13.431, de 4 de abril de 2017, em seu Artigo 1º, estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Art. 1º Esta Lei normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência (BRASIL, 2017).

Pires (2018) afirma que de modo geral os crimes sexuais são cometidos de forma desassistida, tornando difícil a comprovação por meio de outras provas além do depoimento da vítima, assim sendo as provas devem ser avaliadas de forma diferente nesses casos, dando maior estima à palavra da vítima. É extrema importância a busca de maiores informações sobre o caso afim de não se aplicar uma pena erroneamente sobre uma pessoa, ferindo princípios fundamentais ao direito penal, principalmente o da presunção de inocência e o princípio do in dubio pro reo, o qual prescreve que o juiz em caso de dúvida, seja por falta de prova ou alguma

outra questão, deve se decidir a favor do réu. Sendo assim a palavra da vítima deve ser convincente, sólida e ter apoio probatório nos demais elementos colhidos pela investigação, sejam provas materiais do crime, laudos psicológicos ou demais exames.

A prova dos crimes sexuais contra vulneráveis é de complexa obtenção e adota os mesmos aspectos da prova do estupro previsto no artigo 213 do Código Penal. Entretanto, a intenção do legislador é a punição do agente, independentemente do consentimento ou não da vítima. Observa-se que as ocorrências dos casos de estupro muitas vezes são perpetradas dentro do âmbito familiar, onde a maioria dos autores são pais, padrastos, tios, avós, e conhecidos da vítima e da família. Nessa acepção, pode-se categorizar o estupro em um crime obscuro, cometido longe de presumíveis testemunhas, longe dos olhos, na escuridão, resultando na dificuldade da apuração do crime e da coleta de provas substanciais da prática deste (VALE e SILVA, 2020, p. 26).

Couto (2018) afirma que por ser praticado na clandestinidade, o crime de estupro de vulnerável dificulta a identificação do agressor, bem como o testemunho. Deste modo, a coleta de provas é de grande dificuldade. Quando ocorre a consumação do ato, ou seja, quando há cópula, a prova do crime é facilmente obtida no exame de corpo de delito, impetrando assim a prova material, que por si só explana o ato. Já para os casos onde o criminoso pratica outros atos libidinosos, presente no artigo 217-A, que deve ser entendido com tamanha gravidade com a de sexo oral, anal, vaginal, e de introdução de objetos na vítima, a única testemunha pode ser a própria vítima.

4. DECLARAÇÕES DE VULNERÁVEIS, VALOR PROBATÓRIO E DEPOIMENTO SEM DANO

No crime de estupro de vulnerável existe uma enorme dificuldade de obtenção de elementos probatórios em que a prova testemunhal consiste na argumentação e conflito dos fatos ocorridos. Quanto a relevância da palavra da vítima, Tourinho Filho disserta:

Nos crimes contra a liberdade sexual, e.g., a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém

seria condenado como corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem (TOURINHO FILHO, 2013, p. 336).

Lopes Junior (2005) entende a prova testemunhal como de grande risco ao judiciário por sua predisposição a manipulação. Ainda afirma que a prova testemunhal é a mais utilizada no processo penal brasileiro e, paralelamente, a mais perigosa, manipulável e pouco confiável. Esse grave disparate eleva a crise de confiança que existe em torno do processo penal e do próprio rito judiciário.

Para que sejam coincidadas as provas versus depoimento da vítima, se faz necessária a existência de verossimilhança e linearidade entre todos os elementos, tendo em conta, que o fato da vítima não possuir discernimento, ou com pouca experiência de vida, pode tonar seu depoimento contraditório aos fatos ocorridos (NUCCI, 2014).

Clarindo (2011) afirma que por ser pueril e em decorrência de sua pouca idade e experiência de vida, a criança é facilmente influenciada por palavras ou situações. Esta influência pode acarretar na fala da verdade dos fatos, bem como na possibilidade de ilusionar, criar as chamadas falsas memórias, podendo essas serem ocasionadas pela manipulação de terceiros, nos casos de alienação parental (processo de desmoralização e um dos genitores pelo outro genitor). A criança ou adolescente pode ser manipulada facilmente, visto que figuram a imagem do genitor como absoluta, quanto mais tenra a idade, são levados a acreditar que foram de fato abusados. Vejamos o que afirma o autor Clarindo

Este mecanismo de acusações inverídicas tem o poder de iludir os operadores do direito envolvidos na análise do caso, principalmente aquele que possui a prerrogativa de julgar, pois a conduta do genitor alienante é no sentido de não apenas convencer o magistrado, mas também ao próprio filho. (CLARINDO, 2011, p. 10).

A condenação por crime de estupro de vulnerável com base exclusiva na palavra da vítima representa um dos maiores riscos no direito penal. Isto advém do tipo descrito no art. 217-A, abrangendo esse, além da conjunção car-

nal, diversos outros atos libidinosos, que em certos momentos é mais análoga de prova posto que não necessariamente restem vestígios das ações lascivas. Visto que se enquadra como crime hediondo (art. 1º, VI, da Lei 8.072/90) e dado o cenário de poucas provas, a palavra da vítima ganha importância especial. Embora a jurisprudência pátria não restrinja a condenação baseada na palavra da vítima como prova, o erro no reconhecimento do seu executor é um risco potencial, podendo anunciar pessoas diversas como agente do crime em razão da situação danosa que enfrentou (DA ROSA, 2015).

Araújo (2017) elucida que a palavra da vítima tem valor probatório relativo (*juris tantum*), devendo ser aceita com ressalvas. Apesar disso, nos crimes sexuais a palavra se mostra de grande importância na medida em que esta espécie de tipo penal geralmente é incumbida às escondidas, sem a presença de testemunhas e nem sempre conta com o exame de corpo de delito. De modo geral, diz-se que quanto maior a escassez de outros meios de prova, mais é o valor conferido à palavra da vítima.

O ponto de grande relevância deste tópico concentra-se na colheita das declarações de vítimas infanto-juvenis. Há vários elementos a se considerar: a) o grau de veracidade das declarações dadas; b) o trauma que é gerado à vítima pela própria colheita em juízo; c) o confronto entre a palavra da criança ou adolescente e a do réu adulto; d) a consideração de princípios constitucionais, nesse cenário como o da prevalência do interesse do acusado (VALE e SILVA, 2020, p. 27).

Necessita-se expor a ocorrência da revitimização, onde os traumas sofridos pela vítima de abuso são reproduzidos novamente em juízo, no momento em que a vítima for obrigada a descrever em um ambiente formal todo o abuso sofrido. Diante disto, aponta-se como solução a colheita deste depoimento, o método do depoimento sem danos, onde se visa colher o depoimento da vítima em um ambiente mais afável, respeitoso, em uma sala especial, este será colhido por um psicólogo ou assistente social, acompanhando por vídeo em tempo real, o magistrado e demais partes do processo. Dessa forma, questionamentos às vítimas serão feitas por um profissional capacitado, impedindo que ela passe por uma exibição pública vexatória dentro de um ambiente ríspido que é a sala de audiências (SILVA *et al.*, 2013).

O Depoimento sem danos ou acolhedor vem por meio legal, promover um espaço emocional propício para que a vítima dê o seu relato, sem se sentir exposta e com medo. Neste contexto, a Lei nº 13.431 apresenta mecanismos processuais para a proteção e prevenção de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, buscando evitar danos ainda maiores decorrentes da violência presenciada ou sofrida. Assim, a referida legislação assegura o direito de assistência jurídica qualificada e psicossocial, apoiando e protegendo em relação ao desenvolvimento do sofrimento (BRASIL, 2017).

A garantia dos direitos da criança/adolescente, seja vítima ou testemunha de violência consta no artigo 4º da lei 13.431, que são formas de violência, em seus incisos I, II, III e IV, respectivamente: violência física; violência psicológica; violência sexual e violência institucional, sendo esta última praticada por instituições públicas ou conveniada, como delegacias de polícia, hospitais, centros de apoio, Judiciário e Ministério Público (VALSANI e MATOSINHOS, 2017).

CONCLUSÕES

Os crimes sexuais contra vulneráveis são de total repulsa pela sociedade, seu caráter obscuro, distante da vista de terceiros e com a utilização de violência física e psíquica, dificulta a produção de provas materiais ou até mesmo a utilização do exame de corpo de delito, quando não há a cópula entre o sujeito e o passivo. Visto isso, o depoimento da vítima se torna o principal elemento para a investigação.

Deste modo pode-se concluir que a palavra da vítima de abuso sexual é tratada com especial importância pela doutrina e jurisprudência brasileira, sendo possível a sustentação de uma condenação com base na palavra da vítima como a principal prova do crime. Elucida-se que a palavra da vítima necessita ser tratada como a “principal” prova do crime, mas não deve ser o único embasamento para condenação do acusado, mostra-se necessária a coerência com o contexto fático e demais elementos colhidos no processo.

Observa-se também a necessidade de tratativas especiais ao se colher depoimentos dessas vítimas, o Depoimento sem danos, assegurado pela Lei nº 13.431, deve ser utilizado na apuração e alcance da realidade do

fato ocorrido. Os profissionais que aplicam esse método são treinados de forma a evitar a revitimização do trauma e a criação de falsas memórias. Assim sendo, a apuração do crime de estupro de vulnerável deve ocorrer de forma minuciosa, colhendo integralmente provas de forma a solidificar umas com as outras, ao lado das declarações apresentadas pela vítima e pelo réu, traçando a partir contraposição delas uma sentença coerente.

REFERÊNCIAS

ADED et al. Abuso sexual em crianças e adolescentes: revisão de 100 anos de literatura. *Rev. Psiq. Clín.* p. 204-213, 2006. versão *online*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rpc/v33n4/a05v33n4.pdf>. Acesso em: 17 ago.2020.

ARAÚJO, M. S. **A credibilidade da prova testemunhal**: análise objetiva no crime de Estupro de Vulnerável, art. 217-A, CP. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/179770/TCC%20MARINA%20SAAV%20EDRA.x%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BITENCOURT, C. R. **Tratado do Direito Penal, 4**: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxsaXZyb3NwZGYxMjM0N0XxneDo3ZGJkNWUyZTdiMTg2NWQ0>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#:~:text=I%20%2D%20construir%20uma%20sociedade%20livre,quaisquer%20outras%20formas%20de%20discrimina%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm#:~:text=Alterar%20o%20T%C3%ADtulo%20VI%20da,C%C3%B3digo%20Penal%2C%20e%20o%20art.&text=5o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal,trata%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20menores. Acesso em: 14 ago. 2020.

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). 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 04 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=L8072&text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 14 ago. 2020.

CLARINDO, S. A. Acusações de abuso sexual no âmbito da alienação parental. **Boletim Jurídico**. 2011. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil-familia-esucessoes/2234/acusacoes-abuso-sexual-ambito-alienacao-parental>. Acesso em: 14 jul. 2020.

COSTA, D. C. A.; BARRETO, D. R.L. Direito Penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do Direito Penal. 2015. **Ed. Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. v. 1, n. 1. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/34/pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

COUTO, S. **Análise da materialidade nos crimes de estupro contra crianças e vulneráveis**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70977/analise-da-materialidade-noscrimes-de-estupro-contra-criancas-e-vulneraveis/3>. Acesso em: 30 jul. 2020.

DA ROSA A. M. **A Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal**. São Paulo: Empório do Direito/Rei dos Livros. 2015.

ESTEFAM, A. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Direito-Penal-Parte-Geral-Volume-1-Andr%C3%A9-Estefam-2018.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.

GIDDENS, A. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. p. 233. 2002. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/e8xs5>. Acesso em: 08 ago. 2020.

JESUS, D. de. **Direito penal**, 3º volume: parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública, 23ª edição. Saraiva, 10/2013. Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/n1nenx>. Acesso em: 27 jul. 2020.

LOPES JUNIOR, A. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 267. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/359937746/199505860-Aury-Lopes-Jr-Introducao-Critica-ao-Processo-Penal-pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MASSON, C. R. **Direito Penal Esquematizado: parte especial, arts. 213 a 359-H - Volume III**. 10 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Disponível em: <https://www.aca->

demia.edu/36278666/Direito_Penal_Esquematizado_Cleber_Masson_Vol. Acesso em: 07 de ago. 2020.

NUCCI, G. de S. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). **Revista dos Tribunais**, vol. 902, p. 395, dez / 2010. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/n1nscen>. Acesso em: 08 ago. 2020.

NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal e execução penal** - 11. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://direitouniversitarioblog.files.wordpress.com/2017/02/manual-do-direito-penal-guilherme-nucci.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.

PIRES, R. B. **A valoração da palavra da vítima de abuso sexual como principal prova para a condenação do acusado**. Lajeado: 2018. Disponível em:

<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/2078/1/R%C3%B4mulo%20Becker%20Pires.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal, Vol. 2 – parte especial**, 31 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/nsexxs8>. Acesso em: 16 jul. 2020.

SANTOS, B. R. **Guia escolar: identificação de sinais de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes**. Benedito Rodrigues dos Santos, Rita Ippolito – Seropédica, RJ: EDUR. 2011. Disponível em: <http://portaldoprofessor.mec.gov.br/storage/materiais/0000016936.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

SILVA, L.M.P.; FERRIANI, M.G.C.; BESERRA, M.P.; ROQUE, E.M.S.P.; CARLOS, D.M. A escuta de crianças e adolescentes nos processos de crimes sexuais. **Ciência e Saúde Coletiva** [online]. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v18n8/12.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo penal**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/30106848/Processo_Penal_Vol_I_Fernando_da_Costa_Tourinho_Filho. Acesso em: 31 jul. 2020.

VALE, M. P.; SILVA, M. A. D. **Estupro de vulnerável: a valoração da palavra da vítima e os riscos da condenação injusta**. 2020. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/estupro-de-vulneravel-avaloracao-da-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao-injusta/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

VALSANI, A. G. B. L.; MATOSINHOS, I. D. Depoimento Sem Dano e as Inovações Trazidas Pela Lei Nº 13.431/2017. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Ceará: 2017. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/05/01-Depoimento-Sem-Dano-e-as-Inova%C3%A7%C3%B5es-Trazidas-Pela-Lei-N-13.4312017.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.

A PENALIZAÇÃO DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA LIBERDADE SEXUAL DA VÍTIMA

Ariene de Almeida Sobrinho
Marília Rulli Stefanini

INTRODUÇÃO

O relato de momentos constrangedores vividos por uma passageira do transporte público brasileiro vítima de importunação sexual provocou uma comoção midiática e social frente ao tema nunca antes tratado de maneira tão exponencial. A necessidade de providências imediatas levou a discussões acaloradas entre parlamentares, entidades e organizações representativas acerca da tipificação, das punições aos autores e do suporte às vítimas.

Historicamente, a Constituição de 1988 trouxe, entre muitas garantias e inovações, a proteção de Direitos anteriormente pouco tutelados pelos textos legais. Já o Título VI do Código Penal “Dos crimes contra a liberdade sexual” expôs qual a norma específica que se refere à garantia de tal liberdade individual e figura como uma proteção concreta deste bem juridicamente tutelado no texto legal citado.

O texto se propõe a examinar a efetividade do instrumento de defesa das vítimas do novo tipo penal da importunação sexual, tipificado com o advento da Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018; suas as aplicações práticas; o contexto social e político em que foi instituída tal norma; além da legislação pregressa sobre o tema.

1. NOÇÕES CONSITUCIONAIS PRELIMINARES

O conceito de bem juridicamente tutelado é definido pelo ilustre jurista Assis Toledo como “os valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 1986, p. 16).

No âmbito dos Direitos Constitucionais, a Carta Magna brasileira assegura a todos aqueles sob sua jurisdição um dos princípios mais fun-

damentais garantidos no ordenamento jurídico pátrio: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Este princípio define que todos os seres humanos merecem ser tratados de maneira digna pela simples condição de serem humanos (TOLEDO, 1986).

Observamos, que, aplicado ao tema analisado, é de suma necessidade proteger-se a dignidade da pessoa, que tem o direito de por sua vontade, preservar-se nos limites de sua liberdade sexual, dispondo livremente de seu próprio corpo.

A Constituição Federal traz em seus termos o princípio da legalidade, que depois foi novamente estabelecido na norma penal vigente através do seu artigo 1º. Neste sentido, a norma Constitucional o institui no inciso XXXIX do art. 5º, em que se lê:

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

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...] (BRASIL, Art. 5º, XXXIX, 1988).

Deste modo, cabe estabelecer a hermenêutica do princípio da legalidade, o qual consolida em si a limitação da atuação estatal de poder somente jurisdicionar sobre aquilo que se encontra estabelecido em suas disposições legais, de modo a agrilhoar-se a atuação estatal àquilo que é normatizado em seu ordenamento jurídico. Tal princípio estabelece a igualdade de direitos e deveres amparadas pela Constituição brasileira, de modo a não serem discriminadas por quaisquer diferenças pessoais, como gênero, filosofia ou crenças religiosas, dentre outras. No âmbito das liberdades sexuais, aqueles que trabalham na proteção destes direitos, percebem na prática que crimes desta natureza tendem muito mais a serem praticados contra vítimas do sexo feminino. Neste sentido, é possível perceber que a aplicação da isonomia não se restringe à igualdade em sentido estrito (os mesmos direitos aplicados a um sexo serem aplicados

ao outro), mas no fato de tratar de forma mais protetiva aqueles que têm seus direitos transgredidos com maior facilidade.

Cumprir mencionar que o Código Penal prevê que os crimes contra a dignidade sexual também são praticados contra pessoas do sexo masculino, ainda que inusuais, o texto de alguns desses crimes, por exemplo, o estupro, que anteriormente previam os seus tipos tão somente contra a figura feminina, passaram, a partir de 2009, a abarcar também a figura masculina no polo passivo, de maneira a assegurar mais ainda a isonomia aqui descrita (BRASIL, 1940).

No que diz respeito à Constituição Federal de 1988, devemos compreender o princípio da proporcionalidade no que tange à atuação da tutela governamental na vida do particular. Diante desta análise, podemos destacar que é necessário um equilíbrio entre a conduta do agente e a punição cominada a esta, de modo a agir o Estado-Juiz sem exacerbações no exercício de sua jurisdição. Ainda no que diz respeito à proporcionalidade, devemos notar seu caráter por vezes virtual no sentido de que este conceito pode “flutuar” em interpretações, podendo determinado direito ser proporcionalmente mais valorável a depender de quem o analisa.

Sendo assim, o legislador pátrio ao estabelecer tal princípio determina o mínimo legal a ser utilizado em termos de proporção punitiva. Sem que se adentre ao mérito da evolução da intervenção estatal nos interesses particulares, temos o que hoje é definido doutrinariamente na seara penal como o princípio da mínima intervenção estatal, o qual se define sucintamente no entender de Guilherme de Souza Nucci, ou seja, como a preocupação estatal tão somente com bens jurídicos suficientemente relevantes.

Diante do exposto, percebe-se a natureza do Direito Penal conhecida como *ultima ratio* do Direito. Tal terminologia refere-se ao fato de recorrer-se ao Direito Penal quando a conduta delituosa for demasiadamente ofensiva ao ponto de não se bastarem as demais searas do Direito para coibi-la. Deste conceito emanam princípios como o da Fragmentariedade que é definido pelo ilustríssimo jurista Guilherme de Souza Nucci como: “O denominado princípio da fragmentariedade é apenas um corolário da intervenção mínima, significando que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal,

pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico” (NUCCI, 2019, p. 177).

Deste modo, torna-se possível compreender que a intervenção do Estado na conduta individual encontra-se restringida por uma série de institutos e dispositivos do Direito, que se integram com o intuito de pautar a ação Estatal como instituto regulamentador àquilo que é somente necessário para a convivência em sociedade, de modo a se estabelecer um parâmetro mínimo legal indispensável para a intervenção do Poder Público na vida do particular.

2. A DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO TUTELADO

Antes de se adentrar no mérito do crime de ‘Importunação Sexual’ e seus institutos é importante estabelecer o impacto histórico que a alteração deste instituto legal representa para o ordenamento jurídico pátrio. Historicamente, no Direito, as Leis são criadas de modo a refletir os costumes e crenças morais e éticas de determinada cultura. Neste sentido o Código Penal de 1890 estabelecia, em seu Título VIII, os então intitulados “crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. Tais institutos legais revestiam-se da moralidade ‘superconservadora’ da época, especialmente no aspecto de que o Estado intervinha excessivamente na quase inexistente liberdade sexual, que mal existia especialmente para as mulheres naquela época. (MONTEIRO, 2017, p. 82).

Para que se estabeleça ao leitor a objetificação feminina positivada no Código Penal de 1890, destacamos o termo legal “mulher honesta”, que era utilizado exemplificativamente no crime de conjunção carnal mediante fraude, encontrando-se disposto no antigo Artigo 215 do referido texto legal, que dispunha:

Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: Pena - reclusão, de um a três anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de dois a seis anos (BRASIL, Código Penal de 1890, Art. 215).

É possível perceber, portanto, a preocupação do legislador em estabelecer a terminologia “mulher honesta” como elemento normativo

do tipo, o que implicaria os juristas em analisarem um comportamento subjetivo da vítima e não do agressor ao aplicarem tal tipo penal, algo que, diante da interpretação atual deste texto normativo pareceria no mínimo desnecessário. Questiona-se, assim, neste sentido: Seria uma preocupação do Estado estabelecer a honestidade da mulher como limiar para determinar o caráter reprobatório da conduta delitiva? Sequer adentraremos no mérito da “mulher virgem” também estabelecido no texto legal, haja vista que se torna notório o caráter arcaico dos crimes sexuais como concebidos no texto legal Código Penal de 1890.

É possível perceber que permeia no antigo ordenamento jurídico a concepção arcaica e objetificada da figura feminina na sociedade. Se no passado a mulher era considerada como análoga a um objeto, ao ponto de ser, por vezes, espólio de guerras e invasões, no Código Penal de 1890 a evolução na interpretação do Estado brasileiro da imagem feminina se deu de maneira muito discreta, ainda que não a tenha objetificado explicitamente, extrai-se uma evolução ínfima no âmbito dos Direitos das mulheres.

Evolutivamente é possível perceber uma menor intervenção estatal em características subjetivas daqueles tutelados sob sua égide, mas especialmente um maior cuidado com a imagem da mulher e de seus direitos no contexto legal, no sentido de interpretá-la como passível de proteção em diferentes aspectos.

O crime de assédio sexual é aquele que se encontra positivado no texto legal como: “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (BRASIL, 1940).

Diante do exposto percebemos a condição subjetiva do agente do crime, haja vista que este crime ocorre quando o polo ativo vale-se de condição hierárquica ou de superioridade durante exercício de cargo ou função para constranger a vítima num contexto que normalmente ocorre no trabalho. Quando se trata de um tema tão pessoal quanto a liberdade sexual de um indivíduo, é importante pontuar qual a natureza da ação penal que incidirá sobre o julgamento destes delitos. No que tange à ação penal, esta pode ser pública condicionada, pública incondicionada e ação penal privada.

Para Nucci (2019) a ação penal é pública incondicionada quando se observa presente a característica da obrigatoriedade da ação penal, a qual determina a existência de suficientes indícios de autoria e materialidade que justifiquem a sua propositura de modo a, no Brasil, vincular tal compulsoriedade ao Ministério Público para que a proponha independentemente do consentimento do ofendido. No que tange à ação Penal Pública Condicionada, trata-se daquela que se revestindo da mesma obrigatoriedade de propositura pelo Ministério Público condiciona-se à prévia provocação do interessado para que o órgão mencionado a promova procedibilidade. Por fim, a Ação Penal Privada é aquela em que o tema da ação é normalmente vinculado a um fato muito mais pessoal que público. Nesta ação, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci muito bem destaca, o “[...] interesse eminentemente privado do particular em propor a referida ação, diante do interesse personalíssimo do qual esta se reveste” (NUCCI, 2019, p.167).

Tendo isto estabelecido, é importante observar que a legitimidade para a propositura da ação penal tem um impacto maior do que se imagina e, pelo advento da Lei 13.718, crimes contra a dignidade sexual têm seus procedimentos propostos por meio de ação penal pública incondicionada, como reflexo de um Estado que supera (ao menos tenta) paradigmas morais de uma sociedade que podia interferir na apuração destes crimes a partir dos seus padrões comportamentais adotados culturalmente. Vale ressaltar que outrora os crimes contra a dignidade sexual eram tutelados por ação penal privada, ou seja, reflexo de uma sociedade com interesses diferentes dos que hoje são defesos pelo ordenamento jurídico (NUCCI, 2019).

O tema da ação penal utilizada nos crimes contra a dignidade sexual, tutelado pelo Artigo 225 do Código Penal, possuía seguinte redação:

Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§1º Precede-se, entretanto, mediante ação pública:

I – se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§2º No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação (BRASIL, 1940).

É notório que o Estado agia sobre aquilo que poderia ser interpretado como uma menor intervenção no sentido de resguardar ao particular a faculdade de prosseguir ou não com a ação penal para os crimes contra a dignidade sexual, devendo intervir nos casos em que o agente possuísse relação de ascendência, tutela e curatela com a vítima, ou caso não pudesse promover os recursos necessários para a instauração do processo sem a intervenção governamental.

Nesse sentido, a Lei n. 13.718 alterou visceralmente este instituto no intuito de estabelecer a ação penal pública incondicionada como procedimentalidade para os crimes contra a dignidade sexual, onde o texto legal foi alterado para: “Art-225 Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada” (BRASIL, 1940).

Destarte, no sentido da propositura da ação por parte das vítimas, se ressalta que em razão do convívio diário destas vítimas com seus agressores surgem empecilhos que prejudica seus relatos às autoridades, tais como a proximidade da vítima com o autor do fato, no sentido de ter contato diário com este ou mesmo do constrangimento pessoal que o delito provocaria na vítima. Em delegacias, centros de assistência social, os que trabalham próximos dos crimes sexuais, é notório que por vezes esses delitos sequer chegam a ser denunciados, o que evidencia uma possível subnotificação dos dados oficiais e, em razão disso, a penalização incondicionada dos delitos contra a liberdade sexual é um importante instrumento desbanalizador destes crimes no contexto da sociedade brasileira (KIND, 2013).

Assim, dentre os crimes que podem ser praticados contra a dignidade sexual, o estudo volta seus olhares à importunação sexual, posto que se faz necessário seu estudo frente ao exercício e tutela do direito à liberdade sexual.

3. O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

O crime de importunação sexual surge com o advento da Lei n. 13.718 em um contexto social onde a violação das liberdades sexuais

levantava discussões. Casos de grande repercussão circulavam, como o do “ejaculador do ônibus”, onde um homem masturbou e ejaculou em uma mulher dentro de um transporte público em São Paulo. Àquela data, os conceitos jurídicos que versavam este tema eram os de: “ato libidinoso” contido no crime de estupro (art. 213 CP), e o outro, que foi inclusive interpretado pelo juiz como adequado naquela data, o de “importunação ao pudor”, que por sua vez, é considerado contravenção penal (BRASIL, Lei de Contravenções Penais, Art. 61, 1941).

O caso em tela ocorreu no dia 27 de setembro, envolvendo Evandro Quesada da Silva, de 26 anos que foi preso em flagrante após ejacular em uma mulher dentro de um ônibus em Tatuapé, zona leste de São Paulo, e levantou grandes discussões entre juristas. Naquele momento, alguns, inclusive, cogitavam a existência de uma aparente lacuna no ordenamento jurídico entre o crime de estupro e o crime de importunação ao pudor, de modo a fazer-se necessária a implementação de um novo tipo penal que abarcasse tais condutas. As características legais citadas verificaram-se presentes no parecer substitutivo da Câmara dos Deputados, o qual descreveu esta situação jurídica como uma situação de grande aumento no número de casos de violação da dignidade sexual em situações onde a Lei tivesse de abarcar casos sem violência ou grave ameaça conforme noticiado.

Diante dos múltiplos casos de violação das liberdades sexuais, o legislador utilizou da oportunidade para promulgar diversos tipos penais por meio da Lei n. 13.718/2018 (BRASIL, 2018), dentre eles a divulgação de material de estupro, sexo ou pornografia; o estupro coletivo e o estupro corretivo, além do tipo penal da importunação sexual, foco deste trabalho.

Os primeiros tipos penais estabelecidos na mudança legislativa proporcionada por esta Lei, visam proteger a dignidade sexual do ofendido em um contexto onde a propagação virtual deste material se dá de maneira rápida. Quanto às duas subespécies do crime de estupro, definiu-se como corretivo aquele usado “para controlar o comportamento social ou sexual da vítima” e como coletivo, aquele que se dá “mediante concurso de 02 (dois) ou mais agentes” (BRASIL, 1940).

Todos os tipos e alterações elencados anteriormente provêm de uma grande mudança legislativa que refletem a necessidade social de se proteger

as vítimas de crimes desta natureza, bem como do contexto tecnológico atual, onde materiais relativos a tais crimes se propagam com grande facilidade.

Focando os olhares deste artigo no nosso objeto de pesquisa, o tipo penal da importunação sexual é definido legalmente como: “Art. 215-A - Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave” (BRASIL, 1940).

Assim sendo, o crime de importunação sexual, consiste na prática não consensual de ato libidinoso com terceiro, visando satisfazer-se a lascívia do agente ou de terceiro. Aqui se deve estabelecer um paralelo entre este tipo e o tipo penal estabelecido no Artigo 233 do Código Penal, que estabelece o crime de ato obsceno. Este tipo consuma-se também na prática de ato libidinoso, porém contra uma coletividade não específica, ao contrário da importunação sexual, onde o ato é praticado de maneira subjetiva. Diante da mudança nos textos legais, o antigo tipo de importunação ao pudor outrora previsto na Lei de contravenções penais foi revogado pela Lei 13.718 a qual, a partir daquele momento, passou a tutelar ostensivamente todos os temas que antes eram versados por aquele tipo penal em acréscimo a outras condutas tipificadas pela nova Lei (BRASIL, 2018)

Abordando-se de maneira breve, o antigo crime de importunação ao pudor era tido pela Lei de contravenções penais como: “Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.” (BRASIL, 1941). Hermeneuticamente, percebemos que neste tipo penal o bem jurídico tutelado é antes de tudo o pudor, ou seja, o sentimento de decência ou vergonha que existiria na mente coletiva das pessoas. Neste antigo tipo penal, portanto, o poder público tentava proteger não a dignidade sexual da vítima, mas sim ao sentimento de decência da comunidade. Comparativamente, o bem juridicamente tutelado no novo crime de importunação sexual é a subjetividade sexual da vítima, conforme abordado anteriormente.

Nesse diapasão, cabe definir a subjetividade que cerca a vítima. Quando se fala no conceito de subjetividade, aflora-se a etimologia desta palavra, a qual diz respeito a uma característica particular de uma deter-

minada pessoa ou objeto, ou seja, aquilo que é condição íntima de apenas um sujeito. Estendendo-se o conceito de subjetividade ao Direito Penal, percebemos que se trata de uma condição particular da vítima, que aplicado aos crimes contra a dignidade sexual são os elementos na vítima que chamam a atenção do agente, diferindo-a da coletividade aos olhos daquele.

É exatamente neste sentido que se encontra a grande particularidade que difere o crime de importunação sexual do crime de importunação ao pudor, ou seja, o primeiro é praticado contra a vítima em sua subjetividade, não valendo o agente de qualquer outra pessoa senão aquela da vítima, ao passo que no segundo, o agente vale-se de uma coletividade de pessoas não especificadas.

É importante ressaltar, ainda, a discrepância existente entre as penas cominadas entre o antigo delito de Importunação ao Pudor e o novo delito de Importunação Sexual, haja vista que, para o primeiro a pena cominada tinha natureza pecuniária, ao passo que a pena da nova Lei 13.718 que revogou o tipo de importunação ao pudor, é avaliada em 1 a 5 anos em caráter de reclusão. Percebe-se, portanto, que a própria natureza da pena fala por si, de modo que, é notório seu caráter frágil (BRASIL, 2018).

Foi uma importante inovação no texto legal mudar-se inicialmente o caráter da pena de tais delitos, uma vez que é inadmissível que se apene crimes contra a dignidade sexual com penas somente de caráter pecuniário. Entretanto, é preciso analisar se referida alteração normativa consubstancia-se, ou não, em um enxerto legal no que tange ao simbolismo penal quanto ao gênero.

4. O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E A EFICÁCIA NORMATIVA

O crime de importunação sexual tem uma origem distinta da maioria esmagadora dos tipos penais comuns, que passam por projetos de Lei e percorrem extensivos procedimentos legislativos até que sejam promulgados. Este tipo, por sua vez, gerou controvérsias no meio jurídico, uma vez que sua promulgação, ao que se discute, foi feita por pressão social e midiática, ou, no mínimo, recebeu destas uma grande influência.

O contexto que se aborda, nos leva ao mês de agosto de 2017, mês no qual, um homem teria se masturbado e ejaculado em uma mulher dentro de um transporte público. Esta foi a conduta que provocou na mídia e no meio jurídico uma enorme comoção, diante da não existência de um tipo penal grave o suficiente que punisse adequadamente aquele crime. O caso foi noticiado por praticamente todas as mídias nacionais, as quais, ostensivamente, demonstraram a reincidência do agente em contravenção penal de ‘Importunação Ofensiva ao Pudor’, o que gerou uma grande revolta social na época. Tamanha foi esta comoção que neste caso, em específico, foi necessário que a vítima saísse com a cabeça coberta por uma blusa para que, após este fato traumático, a própria mídia ao dar vistas do delito à sociedade não invadisse ainda mais a intimidade da jovem (G1, 2017).

Tais comoções sociais, obviamente, não se restringem tão somente às classes diretamente afetadas cotidianamente por condutas desta natureza, quais sejam as classes economicamente menos favorecidas. Nas redes sociais grandes influenciadores noticiavam o tema, o que fez com que se tratasse de uma questão temporal para que surgisse uma pressão social sobre o legislativo para adotar posturas necessárias diante desta, que era noticiada, lacuna, que por muito permaneceu ‘despercebida’ por este poder. (GHIROTTTO, 2017).

Diante do Projeto de Lei, PL n. 5452 de 2016 (BRASIL, 2016), que abarcaria o crime de importunação sexual, levantou-se uma questão: Constituiria o crime de importunação sexual quando promulgado uma expansão penal ou apenas uma inflação legislativa?

Evidentemente, quando se analisa o processo legislativo, é possível perceber que o Projeto de Lei que culminou na Lei n. 13.718/2018 é o PL 5452/2016, o qual, conforme se constata por consulta ao site oficial Câmara dos Deputados, seguiu o procedimento de tramitação urgente (BRASIL, 2016).

Isso nos leva a tecer breves comentários sobre o processo legislativo, donde se define como tramitação urgente na Câmara dos Deputados:

Para tramitar neste regime, a proposição deve tratar de matéria que envolva a defesa da sociedade democrática e das liberdades fundamentais; tratar-se de providência para atender a calamidade pública;

de Declaração de Guerra, Estado de Defesa, Estado de Sítio ou Intervenção Federal nos estados; acordos internacionais e fixação dos efetivos das Forças Armadas, entre outros casos[...] Caso a urgência seja aprovada, a proposição será colocada na Ordem do Dia da sessão deliberativa seguinte, mesmo que seja no mesmo dia (BRASIL, 2016).

Portanto, que no contexto em que o Projeto de Lei foi analisado pelo legislativo, diante do clamor social que existia naquela data, o legislador julgou que o tema “Importunação Sexual” era tão digno de análise célere quanto outros temas que também tramitam pelo regime de urgência, como casos de calamidade pública ou de declaração de guerra. É possível notar, assim, que diante da pressão social e midiática, o processo legislativo da Lei n. 13.718 foi, no mínimo, fora do comum se comparado a temas de pouco impacto social ou pouco noticiados (AMARAL, 2016).

Percebemos, diante do conceito já abordado, que se o Direito Penal é a última ratio do Direito brasileiro e, por conseguinte, é fundamental que as Leis que passarem a incorporá-lo sejam analisadas ostensivamente e de preferência o mais longe possível do clamor social, posto que por mais importante que seja a manifestação popular em um Estado Democrático de Direito, não se reveste do caráter técnico que o processo legislativo demanda para aprovar leis que cercearão um dos direitos mais importantes na nossa sociedade, a liberdade.

O conceito de inflação legislativa assombra os horizontes do Direito Penal há algum tempo. Carnelutti (2003) define a inflação legislativa como uma “hipertrofia da lei”, e a descreve como decorrente de um fascínio pela Lei, que, segundo ele, é presente na sociedade moderna. Estudos como ‘Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 28 anos da Constituição Federal de 1988’, realizado por Gilberto Luiz do Amaral e outros, demonstram que entre 05 de outubro de 1988, data em que se promulgou a Constituição Federal de 1988, e o dia 30 de novembro de 2016 foram editadas 5.471.980 (cinco milhões, quatrocentos e setenta e um mil e novecentos e oitenta) normas no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, isso representa, em média, 535 normas editadas por dia (AMARAL, *et al.*, 2016).

Neste contexto é possível perceber que, diante de um arcabouço de normas tão extensivo quanto o do Ordenamento Jurídico Brasileiro, o que não falta no Brasil são normas que tutelem os mais diversos temas, todavia, na prática, é notório o despreparo, quiçá desinteresse, do poder público em efetivar comandos práticos para gozo dos textos legais.

Outra discrepância que também provoca certo desconforto nos juristas, que analisam e aplicam a Lei que tipifica o crime de importunação sexual, é o fato de que existe uma desigualdade na pena como, por exemplo, em relação ao crime de homicídio culposo. Princípios como o da proporcionalidade, anteriormente abordado, nos mostra que quanto maior a lesão ao bem jurídico ou quanto mais digno de proteção for este bem, maior será a postura do Estado em protegê-lo e apenar aqueles que vilipendiam tais bens.

Aqui é necessário se estabelecer um paralelo, pelo bem da didática. Vejamos o que dispõe o Código Penal sobre o crime de Homicídio Culposo: “Art. 121 – Matar alguém: [...] Homicídio culposo - § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos [...]” (BRASIL, 1940). Em razão disso, ao analisarmos a pena do crime de importunação sexual, percebemos uma pena de 01 a 05 anos de reclusão, ou seja, neste caso, é possível afirmar que o Estado valora mais a proteção à integridade sexual sem violência ou grave ameaça da vítima do que o direito à vida, ceifado por negligência, imprudência ou imperícia.

Aqui também é possível tecer críticas quanto à aplicação da Lei de importunação sexual vislumbrando-se levantamentos feitos sobre os casos noticiados, ou seja, a Lei realmente penalizou os milhares casos que, segundo a mídia, ocorreram no Brasil?

Posto isso, quando se aborda um tema de clamor social como a promulgação da Lei de importunação sexual, bem como da constante pressão midiática em afirmar uma gama de casos que ocorrerem neste contexto, o que se espera é que logo nos primeiros meses da entrada em vigor na lei penalizadora haja um aumento significativo de registros dessas ocorrências, mas a realidade não foi exatamente esta.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) incorporou casos de importunação sexual à sua base de dados em dezembro de 2018, ou seja, aproximadamente 03 meses depois da promulgação da Lei n. 13.718. Neste

cenário, os primeiros casos registrados não foram tão expressivos quanto a mídia da época dava a entender que seriam, vez que, segundo a Folha de São Paulo, em reportagem datada de 29 de setembro de 2019, foram 3.090 (três mil e noventa) casos em um ano de vigência no Estado de São Paulo, algo que pode nos parecer muito a princípio, mas que não é tão expressivo em um Estado que tem mais de 44 milhões de habitantes. Tudo isso diante de um crime que, segundo noticiava-se em 2018, ocorria em bases diárias, quiçá em frações ainda menores (G1, 2019).

Diante disso é possível perceber que poucos são os casos noticiados sobre importunação sexual num contexto nacional, o que apenas nos evidencia que: ou a Lei falha no sentido de postular um crime de ocorrência comum, o que sabemos não ser verdade, ou a Lei falha em disponibilizar dispositivos que garantam sua eficácia, o que vários juristas dizem ser comum no ordenamento jurídico pátrio. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, nos esclarece: “[...] simplesmente a Lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”. Chega-se, portanto, à compreensão de que o texto legal seria apenas o pontapé inicial a partir do qual se alcançaria, através de meios criados pelo Poder Público ou mesmo pela Sociedade Civil, o objeto de pacificação social que a Lei busca a partir do momento em que entra em vigor (MEIRELLES, 2005).

Destarte, o crime de importunação sexual, segundo pesquisa realizada pelo jornal Folha de São Paulo, é perpetrado principalmente em meio a multidões ou dentro de residências, e em razão disso existem algumas dificuldades em se identificar o autor do fato delituoso. Em locais públicos isso ocorre graças às vastas multidões que tornam difícil a identificação ou, mesmo que identificado, se capture o ofensor. Já nos contextos domésticos postula-se uma barreira para este tipo penal: o crime de importunação sexual não se configura diante de violência ou grave ameaça, estes seriam casos sob a égide legal do tipo penal de estupro. Logo, é necessário saber que nenhum tipo de violência ou grave ameaça no contexto doméstico poderia impedir a vítima de relatar o crime, no entanto, o contato proximal entre a vítima e o agressor, por vezes, a impede de denunciar tais casos aos órgãos competentes, ou seja, não se pode afirmar categoricamente que não existam casos estatisticamente alarmantes, mas pode haver uma

dificuldade para se tabular os números em razão de problemas práticos para a apuração do delito (G1, 2019).

Neste cenário, um tipo penal de difícil aplicação, por exemplo, por a vítima não conseguir identificar o agressor ou até mesmo por não denunciá-lo, quais meios o Poder Público ou a Sociedade Civil poderiam providenciar para que esta Lei tivesse uma aplicação mais efetiva, de modo a permear-se pela normalidade da aplicação no cotidiano?

Em uma sociedade onde existem números de aparelhos celulares quase tão altos quanto aos da população mundial e onde o uso dessa tecnologia é tão difundido, sugere-se, por exemplo, a difusão de um aplicativo para celulares como o “Nina” utilizado em Fortaleza para as outras unidades federativas do país (G1, 2019).

O modus operandi do referido aplicativo, consiste na indicação da linha do transporte público e das características do suspeito. Feito isso, as empresas de transporte vão disponibilizar os vídeos de segurança numa plataforma de fácil acesso às delegacias que investigam o delito posteriormente, o que facilita e muito o procedimento das ações referentes a estes crimes (G1, 2019).

Para essa situação complexa é necessário não apenas um aplicativo para amenizar consideravelmente o problema, mas um conjunto de condutas essenciais como conscientização da população e maior divulgação desse delito para orientar a vítima frente à ação, além de assegurar o direito e a liberdade, tal qual em outras leis já claramente interpretadas pelos populares. Outro recurso a ser explorado é o preparo dos agentes para lidar com essa situação, no intuito dar suporte à vítima e na contenção do agente ativo. Deveras concedendo a essa lei a devida relevância no sentido de efetividade da norma.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, é possível compreender que a inovação legal promovida com o advento da Lei n. 13.718/2018, no âmbito das liberdades sexuais, foi necessária para que o ordenamento jurídico acompanhasse o avanço social neste sentido, de modo a tratar a vítima de uma maneira mais humana em comparação com a antiga disposição normativa análoga

a este tema, que, segundo o que se dispunha, visava defender o pudor da coletividade e não à subjetividade da vítima de importunação.

Em razão do processo legislativo da Lei em foco, verificamos que houve, de fato, uma grande pressão social e midiática durante sua votação, que culminou na promulgação da Lei 13.718/2018, sendo até certo ponto, pode ser isolado de vários outros títulos que seguem procedimentos legislativos comuns, seja a pena mais alta ou a velocidade anormal de votação na Câmara dos Representantes do povo.

Percebemos, ainda, que apesar das muitas dificuldades de se identificar o agente que comete este tipo penal, normalmente entre grandes aglomerações, é possível mobilizar criativamente esforços que se dispõem a identificar e garantir instrumentos que punam esta conduta, de modo a possibilitar a aplicação da ‘justiça’ nestes crimes, tornando-os na mesma proporção em que os pune.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **Importunação sexual deixou de ser contravenção virou crime**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69232/importunacao-sexual-deixou-de-ser-contravencao-e-virou-crime>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 5452/2016** 2016. Acrescenta os arts. 218-C e 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de divulgação de cena de estupro e prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regime de tramitação**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/guia-para-jornalistas/regime-de-tramitacao>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília,

DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.668, de 03 de outubro de 1941. Lei de Contravenções Penais.** 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.html. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940- Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.718/2018, de 24 de setembro de 2018.** Dispõe sobre a tipificação dos crimes de Importação sexual e de divulgação de cena de estupro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

GHIROTTTO, Eduardo. **Soltura de homem que ejaculou em mulher no ônibus divide juristas.** 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/soltura-de-homem-que-ejaculou-em-mulher-no-onibus-divide-juristas/>. Acesso em: 20 mai. 2020.

G1. Aplicativo facilita a denúncia de assédio sexual no transporte público em Fortaleza. *Jornal Nacional*. Globo. 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/06/aplicativo-facilita-a-denuncia-de-assedio-sexual-no-transporte-publico-em-fortaleza.ghtml>. Acesso em: 15 jul.2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTEIRO, Camila, Gonzales, 2019, A RESPONSABILIZAÇÃO DA VÍTIMA NOS CRIMES SEXUAIS, disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/CamilaMonteiroGonzalez.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Forense, 2019.

ROSA, André; TOMAZ, Kléber; REIS, Vivian. **Homem solto após ejacular em mulher em ônibus é preso de novo ao atacar outra passageira.** 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/homem-e-preso-suspeito-de-ato-obseno-contramulher-em-onibus-3-caso-em-sp.ghtml>. Acesso em: 13 mai. 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1986.

ZAREMBA, Júlia; GOMES, Paulo. **Lei de importunação sexual completa 1 ano com 3090 casos em SP.** 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/lei-de-importunacao-sexual-completa-1-ano-com-3090-casos-em-sp.shtml>. Acesso em: 14 mai. 2020.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A SUA APLICAÇÃO NA PRÁTICA

Letícia Ferreira de Oliveira
Delaine Oliveira Souto

INTRODUÇÃO

Em 06 de fevereiro de 2015 foi lançado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, na capital de São Paulo, o Projeto Audiência de Custódia, que concretizou as previsões realizadas anos antes pelo Pacto de São José da Costa Rica.

O objetivo da pesquisa é mostrar como é realizada a referida audiência de custódia, na prática. Tratando-se de uma pesquisa qualitativa, de cunho bibliográfico, pois busca explicar quais são os procedimentos necessários para a realização da audiência de custódia

A pesquisa será dividida em 05 (cinco) tópicos. Far-se-á um breve histórico sobre como a audiência de custódia foi introduzida ao contexto legislativo nacional, partindo de suas primeiras aparições nos tratados internacionais dos quais o Brasil ratificou.

O segundo tópico tratará sobre a audiência de custódia propriamente dita, explicando seus procedimentos teóricos e práticos, seus principais objetivos, quem é apresentado, quais os prazos e qual a forma de apresentação.

O terceiro tópico explanará sobre a prevenção da tortura e dos maus tratos nas audiências de custódia, pois é um potencial mecanismo de prevenção e combate a eventuais abusos e violências cometidos por policiais no momento da prisão e durante a permanência do preso nos espaços de custódia, enquanto aguarda para ser ouvido pela autoridade judicial.

No quarto tópico busca-se esclarecer os principais aspectos da audiência de custódia, através de uma análise constitucional, estabelecendo os principais pontos positivos e negativos.

O quinto e último tópico vai expor como funciona a audiência na prática, o judiciário em si, e por que muitas vezes o prazo não é cumprido corretamente.

Assim, como mencionado acima, compreende-se a produção deste trabalho sob foco de relevância e importância que se deve dar à leitura dos contextos, bem como à interação humana no âmbito da audiência de custódia, implica compreender que, aberta a audiência, esta passa a se situar no campo do acontecimento, deixando de ser um sistema estável e linear, transmudando-se em instável e dinâmico.

Por todos os ângulos em que se é analisado, fica claro que a audiência de custódia confere ao cidadão preso uma oportunidade ímpar para tentar recuperar a sua liberdade (sobretudo nos casos em que existir algum tipo de abuso, arbitrariedade, ou seja, ilegalidade *lato sensu*). Trata-se, pois, nesse aspecto particular de medida extremamente positiva que, na prática, pode ser muito útil para se evitar injustiças.

1. HISTÓRICO DE IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia foi implantada em 06 de fevereiro de 2015, pela resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), concretizando as previsões realizadas anos antes, pelo Pacto de São José da Costa Rica. (GODOY, 2017, n.p.).

A primeira menção à audiência de custódia surgiu em 1966, com o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, que em seu artigo 9º, item 3, dispõe:

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL, 1992, p. 8716).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, escrita em 1969 e conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi ratificada pelo

Brasil apenas em 06 de novembro de 1992, e prevê em seu artigo 5º, item 2, que: “2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto São José da Costa Rica, 1992).

Por conseguinte, o artigo 7º, item 5, dispõe que:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prosiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José de Costa Rica, 1992).

Nota-se que a intenção da mencionada Convenção era a proteção dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana, reconhecendo tais direitos, inclusive, na pessoa presa definitiva ou provisoriamente.

A sociedade brasileira temporizou em apresentar uma resposta prática com relação à audiência de custódia, passando-se décadas até que o assunto fosse trazido à tona. Interessante ressaltar que, conforme os precedentes RE 466.343/SP e HC 87.585/TO, o Supremo Tribunal Federal - STF se posicionou no sentido de que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem valor supralegal, ou seja, está situada acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição, não sendo necessária, a promulgação de leis ordinárias para que ela possa ser aplicada. (GODOY, 2017, n.p.).

Veja-se o referido julgado da Suprema Corte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA FÁTICA. NORMAS LEGAIS. INTERPRETAÇÃO. INVIABILIDADE. SEGUIMENTO. NEGATIVA. 1. A Turma Recursal confirmou o entendimento do Juízo quanto à condenação do réu pela prática do crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal. No extraordinário, o recorrente aponta a violação do artigo 5º, inciso IV, da Constituição

Federal. Articula com a não recepção do referido preceito, tendo-o como contrário à liberdade de expressão. Discorre sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, sustentando a atipicidade da conduta. 2. Colho do acórdão recorrido o seguinte trecho: Desacato. Recurso da ré. Nexo funcional. Comprovada materialidade e autoria pelos depoimentos. Valor probatório do depoimento policial corroborado por testemunha. Desnecessário ânimo calmo. Tipificação recepcionada pela Constituição. Manutenção da r. Sentença pelos seus próprios fundamentos.[...] Nada há nada que faça crer que os depoimentos dos bombeiros e testemunha de acusação tenham sido produzidos em decorrência de sentimento pessoal de vingança. Nada há que ateste a existência de aspectos pessoais em seu desfavor, sendo certo terem sido os fatos corroborados por testemunha, inclusive como bem analisado pelo Juízo a quo, as testemunhas de defesa não teriam presenciado os fatos em sua integralidade, esclarecendo somente fatos parciais. No que se refere ao argumento defensivo de que o art. 331, do Código Penal, não fora recepcionado pela Constituição da República, bem como restaria incompatível com a Convenção de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, esse não deve prosperar, visto que o referido dispositivo teve recepção total, além de restar perfeitamente compatível com a Convenção supracitada. O acórdão impugnado mediante o extraordinário revela interpretação de normas estritamente legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. À mercê de articulação sobre a violência à Carta da República, pretende-se submeter a análise matéria que não se enquadra no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal. Assim tem entendido o Supremo. Confrimam com a seguinte ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO MATÉRIA PENAL CRIME DE DESACATO (CP, ART. 331) COMPATIBILIDADE COM O ART. 13 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH) ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO PRECEDENTES AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 1.064.572, relatado pelo ministro Celso de Mello, na Segunda Turma, acórdão publicado no

Diário de Justiça eletrônico de 06 de novembro 2017). Na forma da jurisprudência do Supremo, o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos equivale a norma supralegal, porquanto não observa o rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, sendo inviável a respectiva análise em sede extraordinária. 3. Ante o quadro, nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem. Brasília, 7 de dezembro de 2018. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. (STF, 2018).

Em 06 de fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça lança oficialmente o Projeto Audiência de Custódia em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e inicia, em nível experimental, as primeiras audiências de custódia no país.

Passados dois meses, em 09 de abril do mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos, com o objetivo de incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia no Brasil.

A Resolução 213 foi assinada pelo Conselho Nacional de Justiça em 15 de dezembro de 2015, trazendo diretrizes e previsões para aplicação da audiência de custódia. (ASSIS, 2018, n.p.).

Em 14 de julho de 2016, o Senado aprovou em primeiro turno o PLS nº 554/2011, que propôs ementa em que altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. (EMENTA nº 554, de 2011).

A ideia é diminuir, de alguma forma, os abusos que costumavam acontecer no momento da prisão. (GODOY, 2017, n.p.).

2. COMO FUNCIONAA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia é uma audiência especial, pois é feita após a prisão em flagrante, cuja pessoa deverá ser apresentada à autoridade judicial no prazo de 24 horas após a comunicação, e deverá ser assistido por defensor público e/ou advogado, na presença do Ministério Público e do juiz.

O preso terá o auto de prisão em flagrante lavrado na Delegacia e seu defensor, se possuir, será notificado da prisão. Em cartório, os autos

serão recebidos e neles juntados os antecedentes criminais do preso, intimando-se o Ministério Público para o ato. (BONFIM, 2019, n.p.)

Ao preso será assegurado o direito de conversar reservadamente e livremente com seu defensor antes da audiência de custódia, na qual o juiz conversa com o mesmo sobre as circunstâncias da prisão e verifica se houve algum tipo de agressão ou desrespeito aos seus direitos. A audiência será gravada, e em ata constará somente um breve relatório dos atos praticados e a decisão do magistrado, não se avaliando qualquer mérito dos autos, bem como, qualquer pergunta eventualmente feita ao preso sobre o mérito será indeferida pelo magistrado.

O Ministério Público e a defesa se manifestarão sobre a manutenção da prisão e, por fim, o magistrado decidirá sobre as questões apresentadas, inclusive sobre a manutenção da prisão. (SALES, 2017, n.p.).

Desta forma, a audiência de custódia possui natureza fiscalizatória da atividade policial, haja vista mostra-se um meio eficaz de controle aos excessos e abusos policiais e carcerários, objetivando o cumprimento dos preceitos norteadores dos Direitos Humanos. (GODOY, 2017, n.p.).

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015).

A ideia da audiência de custódia é transpor a barreira do papel (da lei) e humanizar as decisões dos juízes, que, muitas vezes, acabam sendo de maneira automática, sem empatia, apenas por mero procedimento, além de tentar desafogar os presídios superlotados.

2.1. Quem é apresentado na audiência de custódia

Toda pessoa presa em flagrante delito deve ser apresentada. O intuito é conduzir o preso em flagrante, de forma ágil, à presença de um juiz, do Ministério Público e do advogado/ Defensoria Pública.

De acordo com a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, não há previsão no sentido de que a pessoa presa em flagrante seja encaminhada à autoridade judiciária, o que existe é a necessidade de imediata comunicação da prisão à referida autoridade, nos seguintes termos: “Art. 5º, LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão **comunicados imediatamente ao juiz** competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.” (grifo nosso).

Então toda e qualquer pessoa terá a sua prisão comunicada ao juiz competente. Veja-se no art. 306 do CPP:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão **comunicados imediatamente ao juiz competente**, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1o Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (grifo nosso) (BRASIL, 1941).

No entanto, conforme já exposto, a audiência de custódia tem guarida tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, por possuírem status supralegal, devem ser aplicados com preponderâncias sobre a legislação interna infraconstitucional.

2.2. Para quem é apresentado o preso em flagrante e o prazo para a sua apresentação

O preso em flagrante é apresentado para a autoridade judicial, na presença do Ministério Público e do advogado/ Defensoria Pública. (DIVINO, 2019, n.p.).

O magistrado conversará com o preso sobre as circunstâncias da prisão, verificando-se se houve algum tipo de agressão ou desrespeito aos seus direitos.

O prazo de apresentação, em regra, é depois de comunicada a prisão. A pessoa deve ser apresentada ao juiz em 24 (vinte e quatro) horas. (DIVINO, 2019, n.p.).

Na prática, há muitas irregularidades quanto ao prazo. Geralmente quando a prisão é feita em final de semana ou feriado, a audiência é realizada no primeiro dia útil subsequente.

O excesso de prazo para a realização da audiência não gera nulidade de nenhuma espécie. Todavia, O STJ julgou o HC nº 485.355, onde concedeu alvará de soltura para o preso, pois não houve a realização da audiência de custódia (caso excepcional), conforme se observa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. PEDIDO DE SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. TERATOLOGIA. PRISÃO EM FLAGRANTE POR MAIS DE 24 HORAS. DEMORA NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Permite-se a superação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal quando, a um primeiro olhar, constatar-se flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. No caso dos autos, o investigado foi preso em 13/12/2018 e permaneceu custodiado unicamente em função do flagrante até o cumprimento da decisão que deferiu o pedido liminar. 3. Considerando que a prisão em flagrante se caracteriza pela precariedade, de modo a não permitir-se a sua subsistência por tantos dias sem a homologação judicial e a convalidação em prisão preventiva, identifico manifesta ilegalidade na omissão apontada, a permitir a inauguração antecipada da competência constitucional deste Tribunal Superior. 4. Ordem concedida para, confirmada a liminar, relaxar a prisão em flagrante do autuado, sem prejuízo da possibilidade de decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Determinada, ainda, comunicação ao CNJ. (STJ, 2019).

Portanto, a não realização de audiência de custódia pode gerar a concessão da liberdade provisória do preso.

3. PREVENÇÃO DA TORTURA E DOS MAUS TRATOS

Em um ano de funcionamento, o programa Audiência de Custódia registrou 2,7 mil denúncias de tortura e maus-tratos a pessoas presas

em todo o país. De acordo com os relatos feitos por presos apresentados nas audiências de custódia, os episódios que envolvem violência policial teriam ocorrido geralmente entre o momento da prisão e a apresentação do preso a um juiz. Esse e outros dados do primeiro ano do programa do CNJ foram apresentados pelo presidente do Conselho e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, em Salvador, durante o 2º Fórum Nacional de Alternativas Penais (GALVÃO, 2017, n.p.).

Antes de tudo, é preciso reiterar que a submissão das pessoas sob guarda ou custódia de autoridade pública a vexame ou a constrangimento, assim como qualquer atentado à incolumidade física do indivíduo constituem abuso de autoridade (Lei 4.898/1965, arts. 3º e 4º) e sua ocorrência, por si só, já demanda a firme atuação das instituições que visam a assegurar direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1965).

Assim, à guisa de conclusão, na análise deste objetivo, vê-se que o referido procedimento pode auxiliar na prevenção da tortura policial em um momento crítico para o indivíduo, qual seja, nas primeiras horas após a detenção, quando o flagrante do fica “fora de radar”, sem qualquer tipo de proteção. (PAIVA, 2015).

A regulamentação do uso da força física no limite da “legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência” (Portaria Interministerial 4.226/2010) é imprescindível para que se possam apurar eventuais desvios de conduta por parte dos policiais no momento da prisão em flagrante e naqueles que se seguem até a condução da pessoa presa à audiência de custódia. (MENECHINI, 2017, n.p.).

Todos os poderes e órgãos que compõem a estrutura do Estado brasileiro assumiram o compromisso internacional de assegurar que qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura terá o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes e ter seu caso examinado de maneira imparcial, assegurando-se sua proteção e a de eventuais testemunhas (Assembleia Geral da ONU, 1948).

O termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações

ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa, penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, castigo pessoal, medida preventiva, pena ou com qualquer outro fim. Também se entende que a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica (OEA, 1948).

Ainda que a legislação brasileira tenha deixado de seguir as restrições dos tratados internacionais para uma tipificação de natureza própria para o crime de tortura, ampliando sua imputação a agentes privados, a lei nacional prevê para as condenações em que o autor for agente público um aumento de pena de um sexto até um terço (BRASIL, 1997).

Outro ponto a ser ressaltado é que tanto a Convenção da ONU (art. 15) como a da OEA (art. 10), assim como o faz o Código de Processo Penal (art. 157), determinam que são inadmissíveis as provas decorrentes de declaração obtidas como resultado de tortura. Além disso, a Lei 9.455/1997, expressamente, determina que “Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos” (BRASIL, 1997).

Apesar da Resolução do CNJ 213/2013 prever que em todas as audiências de custódia o magistrado deverá perguntar à pessoa presa “sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis” (art. 8º, VI20), esta não é uma realidade verificada em todos os estados.

4. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Os argumentos positivos à audiência se baseiam no compromisso em assegurar a proteção dos Direitos Humanos em todas as circunstâncias possíveis, evitando situações de abuso de poder por parte do policial. (VENANCIO, 2019, n.p.).

Apesar de envolver um rol de quesitos a serem analisados pelo juiz, resumidamente, são dois os objetivos da audiência de custódia: verificar as condições físicas e psicológicas do detido e; verificar as condições processuais do preso considerando a possibilidade de colocá-lo em liberdade.

Nesse sentido, ou seja, sob o aspecto positivo, traz-se o entendimento de Veronese, a qual expressa que:

Em verdade, é um mecanismo de humanização, que visa o combate e prevenção à tortura e aos maus-tratos à pessoa presa, ao mesmo tempo em que serve de garantia de controle judicial sobre a necessidade e legalidade das prisões provisórias, já que há muito se busca encontrar um meio de prévio e célere para controle das mesmas, ou de reduzir a sua ocorrência, ou mesmo de expandir a aplicação de meios [...] alternativos ao encarceramento. (VERONESE, et. al., 2015).

Portanto, a incolumidade física do indivíduo preso e a prestação de suas garantias processuais, em uma rápida disponibilização destes direitos pelo Estado, compõem os principais objetivos da audiência de custódia.

Há também a questão da celeridade que o instrumento gera, evitando a judicialização do conflito, isto é, como a audiência desenvolve-se logo após a apresentação do autuado ao juiz, o procedimento se encaminha de forma mais rápida, o que contribui com a instituição de práticas restaurativas, que são maneiras de solucionar o conflito de forma comunicativa e pacífica, evitando a instauração de processo em juízo. Além disso, colaboram para desafogar o judiciário. (VENANCIO, 2019, n.p.).

Outro argumento defendido é o combate à superlotação carcerária, permitindo que a autoridade judicial aprecie a efetiva legalidade da prisão, dando ao preso a garantia do contraditório.

Por outro lado, há fatores que inviabilizam a correta aplicação do instrumento, tais como a escassez de efetivo policial, os recursos destinados para este fim e os riscos (não somente de fuga do preso) de colocar a sociedade em perigo. (VENANCIO, 2019, n.p.).

A apresentação do preso ao juiz depende de prévias condições administrativas e do cumprimento de ritos processuais que, por vezes, são muito burocráticos, como por exemplo: a existência de um juiz disponível para este ato, a presença de um promotor, de um escrivão, de seguranças prisionais ou policiais, de cartorários e demais outros servidores envolvidos na realização dessas audiências.

Nesse aspecto, importante salientar o entendimento da nobre jurista, Pellegrini, a qual ressalta que:

A escolta de custodiados é, de fato, outro problema crônico enfrentado por todas as esferas de governo. O efetivo policial, seja ostensivo ou de caráter judiciário, encontrasse escasso para atender todas as demandas. A área federal é ainda mais crítica, pois setores como o planejamento operacional, acumulou a função de execução da audiência de custódia, com cumprimento de capturas, mandado de intimações e escolta regulares de presos para as audiências comuns. Não é apenas uma questão de organização policial ou de caráter logístico, é, de fato, uma questão de recursos humanos e materiais [...] (PELLEGRINI, 2016, n.p.)

Destarte, se esta apresentação não ocorrer no prazo desejado pela falta destes servidores, pode acontecer que o preso fique além do necessário na condição de encarceramento. Muitos desses dos casos de prisão em flagrante acontecem em feriados e horários noturnos, condição esta, que menos favorece o preso que aguarda pela audiência de custódia.

Assim, conforme o Conselho Nacional de Justiça:

Há policiais militares encarregados de realizar a escolta interna da carceragem até a sala de audiências, sendo a estrutura montada especificamente para atender as audiências de custódia. O número de policiais aumentou, de dez para vinte, desde que o projeto se iniciou até o fim do ano de 2015. Embora sejam raras as vezes que os atrasos das audiências

aconteçam por falta de policiais para a escolta, eles próprios mencionaram que estão com dificuldades porque todos ficam à disposição das salas e quase nenhum permanece na segurança interna da carceragem. Ao contrário dos outros funcionários, os policiais militares não ficam apenas em uma sala. Há pelo menos duas policiais do sexo feminino entre os vinte policiais (CNJ, 2016, n.p.).

Há também o posicionamento de que não se pode presumir que haja violência policial durante a ação de prisão em flagrante, tendo em vista que os policiais militares e civis conhecem suas obrigações e atuam conforme a lei.

5. PLANTÃO JUDICIÁRIO

Os plantões judiciários destinam-se exclusivamente à análise de medidas urgentes, por exemplo, pedidos de *habeas corpus* e mandados de segurança em que figurar como coator autoridade submetida à competência jurisdicional do magistrado plantonista, comunicações de prisão em flagrante e à apreciação dos pedidos de concessão de liberdade provisória, medida liminar em dissídio coletivo de greve, audiência de custódia, entre outros. (CNJ, 2019, on-line).

Tem por objetivo proporcionar ao cidadão uma prestação jurisdicional célere e efetiva, garantindo atendimento 24 (vinte e quatro horas) horas por dia, visando o conhecimento de pedidos, ações, procedimentos e medidas judiciais de caráter urgente, definidos como aqueles que ponham em risco direito relevante, cuja tutela não possa aguardar decisão judicial no expediente forense normal.

O Superior Tribunal de Justiça tem os seguintes entendimentos quanto ao Plantão Judiciário:

O plantão judiciário constitui figura concebida para permitir o exame durante os feriados e recessos forenses das medidas de caráter urgente, ou seja, possibilitar o acesso ao Poder Judiciário ininterruptamente para salvaguardar o direito daquele que se vê na iminência de sofrer grave prejuízo em decorrência de situações que reclamam provimento jurisdicional imediato. O Plantão Judiciário objetiva garantir a entrega de prestação jurisdicional nas medidas de

caráter urgente destinadas à conservação de direitos, quando possam ser prejudicados pelo adiamento do ato reclamado. (CNJ, 2019, on-line.)

Se o plantão judicial garante atendimento em comunicação de prisão em flagrante, este deve realizar a audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Ocorre que, muitas vezes este prazo não é cumprido, mas deveria ser, pois o judiciário fica de plantão para que coisas urgentes como a audiência de custódia seja cumprida dentro do prazo.

Posto isso, surge a seguinte indagação: para que serve o plantão judiciário se os prazos estabelecidos não são cumpridos?

Não há resposta correta para esta indagação pois, em regra, o plantão judiciário deveria cumprir corretamente os prazos. Assim, podemos notar que no art. 310 do CPP, em seu §3º dispõe que:

Art. 310. [...]

§3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, nota-se que a autoridade precisará de motivação idônea para a não realização de audiência no prazo, caso esta não seja feita será penalizada.

CONCLUSÕES

Ao decorrer deste estudo buscou-se apresentar, conceituar e explicar o que vem a ser a audiência de custódia, bem como onde há previsão normativa para o ato e quais são os reflexos importantes que esta traz ao nosso ordenamento jurídico.

Os benefícios serão imensuráveis. Além de ser um instrumento garantidor dos direitos humanos, certo é que o procedimento contribuirá ao combate do encarceramento em massa, dará maior efetividade às medidas cautelares diversas da prisão e será uma oportunidade para que o Judiciário possa prestar a tutela judicial efetiva ao processo crime, de forma a respeitar o direito ao silêncio e o de não autoincriminação conferidos ao preso.

A pesquisa procurou mostrar que a principal vantagem de se realizar audiência de custódia é viabilizar o respeito das garantias constitucionais evitando atos de tortura desumanos e cruéis que sejam degradantes nos interrogatórios feitos por policiais, além de minimizar prisões ilegais.

Por fim, a audiência de custódia coloca à mesa o debate acerca de sua efetividade no âmbito jurídico e penal brasileiro. Ressalta-se, portanto, a importância de se resguardar os direitos humanos em sua plenitude, mas também contribuir com uma compreensão mais adequada do nosso processo penal, respeitando garantias individuais, implementando instrumentos processuais modernos e efetivos, além de prosseguir no caminho da melhoria da segurança pública.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. (1948). “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (217 [III] A). Paris.

ASSIS, Marcio Flavio Rodrigues. **A Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça e as Audiências de Custódia no Estado de Goiás**. Disponível em: <https://mfrassis.jusbrasil.com.br/artigos/609307510/a-resolucao-n-213-do-conselho-nacional-de-justica-e-as-audiencias-de-custodia-no-estado-de-goias?ref=feed>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 592 de 06 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei Nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BONFIM, Fábio Bahia. Prática jurídica: audiência de custódia e o advogado de defesa. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73243/pratica-juridica-audiencia-de-custodia-e-o-advogado-de-defesa>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atribuicoes/>. Acesso em: 09 mai. 2020.

DIVINO, Cláudia. **Prisão em flagrante**. Disponível em: <https://claudiadivino.jusbrasil.com.br/artigos/746316717/prisao-em-flagrante>. Acesso em: 08 ago. 2020.

GALVÃO, Beatriz Imada. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <https://beatrizgalvao52.jusbrasil.com.br/artigos/493320694/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 03 jul. 2020.

GODOY, Nádia Fressatto. **Audiência de Custódia: Origem, conceito e seu enquadramento na atual sistemática jurídico processual penal brasileira**. Disponível em: <https://nadiainyt.jusbrasil.com.br/artigos/504150447/audiencia-de-custodia-origem-conceito-e-seu-enquadramento-na-atual-sistemática-juridico-processual-penal-brasileira>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MENECHINI, Adriano. **Audiência de custódia: previsão normativa e aplicabilidade no regime jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57780/audiencia-de-custodia-previsao-normativa-e-aplicabilidade-no-regime-juridico-brasileiro>. Acesso em: 06 ago. 2020.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (“Pacto de San José de Costa Rica”). 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. **Empório do Direito**, Florianópolis, 2015.

PELEGRINI, Carlos Eduardo. Pontos emblemáticos da aplicação da audiência de custódia. **Revista Consultor Jurídico**, 9 maio 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/carlos-pellegrini-pontos-emblematicosaudiencia-custodia#author>. Acesso em: 14 mar. 2020.

STF. **RE: 466343 SP**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 04-06-2009, p. 29-165.

SALES, Hudson. Audiência de Custódia. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59670/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 08 ago. 2020.

VERONESE, Alexandre. et. al. Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos- Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/04430h54/c8k7R9ODahN99>. Acesso em: 10 mar. 2020.

VENANCIO, Camila. 8 questões fundamentais para entender a Audiência de Custódia. Disponível em: <https://www.politize.com.br/audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 06 ago. 2020.

IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: UM AVANÇO PARA O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Vinícius Rafael Vieira de Paula
Ivan Mateus Salustiano Freitas

INTRODUÇÃO

O Código penal brasileiro passou por diversas mudanças de acordo com a evolução social, modificações realizadas no decorrer do tempo por conta da necessidade da criação de novos tipos penais, que abarcassem práticas delituosas que não se encontravam no Código, como alguns crimes contra a dignidade sexual, foram implementados a este. O Brasil teve três Códigos Penais, sendo o primeiro sancionado no ano de 1830, contendo sete artigos referente aos crimes contra a dignidade sexual. Já o segundo a ser vigente foi o Código de 1890, que revogou e alterou alguns crimes previstos no anterior. E por fim o Código penal de 1940, no qual é vigente até os dias atuais.

Porém, no ano de 2017, na cidade São Paulo, um de 27 anos se aproveitou da lotação de um ônibus e ejaculou em uma das passageiras. O autor foi detido pela prática da contravenção de importunação ofensiva ao pudor, que determinava apenas multa, tendo sua soltura após o pagamento desta. Contudo, na mesma semana o autor foi denunciado pelo Ministério Público pelo crime de estupro, após praticar atos obscenos, novamente dentro de um ônibus. Entretendo, o juiz entendeu que o ato cometido pelo autor, não deveria ser julgado como estupro, sendo condenado por analogia a outro crime.

Com isso, através deste caso, foi demonstrado aos legisladores uma lacuna no Código Penal, pois uma vez se este delito fosse tratado como estupro a pena seria grave frente do ato praticado, sendo dessa forma associada a uma conjunção carnal forçada, caso fosse condenado por importunação ofensiva ao pudor a pena seria baixa, devendo assim ser criado um novo tipo penal intermediário.

No dia 24 de setembro de 2018 foi publicada a lei nº13.718, que trouxe inovações e alterações ao Código Penal em relação aos crimes

contra a dignidade sexual, tipificando o crime de importunações sexual e outros, além de alterar a natureza dos crimes previstos nos capítulos I e II para ação penal pública incondicionada.

O presente trabalho tem como objetivo, analisar a criação do tipo penal de importunação sexual e os motivos que levaram à sua tipificação.

1. DO DIREITO À DIGNIDADE SEXUAL

O ser humano é rodeado de direitos e garantias fundamentais, sendo estes indispensáveis para que possa ter o mínimo de uma vida digna. Os direitos fundamentais, segundo Lenza (2012), se tratam dos bens e vantagens positivados na Constituição, enquanto as garantias, são os instrumentos utilizados para a garantia dos direitos. Nestes direitos fundamentais estão previstos os requisitos mínimos que devem ser respeitados e protegidos, para que cada um possa viver com o mínimo possível de dignidade.

De acordo com Nucci (2014) a dignidade da pessoa humana é o princípio administrado pelo Estado Democrático de Direito, criando dois aspectos fundamentais, o aspecto objetivo e o subjetivo. Sob o ponto de vista do aspecto objetivo, se trata da existência no “mínimo existencial”, que é o mínimo que o sujeito necessita para suprir suas necessidades e sua sobrevivência, como alimentação, higiene, saúde, educação, entre outros. Já no aspecto subjetivo engloba os sentimentos de respeito e autoestima dos indivíduos.

Os direitos fundamentais são vistos como um grupo de direitos e deveres, que são inexistentes de hierarquia, devendo ser respeitados, protegidos e assegurados de forma igualitária, porém, alguns merecem destaque, como é o caso do direito à vida. Dentro destes direitos podemos notar o direito a saúde, a liberdade, a sexualidade e vários outros.

Segundo Nucci (2014, p. 26):

A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade

como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.

A respeito da proteção do direito a sexualidade, trata-se este do direito de escolha que cada um tem, de como, quando, onde é com quem terá suas relações sexuais.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O atual Código Penal (BRASIL, 1940) vigente, estabelece em seu título VI a criminalização de maneira ampla as formas de constrangimento à dignidade sexual, sofrendo algumas alterações no ano de 2018, que trouxeram novas tipificações de crimes e aumento de pena para os crimes previstos nos capítulos I e II do Código Penal, além de procedê-las mediante ação penal pública incondicionada.

A lei 13.718/2018 entrou em vigor no dia 24 de setembro de 2018, sendo seu início advinda da Proposta de Lei do Senado nº 618/2015, se transformando no Projeto de lei 5452/2016, tendo como autora a Senadora Federal Vanessa Grazziotin. Esta lei alterou e ampliou a rede de proteção à dignidade sexual das vítimas, em especial das crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, majorando as penas para algumas formas do crime de estupro, e tipificou o crime de importunação sexual e divulgação de fotos e vídeos de cenas de estupro ou pornografia que não tenham o consentimento da vítima (BRASIL, 2018).

Porém, para se chegar ao eventual Código, abarcando brandamente a detenção dos crimes contra a dignidade sexual, existiram várias fases no Direito Penal, passando da Idade Média até os tempos atuais, que dependeram de sua evolução para dar a real justiça as vítimas lesadas de sua dignidade sexual.

Para Nucci (2014), o campo da dignidade sexual condena todo ato de constrangimento ilegal, tendo como ponto principal para a tutela penal a repressão não consentida para um ato sexual.

Para melhor se compreender sobre os crimes contra a dignidade sexual, é necessário fazer a análise histórica sobre estes, desde seu sur-

gimento até os tempos modernos, sua relação na sociedade da época e suas formas de penalidade.

De acordo com Faria (2016), o Código penal de 1830, mais conhecido como Código Criminal do Império do Brasil, foi uma das primeiras legislações penal em nosso país, trazendo consigo sete artigos referentes a crimes sexuais, que eram mencionados no título II, capítulo II, nos artigos 219 a 225. Sendo estabelecidos neste capítulo os crimes de desflorar mulher virgem menor de dezessete anos, crime estupro contra aquela que está em sua guarda ou seu poder, crime de estupro cometido por parente, crime de estupro contra mulheres honestas, utilizando-se de violência ou ameaça, o crime de ofensa pessoal para fim libidinoso e o crime de seduzir mulher honesta menor de dezessete anos a ter conjunção carnal (BRASIL, 1830).

As penas disponíveis na legislação penal (1830) para os autores dos crimes sexuais desta época eram de se casar com a vítima, sair da comarca onde o delito foi realizado por algum tempo, dotar a vítima, multa e, por fim, prisão de três a 12 anos no caso de estupro que foi utilizado violência ou ameaça, tipificado no Art. 222 daquele código penal, que traz em descrito “Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a ofendida”. (BRASIL, 1830).

Claramente é possível notar uma desigualdade no que tange à pena, visto que o crime cometido contra vítima considerada como “mulher honesta”, tinha uma pena maior do que aquela que era considerada prostituta, sendo que a pena era reduzida quase 6 vezes, como é possível analisar abaixo do art. 222, sendo descrito “Se a violentada fôr prostituta. Penas - de prisão por um mez a dous annos”. (BRASIL, 1830).

Porém, segundo Faria (2016) no ano de 1890 foi sancionado um novo Código penal, e com isso foram estabelecidos quatro artigos referentes aos crimes sexuais, revogando os de 1830, determinando penas de detenção de 6 meses a 6 anos, e ainda agravando a pena, se o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas.

Ainda de acordo com Faria (2016), em 1940 foi criado um novo código penal, que novamente alterou e implementou os crimes contra os

costumes, incluindo a fraude, sedução e corrupção de menores, e ainda o rapto que ainda não era estabelecida nos códigos anteriores, e com isso as penas passaram a ter de no mínimo 1 e no máximo 10 anos de reclusão. Além disso, a queixa era o meio utilizado para dar início aos processos, através de uma ação penal privada (BRASIL, 1940).

No ano de 1941 foi promulgada a lei das contravenções penais através do decreto-lei 3.688 de 3 de outubro do respectivo ano, sendo inserido neste o art. 61 versando sobre a importunação ofensiva ao pudor, trazendo em seu texto “Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena - multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”. (BRASIL, 1941).

De acordo com Marcão (2005) é possível notar que até o dia 28 de março de 2005 os crimes sexuais no código penal continham as descrições de mulher honesta, e caso não fosse comprovada sua honestidade o crime não se configurava, como no caso do crime de rapto, presente no art. 219 do código, “Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”. (BRASIL, 1940). Este artigo foi revogado pela lei nº 11.106 de 2005, sendo adicionado na forma deste o inciso V, no art. 148 do Código Penal, tipificando o crime de sequestro e cárcere de privado, estatelando que “Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos” e em seu inciso V que “se o crime é praticado com fins libidinosos” (BRASIL, 2005), podendo se verificar que o Código penal atual não contém o termo de mulher honesta.

Em 2009, o Código Penal passou por uma alteração com a criação da lei 12.015 (BRASIL, 2009), que além de trazer os crimes presentes no código penal de 1940, apresentou os crimes de assédio sexual, estupro de vulnerável, satisfação da lascívia mediante a presença de crianças e jovens, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, rufianismo, tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual. Além disso, esta lei uniu os crimes de estupro e o atentado violento ao pudor e ainda o homem passou a ser criminalmente passível de estupro, que antes só a mulher era considerada vítima.

E com essa atualização ao código penal, o processo cabível para esses delitos trazidos nos capítulos I e II passaram de ação penal privada para ação penal pública condicionada a representação, com exceção das vítimas menores de 18 e vulneráveis, sendo que o procedimento utilizado é ação penal pública incondicionada.

3. A LACUNA EXISTENTE NO CÓDIGO PENAL

O Código Penal brasileiro foi criado no ano de 1940, tendo passado por diversas alterações ao longo das décadas, contudo, ainda era encontrar uma lacuna a ser preenchida, relacionada aos crimes contra a dignidade sexual, sendo está estabelecida entre o crime de estupro, e a contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

Segundo Mirabete e Fabbrini (2013) o crime de estupro é tipificado no art. 213 do Código Penal de 1940, trazendo a seguinte menção, “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” com pena de 6 a 10 anos de reclusão, podendo esta ser maior nos casos em que o ato decorra de lesão corporal grave ou praticado em desfavor de uma pessoa menor de 18 anos e maior de 14 anos, sendo aplicada a pena de 8 a 12 anos de reclusão, já nos atos que resultem na morte da vítima, a pena aplicada varia de 12 a 30 anos de reclusão.

Ocorre a prática deste crime quando o autor força a vítima, a ter relação carnal ou algum ato libidinoso diverso, utilizando de violência ou grave ameaça, para atingir seu objetivo, ou seja, quando não há o consentimento da vítima e o autor agir dolosamente, com a intenção de realizar seus desejos sexuais.

Segundo Mirabete e Fabbrini (2013, p. 405):

Protege-se no crime de estupro não a simples integridade física, mas a liberdade sexual tanto do homem quanto da mulher, ou seja, o direito de cada indivíduo de dispor de seu corpo com relação aos atos de natureza sexual, como aspecto essencial da dignidade da pessoa humana.

Trata-se este delito de um crime comum, sendo que qualquer sujeito pode ser autor ou vítima deste crime, exceto os menores de 14 anos e as

pessoas que por causas legais também são considerados vulneráveis, no caso destes, se configura o crime de estupro de vulneráveis, tipificado do art. 217-A do Código Penal de 1940, estabelecendo “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, sendo aplicado a pena de 8 a 15 anos de reclusão (BRASIL, 1940).

De acordo com Dantas e Rodrigues (2011), antes da vigência da lei 12.015/09 somente a mulher poderia ser vítima do crime, sendo esta alterada, trazendo em seu caput o sujeito “alguém”, podendo a vítima ser homem ou mulher.

Por fim a importunação ofensiva ao pudor, era trazida no art. 61 da lei das contravenções penais de 1941, trazendo em seu caput, “importunar alguém, em lugar público ou acessivo ao público, de modo ofensivo ao pudor” (BRASIL, 1941). Com pena de multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Esse artigo foi inserido no dia 3 de outubro de 1941, pelo Decreto-lei 3.688, estabelecido como uma Contravenção Penal, diferente de crime, pois, esta versa sobre as infrações de menor impacto social comparado com os descritos no Código Penal, como, por exemplo, o homicídio, que possui maior impacto e relevância social.

Conforme Ventura (2016) essa contravenção, tem como foco principal a proteção do bem jurídico do pudor, extinguindo e coibindo a práticas de atos ligados a sexualidade que causem constrangimento ao indivíduo. Incluem a estas as práticas os atos dolosos de apalpar, encoxar, passar a mão e outros, sem o consentimento da vítima, fazendo com a esta se sinta desrespeitada, ferindo de forma direta a sua dignidade e liberdade sexual, devendo esses atos serem praticados em lugar público ou acessível ao público para se enquadrarem como contravenção.

De acordo com Rosa, Tomaz e Reis (2017), dia 2 de setembro de 2017, na cidade de São Paulo, um homem de 27 anos se aproveitou da lotação de ônibus para satisfazer a sua lascívia, ejaculando em uma passageira. O autor do delito foi detido, enquadrado no art. 61 da lei de contravenções penais, como importunação ofensiva ao pudor, determinando apenas pena de multa, e após a sua soltura, na mesma semana o autor foi detido novamente e denunciado pelo ministério público por estupro após pra-

ticar atos obscenos novamente dentro de um ônibus. Porém, o juiz José Eugênio do Amaral Souza Neto, entendeu que o ato cometido pelo autor, não deveria ser tratado como estupro. E pelo código penal não trazer uma tipificação específica sobre o ato, o autor foi liberado.

Porém, este caso ocasionou uma enorme repercussão nacional, demonstrando aos legisladores uma lacuna no código penal, pois uma vez se este delito fosse tratado como estupro a pena seria grave frente do ato praticado, sendo dessa forma associada a uma conjunção carnal forçada, e se estivesse sido condenado por importunação ofensiva ao pudor a pena seria baixa.

De acordo com Arcoverde e Araújo (2018) em matéria publicada pela revista globo, a Polícia registrou 464 casos de abusos sexuais em transportes como o metro, ônibus e trens da região metropolitana de São Paulo, entre os meses de janeiro e dezembro de 2017.

A liberação dos autores desta prática, após o simples pagamento da multa, gerou uma grande revolta na população, principalmente entre os movimentos de defesa dos direitos da Mulher, sendo as principais vítimas destes atos, se sentiram totalmente injustiçadas e vulneráveis.

Em sua maioria os atos libidinosos como o de apalpar a parte genital da vítima eram punidos como importunação ofensiva ao pudor, ou até mesmo absolvidos, sendo que em alguns casos estes eram denunciados como estupro, mais logo após eram desclassificados para este tipo de contravenção.

Afirma-se com o Nucci (2014), existem várias ocasiões que são intermediárias ao crime de estupro e a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, que deveriam ter uma tipificação própria, com a pena proporcional ao delito realizado, pois, são muitos os casos que são levados a julgamento, condenando como estupro, ainda que acreditem que esta pena aplicada é muito alta, frente ao ato cometido. Já em outros casos, desclassificam o crime para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, mesmo sabendo que a pena é leve frente a gravidade do ato. Com isso a melhor opção seria a criação de um novo tipo penal que tipificasse o cometimento de atos libidinosos como o de apalpar o órgão sexual, por cima da roupa, como crime de estupro privilegiado, aplicando uma pena que ficasse entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor.

Ainda, segundo Nucci (2014, p. 38):

Outra polêmica, neste cenário, diz respeito ao beijo lascivo, quando extraído à força da vítima. Seria conduta tão grave a ponto de desencadear a condenação por estupro – crime hediondo – a uma pena mínima de seis anos de reclusão? Parece-nos que não. O ideal seria a figura intermediária, entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor.

E diante deste impasse o poder legislativo brasileiro, notou que era preciso a criação de um novo tipo penal intermediário no Código Penal, que ficasse entre a importunação ofensiva ao pudor e o estupro, que aplicasse desta forma uma pena mais proporcional e justa a lesão causada a vítima.

4. A CRIAÇÃO DA LEI 13.718/16

Antes do caso da ejaculação no ônibus em São Paulo, no ano de 2015 a Senadora Federal Vanessa Grazziotin apresentou o projeto de Lei nº 618/2015, na qual tinha o intuito de acrescentar o estupro coletivo como uma forma majorante de pena, sendo que nas causas que ocorressem concurso de duas ou mais pessoas, a pena seria aumentada em um terço. E esta também propôs a tipificação do crime de divulgação de cenas de estupro. Acrescentando ao código penal o art. 218-C tratando-se da divulgação de cena de estupro e o art. 225-A tipificando o estupro coletivo. Ainda conforme Grazziotin (2016) no dia 1 de junho de 2016 foi apresentado ao Congresso Nacional o projeto de lei 5.452/16, sendo sujeito a apreciação do plenário, ocasionando um acréscimo ao código penal do art. 218-C, tipificando o crime de divulgação de cena de estupro, prevendo em seu texto:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (BRASIL, 2018)

E a implementação do art. 225-A também ao código penal, prevendo causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas, trazendo em seu texto: “Art. 225-A. Nos casos dos arts. 213 e 217-A deste Código, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é cometido em concurso de duas ou mais pessoas” (BRASIL, 2018).

No dia 12 de julho de 2016 o Deputado Federal Antônio Bulhões apresentou um apenso para o Projeto de Lei 5452/2016, a fim de criminalizar a oferta, troca, disponibilização, transmissão, distribuição, publicação ou divulgação de conteúdo de caráter pornográfico ou erótico que faça apologia ou incite a prática de estupro, tortura, abuso ou violência sexual contra mulheres, adolescentes ou crianças do sexo feminino. Segundo Grazziotin (2016) no dia 12 de dezembro de 2016 o projeto de lei foi apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), que acolheu integralmente a acusação de aumento referente ao estupro coletivo, alegando que há uma lacuna no Código Penal de uma forma mais grave de estupro. No entanto, no caso da divulgação de cenas de estupro, este entendeu que haveria de ser complementada, no intuito de criminalizar outras hipóteses de divulgação de sexo e pornografia sem o consentimento da vítima.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania justificou a tipificação destes crimes como:

Entende-se que a intimidade sexual passou a ser objeto juridicamente relevante a merecer a tutela penal do Estado, tendo em vista a facilidade de registro de imagens, além da instantaneidade na sua divulgação, mercê dos atuais avanços tecnológicos. Logo, o consentimento da pessoa maior que tem sua imagem registrada em cena de sexo explícito ou de pornografia constitui elemento imprescindível para a exclusão da ilicitude do ato (GRAZZIOTIN, 2016).

Com isso além de votar pela aprovação da PL 5452/2016, ainda pediu a substituição ao código penal para conter além das duas modificações que foram apresentadas, causas de diminuição e aumento de pena para crimes contra a dignidade sexual, e ainda a inclusão de mais dois tipos penais, o induzimento ou instigação a crime contra a dignidade sexual e a incitação ao crime de estupro, e também a inserção do crime de estupro ao rol dos crimes hediondos.

Conforme Grazziotin (2016), o projeto de lei foi aprovado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER), mas se manifestou em contrário a diminuição de pena nos casos de estupro de vulnerável.

No dia 24 de agosto de 2017, a Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, representada pela deputada Laura Carneiro se manifestou a favor dos seguintes acréscimos ao Código Penal: “As penas mencionadas no caput do art. 217-A e dos incisos 1º, 3º e 4º, de acordo com acréscimo do § 5º serão aplicadas independentemente do consentimento da vítima ou do fato dela já ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime” (BRASIL, 2018).

Sugere o acréscimo do art. 218-C com o intuito de criminalizar a divulgação de cena de estupro, estupro de vulnerável, de sexo explícito ou pornografia. Contando com o aumento de pena descrito no § 1º, sendo: “A pena é aumentada de um a dois terços se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança ou humilhação”. (BRASIL, 2018).

Além deste, foi proposto que no art. 218 em seu § 2º, está se torna uma excludente de ilicitude, sendo que:

Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, se ela for maior de dezoito anos. (BRASIL, 2018).

E ainda alteram o art. 225 do Código Penal, determinando que os crimes contra a dignidade sexual e os crimes sexuais contra vulnerável, sejam opostos através da ação penal pública incondicionada. É proposto causas majorantes para o art. 226, em seus incisos I, II e a inclusão do inciso III, trazendo um aumento de pena nos casos em que o autor do crime é “ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela” (BRASIL, 2018).

A importunação sexual foi apresentada no dia 5 de setembro de 2017, sendo mencionada no art. 216-B, que consistia em “Praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso, com o objetivo

de satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro” (GRAZZIOTIN, 2016) com pena 2 a 4 anos de reclusão.

A importunação sexual foi justificada como uma forma de resposta aos casos desta prática, sendo trazidas diariamente na mídia, gerando uma grande comoção social, e que até então o código penal não tinha uma lei específica que continha a tipificação expressa e legal deste ato.

Segundo Grazziotin (2016) a Comissão dos Direitos da Mulher ainda complementa que essa lei é se torna muito importante, pois, tipifica como crimes inúmeros casos de importunação, que podem ser acompanhados em jornais de notícias, gerando uma grande revolta social, e que até o momento a legislação penal não tinha dado a importância merecida.

E ainda entendem que, criando uma lei que específica, que reprimisse atos na qual pessoas se aproveitam da oportunidade e utilizam de transporte público ou de aglomerações para satisfazer a sua lascívia, estariam cumprindo de forma efetiva com o seu papel de legisladores, dando uma resposta a questão em análise, levando uma segurança maior às pessoas que estão sujeitas a serem vítimas destas práticas e complementando o rol de crimes contra a dignidade sexual, para que possam reprimir cada vez mais estes atos.

Já no final de setembro, Grazziotin (2016) propôs a inclusão da prática de importunação sexual ao art. 213 do Código penal, como uma forma diminuição de pena de estupro, sendo estabelecido o § 3, com pena de reclusão de 2 anos a 5 anos. Contudo, foi estabelecido que a melhor forma de inserir o crime de importunação sexual ao Código Penal, seria através da criação de um novo tipo penal, para punir as práticas que vinham acontecendo, estabelecendo uma pena diferente a do crime de estupro. Sugerindo ainda que este crime seja incluído ao art. 215-A do Código Penal, que por sua vez foi tipificado neste artigo no ano de 2018.

Após a Projeto de Lei 5452/2016 ser aprovado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, no dia 7 de março de 2018, o Congresso Nacional tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, altera para a ação penal pública incondicionada os crimes confrontantes

a dignidade sexual, introduz causas de aumento de pena a estes crimes e funda formas qualificadoras para os delitos de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso (GRAZZIOTIN, 2016).

Trazendo em seu texto o art. 215-A, a tipificação do crime de importunação, sendo apresentado como: “Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave (BRASIL, 2018). E com a criação deste artigo, foi revogada a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, estabelecida no art. 61, das Leis de Contravenções Penais. Mas somente no dia 24 de setembro de 2018 foi sancionada e publicada a lei nº 13.718/2016, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal José Antônio Dias Toffoli, que ocupava o cargo de Presidente da República.

5. A IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

O crime de importunação sexual tipificado recentemente no art. 215-A do Código Penal, tem como principal objetivo de acordo Lopes Júnior, Rosa, Brambilla e Gehlen (2018) a proteção jurídica da liberdade sexual da vítima, ligado direito de escolher, com quem, quando e como irá realizar suas práticas sexuais. Este crime tem o objetivo de reprimir atos sexuais realizados sem o consentimento da vítima, com a finalidade de saciar seu próprio desejo sexual ou de terceiros, criminalizando através desta, práticas como apalpar partes íntimas, encostar, roubar um beijo e outros atos. Atos estes como já foram ditos, são praticados diariamente em lugares com aglomeração de pessoas, como transporte público e festas, porém nada impede que seja realizado em algum lugar que tenha pouco tráfego de pessoas.

Trata-se de um crime comum, sendo que o sujeito ativo, ou seja, o autor do delito, pode ser qualquer pessoa, independente do gênero, e o sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, salvo a condição de vulnerável.

O presente crime tem como elemento subjetivo o dolo direto, exercido na vontade que o autor tem de satisfazer sua lascívia ou de terceiro, não se configurando crime o simples esbarrão ou toque sem intenção, devendo existir simultaneamente o doloso, capacidade de saciar o desejo sexual e a

ofensa a liberdade da vítima. Este crime se consuma no momento em que o autor consegue atingir seu objetivo de saciar sua lascívia ou de terceiro, admitindo-se tentativa, uma vez que o sujeito tenta a realização da prática, mais é impedido por alguém ou por algumas circunstâncias que o impeça.

Antes da criação deste crime muitas das vítimas, especialmente mulheres não denunciavam as práticas, por se sentirem inseguras e vulneráveis, sabendo que na maioria das ocasiões, o autor do delito não iria ser punido de forma justa, pagando apenas uma multa, podendo ser liberado do mesmo dia, pronto para repetir o ato novamente, como foi o caso apresentado por Rosa, Tomaz e Reis (2017), na qual um sujeito ejaculou em uma passageira dentro de um ônibus, foi detido e após pagamento de multa foi liberado, cometendo outro ato contra a dignidade sexual na semana seguinte.

Conforme Zarembra e Gomes (2019), após um ano da aprovação da lei, o Estado de São Paulo registrou 3.090 casos de importunação sexual, sendo que estes ocorreram principalmente em vias públicas, residências e em transportes públicos.

De acordo com Antunes e Martinelli (2018), a cada 20 horas, uma mulher é vítima deste crime nos transportes públicos da capital de São Paulo, sendo foram denunciadas 36 ocorrências nos metros dentre os dias 25 de setembro a 23 de outubro.

Com a tamanha importância desta lei, foram criadas diversas campanhas de conscientização sobre o assunto, demonstrando a população a importância da nova lei e da denúncia destas práticas, a fim de diminuir os casos e trazer maior segurança à população.

Porém, nem todos conhecem esta lei, fazendo com que pessoas não denunciem estes atos sexuais por medo de serem injustiçadas, pensando que ainda não existe uma lei capaz de incriminar estes, ou por se sentirem constrangidas em denunciar o ocorrido, sendo que desta forma o autor destas práticas irá continuar a repeti-las.

Contudo, por esse crime ter natureza de ação penal pública incondicionada, qualquer um pode realizar a denúncia, sendo que esta ação é movida pelo ministério público, independente de autorização ou representação da vítima, dando a devida justiça ao caso.

CONCLUSÕES

Conforme a evolução social, também é necessária a atualização das leis, se adequando com a necessidade encontrada na época, criando novas imposições e modificando outras. Com isso surgiu a urgência da renovação do Código Penal, frente aos crimes contra a dignidade sexual, visto a presença de novas práticas que não eram encontradas neste e a existência de algumas lacunas a serem preenchidas.

Com isso no ano de 2018 foi sancionada a lei 13.718, que traz ao Código penal a tipificação dos crimes de divulgações de cenas de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena ou de pornografia, e o aumento de pena para os crimes de estupro coletivo e estupro corretivo, além de tipificar o crime de importunação sexual e proceder mediante ação penal pública incondicionada os delitos definidos nos capítulos I e II do título dos crimes contra a dignidade sexual.

A tipificação do crime de importunação sexual foi muito importante, visto que não havia um tipo penal intermediário entre o crime de estupro e a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, fazendo com que juízes aplicassem penas desproporcionais aos autores de práticas como de se esfregar ou passar a mão em alguma parte íntima da vítima sem o seu consentimento. Com a criação deste artigo, sendo tipificado no art. 215-A do Código Penal, a execução destes atos se tornou crime, com pena de 1 ano a 5 anos de reclusão, trazendo maior segurança especialmente as mulheres que são as principais vítimas destes atos e fazendo com que os juízes apliquem a pena proporcional ao crime cometido.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Leda; MARTINELLI, Andréa. **A cada 20 horas, uma mulher é vítima de importunação sexual no transporte da Grande São Paulo**, 05 nov. 2017. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/11/01/a-cada-20-horas-uma-mulher-e-vitima-de-importunacao-sexual-no-transporte-da-grande-sao-paulo_a_23577358/. Acesso em: 15 jul. 2020.

ARCOVERDE, Léo; ARAÚJO, Paula. **Casos de abuso sexual no transporte público de SP crescem em 2017**. 11 jan. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/casos-de-abuso-sexual-no-transporte-publico-de-sp-crescem-35-em-2017-diz-ssp.ghtml>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. **Código criminal do império do brasil, Lei de 16 de dezembro de 1830.** 16 dez. 1930. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. **Lei das contravenções penais, Decreto-lei nº 3.688, 3 out. 1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Código Penal de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

DANTAS, Gleick Meira de Oliveira; RODRIGUES, Thaís Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro**, 01 mai. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-combate-aos-crimes-contra-a-liberdade-sexual-uma-analise-acerca-das-modificacoes-trazidas-ao-crime-de-estupro/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

FARIA, Gabriel Morais. **Breves apontamentos acerca do histórico do estupro**, nov. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54227/breves-apontamentos-acerca-do-historico-do-estupro>. Acesso em: 16 set. 2020.

GRAZZIOTIN, Vanessa. **Projeto de Lei PL 5452/2016.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>. Acesso em: 30 jul. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16° ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes; BRAMBILLA, Marília; GEHLEN, Carla. **O que significa importunação sexual segundo a lei 13.781/18**, 28 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>. Acesso em: 01 ago. 2020.

MARCÃO, Renato. **Lei nº 11.106/2005: novas modificações ao Código Penal brasileiro**, 18 abr. 2005. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2007/Lei-11106-2005-Novas-modificacoes-ao-Codigo-Penal-brasileiro-II-arts-215-216-e-226>. Acesso em: 16 set. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte especial** - Arts. 121^a 234-B do CP. 30^o ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5^o ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSA, André; TOMAZ, Kleber; REIS, Vivian. **Homem solto após ejacular em mulher em ônibus é preso de novo ao atacar outra passageira**, 02 set. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/homem-e-preso-suspeito-de-ato-obseno-contra-mulher-em-onibus-3-caso-em-sp.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2020.

VENTURA, Denis Caramigo. **Importunação ofensiva ao pudor**. 2016. Disponível em: <https://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/295666978/importunacao-ofensiva-ao-pudor>. Acesso em: 18 jul. 2020.

ZAREMBA, Júlia; GOMES, Paulo. **Lei de importunação sexual completa 1 ano com 3.090 casos em SP**, 26 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/lei-de-importunacao-sexual-completa-1-ano-com-3090-casos-em-sp.shtml>. Acesso em: 03 jul. 2020.

EMBATE ENTRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 283 DO CPP

Carla Souza Dutra
Cledione Jacinto de Freitas
Mayara Ruiz de Almeida

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais discutidos nos últimos anos está relacionado ao início do cumprimento de pena, concernente a réus condenados ao regime fechado, após o julgamento da sentença em tribunais de segunda instância, uma vez que desde 2009 o Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos modificou seu entendimento. Menciona-se como exemplo os casos de corrupção praticados por agentes públicos que reforçam a discussão sobre a prisão em segunda instância ou após o trânsito em julgado e, ganhou ainda mais relevo após a Operação Lava Jato e sua atuação no âmbito da corrupção passiva e ativa com o intuito de enriquecimento ilícito e desfalque dos cofres públicos. Os acusados foram julgados tanto por tribunais de primeira, quanto de segunda instância, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dentre eles vários políticos. Contudo diante da legislação brasileira, bem como da ampla discussão referente ao assunto, passamos aos embates jurídicos, que se refere ao momento adequado do cumprimento da pena, diversas vezes objeto de julgamento, se entre o cumprimento que se dá logo após a confirmação da condenação na segunda instância ou após o trânsito julgado da sentença condenatória.

A Suprema Corte Brasileira, conforme aponta Guimarães e Azevedo (2019), em julgamento ao habeas corpus 126.292/SP, decidiu no ano de 2016, em votação em plenário que não haveria prejuízo ao réu que iniciasse o cumprimento da pena logo após decisão proferida em segunda instância. Neste período foi adotado e aplicado o entendimento que não haveria prejuízo ao réu na execução definitiva da reprimenda aplicada. Contudo, a súmula vigente posterior a esta votação trouxe um

novo entendimento jurídico, após o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade número 43, 44, e 54, datadas em 07 de novembro de 2019, qual o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de observar as normas da Constituição Federal de 1988 bem como a previsão normativa do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) adotou o entendimento conforme o art. 5º, LVII da Constituição Federal, determinando pela necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para o início do cumprimento da pena.

1. MODALIDADES DE PRISÕES

No ordenamento jurídico brasileiro há três espécies de prisões: processual, civil e penal, subdivididas ainda quanto em flagrante, temporária, preventiva e preventiva voltada para extradição, execução da pena ou prisão penal e prisão civil de dívida alimentícia. A prisão em flagrante é considerada espécie de prisão pré-cautelar, uma vez que ocorre antes de iniciada a ação penal, realizada nos termos do artigo 301 e 302, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), de execução obrigatória pelos agentes de segurança pública, bem como facultado quando verificado o estado de flagrância a realização por qualquer integrante do povo. Vale ressaltar que uma vez considerada ilegal a prisão, deverá o magistrado relaxá-la, ou conceder liberdade provisória, conforme o artigo 310, I e II do CPP.

Salienta-se que verificada a legalidade e os pressupostos determinantes para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, é permitido ao juiz convertê-la, sendo que este tipo de prisão cautelar apenas poderá ser determinado durante a investigação policial quando houver requerimento do Ministério Público ou representação do Delegado de Polícia. Contudo, é permitido durante a ação penal ser decretada de ofício pelo magistrado. Todavia é imprescindível a presença dos requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do CPP. Ressalta-se que mencionada espécie de prisão não possui limite temporal de duração, todavia é necessário observar ao princípio da razoabilidade.

De acordo com Mirabete (2006, p.391), a prisão preventiva, transforma em uma necessidade, não prejudicando o conceito constitucional da presunção de liberdade, pois traz a segurança jurídica tão presente

na opinião pública, enquanto que essa “não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão.” A prisão preventiva voltada para a extradição (BRASIL, 2009) tem como finalidade assegurar a futura extradição do acusado, quando houver receio que este se evada, contudo, excepcionalmente é permitido que o acusado com pedido de extradição em curso aguarde em liberdade.

A prisão temporária prevista na Lei 7.960 de 1989 (BRASIL, 1989), apenas pode ser decretada na fase da investigação policial, quando não for possível por outro meio a produção de provas, se aplicando aos crimes inscritos no inciso III do artigo 1º da supramencionada lei, uma vez que o rol é taxativo. É importante mencionar ainda, uma vez realizada a prisão nesta modalidade, os presos devem ser mantidos separados dos demais, conforme se observa o artigo 3º, com prazo de duração de 05 dias, salvo nos crimes hediondos que serão 30 dias.

Quando houver trânsito em julgado da sentença condenatória ter-se-á prisão-pena, espécie de prisão definitiva, qual passa a ser de competência dos juízes das varas de execuções penais, momento em que o condenado passará a ter direito aos benefícios previstos na Lei nº 7.210 de 1984 – Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Importante mencionar que em 2016 o Supremo Tribunal Federal aplicava o entendimento no sentido de que era possível a execução da pena após a confirmação da condenação no Tribunal de Segunda Instância, contudo, em julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade a Suprema Corte mudou seu entendimento, em 2019, conforme o artigo 5º, LVII da CRFB/88 qual é necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A prisão civil do devedor de pensão alimentícia se apresenta como única espécie de prisão civil admitida no ordenamento jurídico brasileiro, pois, visto que apesar de a prisão do depositário infiel não ter sido revogada esta perdeu a eficácia. Desta forma, a prisão do devedor de alimentos “[...] tem por objetivo fazer com que o pai ou mãe, ou outro responsável, cumpra sua obrigação de prestar alimentos ao seu filho. [...]” (BRASIL, 2009). Importante destacar que constitui obrigação recíproca entre pais e filhos, diante disso é esclarecedor mencionar que os filhos também

possuem obrigação de prestar alimentos aos responsáveis, conforme preleciona o artigo 1.696 do Código Civil (BRASIL, 2002a).

1.1. Prisão em segunda instância

O Tribunal de Justiça composto por desembargadores quando provocado reanalisará as matérias de fato e de direito julgadas pelos juízes de primeiro grau, também denominado como juízo singular. A organização do Poder Judiciário é estruturada diante de repartição de competência entre o órgão jurisdicional comum e especial. Diante disso, mister mencionar que a divisão entre a Justiça comum ocorrerá na esfera Federal e Estadual, conforme prevê o artigo 109 da Constituição Federal, competindo a Justiça Federal o julgamento de ações em que a União, empresas públicas e autarquia sejam partes interessadas, sendo a primeira instância composta por juízes e juizados federais, enquanto Tribunal Regional Federal, segundo grau de jurisdição é formado de cinco tribunais em diferentes regiões. Diferentemente a Justiça Comum Estadual detém competência residual com formação de 27 Tribunais de Justiça.

A justiça especial é sistematizada pela Justiça Eleitoral, do Trabalho e Militar, pois, são regidas por leis processuais próprias. Dentre as competências do Superior Tribunal de Justiça, a principal constitui o julgamento de recursos especiais, conforme prevê o artigo 105, III da Constituição Federal. Enquanto, o Supremo Tribunal Federal possui competência máxima a ações relacionadas a Carta Magna, destacando conforme dispõe o artigo 102, III da Constituição Federal o julgamento de recurso extraordinário (BRASIL, 1988).

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou o habeas corpus 84.078, havendo como coacto Omar Coelho Vitor e autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, condenado a pena sete anos e seis meses de reclusão, nos termos do artigo 121, §2º, IV e artigo 14, II ambos do Código Penal. O Tribunal ponderou o entendimento de que o acusado permanecesse em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que a época não havia sido provocada a análise do controle de constitucionalidade quanto ao artigo 5º, LVII da CF (BRASIL, 2009).

Ademais, em 17 de fevereiro de 2016, o pleno da Corte voltou a analisar a matéria no julgamento do habeas corpus 126.292, decidindo pela possibilidade da execução provisória da pena após a confirmação da condenação pelo tribunal de segundo grau. Vencendo no acórdão o voto dos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, e sendo vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2019). Desta forma o STF sustentou sua decisão fundamentando que tanto o recurso especial interposto ao STJ quanto o recurso extraordinário ao STF não são dotados de efeito suspensivo, bem como estes não analisam matérias probatórias, diante disso há a garantia do duplo grau de jurisdição qual não afeta ao princípio da não culpabilidade.

Em 07 de novembro de 2019, ao julgar as ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, proposta pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Partido Comunista do Brasil com intuito de questionar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, o STF tornou a aplicar o entendimento conforme ao habeas corpus 84.078, ou seja, considerando adequado como momento da prisão penal quando todos os recursos houverem efetivamente exauridos, necessitando para tanto aguardar o trânsito em julgado da sentença (BRASIL, 2019a). No julgamento obtiveram os votos vencedores os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli e vencidos os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO CULPABILIDADE

O Princípio da Presunção da Não Culpabilidade, também conhecido como princípio de presunção da inocência, com previsão no artigo 5º, LVII, da CRFB/88, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado a sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), desta forma a nomenclatura mais adequada a ser utilizada é quanto a não culpabilidade, eis que há previsão expressa neste sentido na Carta Constitucional.

Em vista ao princípio da presunção da inocência, impõe ao Estado o dever de observância na qual não permite que o acusado sofra restrição

de liberdade enquanto não ocorrer definitivamente a condenação, contudo é permitido ao Estado em certas ocasiões, restringir a liberdade durante o andamento processual, desde que devidamente fundamentada nos termos do artigo 312 e 313 do CPP, hipóteses de prisões cautelares que visa assegurar a garantia da ordem pública, ordem econômica, aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal. Além do mais, o ônus probatório pertencente a acusação, visto que durante o andamento processual é garantido pela ordem constitucional a presunção da não culpabilidade do acusado, diante isto é necessário que a parte oposta comprove o alegado.

Neste sentido Sanches Cunha (2015, p. 95), dispõe acerca do princípio da não culpabilidade:

Trata-se de postulado limitador do direito de punir. Assim, só pode o Estado impor sanção penal ao agente imputável (penalmente capaz), com potencial consciência da ilicitude (possibilidade de conhecer o caráter ilícito do seu comportamento), quando dele exigível conduta diversa (podendo agir de outra forma).

Diante ao mencionado princípio deriva o direito de o acusado permanecer em silêncio durante o interrogatório, denominado ainda como princípio “*nemo tenetur se detegere*”, ou seja, na dúvida a favor do réu, com previsão legal no artigo 5º, LXIII da CF. Ressalta-se ainda que se a provas colhidas durante a instrução criminal não forem aptas a sanar as dúvidas do magistrado este deverá absolver o acusado com base no princípio do “*in dubio pro reo*”, qual indiretamente deriva-se ao princípio em comento, uma vez que desde o início da instrução é presumida a não culpabilidade.

3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE NO DISPOSTO CONSTITUCIONAL E NOS ACORDOS INTERNACIONAIS

Nos tempos remotos havia como expressivo para a aplicação da pena os costumes e a devoção, posto isso frequentes eram as necessidades de alteração do modelo repressivo, uma vez que a sociedade da época adquiria novos costumes e crenças, deste modo deixando de ser eficaz o modelo anterior e tornando necessário novo modelo, adequando aos

anseios recentes, isto é, a punibilidade era através dos princípios morais vigentes, como casos fundamentados em deuses. Com o passar do tempo houve mudanças nos modos de punição dos crimes cometidos, deixando de adotar a punição entre os pares para adotar punição estatal. Um novo rito, uma nova engenharia e um novo procedimento foi criado para dar conta de garantir a execução da pena: a penitenciária em suas transformações.

As penitenciárias tinham como principal finalidade garantir o cumprimento da execução de uma penalidade mais severa, em outras palavras no princípio as prisões eram um meio de se obter o fim permitindo a execução de diversas modalidades de penas, como penas primordiais o suplício, as penas de degredo, o exílio, açoite, galés, banimento, entre outras. Com clareza demonstrou em algumas palavras Manoel Barros de Motta (2011, p. 14) quando registrou que “há, de um lado, a presença do castigo corporal na penalidade do período, e, por outro, a presença da pena de degredo. Trata-se de uma sociedade que castiga o corpo e exilia”. Não havia previsão quanto aos princípios do contraditório e ampla defesa, sendo que o processos tramitavam em segredos, logrando êxito as formas de denúncias anônimas, concentrando distintas funções em uma única pessoa, uma vez que “o próprio bispo ou arcebispo investigava e julgava e na investigação havia toda sorte de tortura em busca da confissão a ‘rainha das provas’”. (FOUCAULT, 1991, p. 35-36).

Diante disto, após protestos contra as formas de punições demasiadamente severa, houve significativa positivação quanto ao princípio da presunção da inocência, no Estado Absolutista no século XVII, buscando levar a sociedade respostas contra a forma da punibilidade daquela época, com a Declaração do Direito dos Homens e do Cidadão, em Paris, em 26 de agosto de 1789. “[...] Todo homem sendo presumido inocente, até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário para assegurar a prisão, será severamente punido pela lei.” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 62).

Em 1948, foi aprovada pela Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, que dispôs como direito humano fundamental ao homem no artigo 11, I o direito que se presume a inocência de todo acusado até que sua culpabi-

lidade seja provada diante de um processo público com todas as garantias (ONU, 2009). Igualmente mencionado direito fundamental foi salvaguardo pelo Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominado como Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, que regulamentou no artigo 8º, 2, do Decreto 678 de 1992 (BRASIL, 1992).

Com a advento da Constituição Federal da República do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), artigo 5º, LVII no título dos direitos e garantias fundamentais foi expressamente inserido no texto normativo brasileiro considerado cláusula pétrea, pois, diante ao artigo 60, §4º, IV, não podendo ser proposta de emenda os direitos e garantias individuais. Antônio Magalhães Filho (1994, apud FARACHE, 2015, p. 31) instrui a respeito ao texto constitucional e ao Pacto de San José da Costa Rica:

As duas redações se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia. [...] diante da duplicidade de textos que proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente literal.

Mister citar o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (BRASIL, 2002b), no qual faz referência no artigo 66 pela necessidade de condenação do acusado perante ao tribunal, bem como ao princípio “*in dubio pro reo*”, visto que para a aplicação da lei penal é necessário restar comprovado a culpa do acusado. Conforme o texto do §2º do artigo 5º “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, (BRASIL, 1988), diante disso, percebe-se que são de maior abrangência que os outras convenções, bem como tratados internacionais assim adotados, em virtude disto é possível concluir como momento adequando da prisão penal a condenação definitiva.

3.1. Contexto histórico e preliminares em relação ao princípio da não culpabilidade no regime jurídico brasileiro

Insta salientar que foi na vigência da Constituição de 1824, em que foi instituída as primeiras garantias fundamentais do cidadão. Vejamos:

Art. 179. [...] VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, attenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exército; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo [...] (BRASIL, 1824).

Conforme Brasil (2018) na vigência da Constituição de 1937 foi criada a pragmática chamada estado de emergência elevando os crimes caracterizados contra a segurança nacional à punição por pena de morte e suprimindo liberdades individuais, bem como concentrando os poderes políticos no poder Executivo. Ainda durante a vigência da constituição de 1937, houve o afastamento de Getúlio Vargas, passando o governo da ordem constitucional para o Presidente do STF, momento em que foi realizada a convocação de uma nova constituição. Na presidência da ordem constitucional de 1946, governado por Eurico Gaspar Dutra extinguiu-se a pena de morte, reestabelecendo as liberdades individuais anteriormente suprimida.

Na constituição de 1967 houve o advento do regime militar e retornou a forma ao regime previsto na ordem constitucional de 1946, passando por diversas emendas através de atos institucionais, com especial destaque ao ato institucional 5/1968 qual levou a supressão de direitos e garantias do cidadão (BRASIL, 2018). Em 05 de dezembro de 1988 foi promulgada a atual Constituição Federal, passando a consolidar o regime militar como forma republicana, e resguardando diversos direitos e garantias fundamentais. Ressalta-se que foi na vigência da atual ordem constitucional em que foi salvaguardado o direito previsto no artigo 5º, LVII, e artigo 283 do CPP, deste modo diante da leitura do texto normativo, considerando que o momento adequado para a prisão penal é após o trânsito em julgado.

Na contemporaneidade o tema prisão em segunda instância e o princípio da presunção da não culpabilidade tem atraído grande destaque devido as decisões e julgamentos da Suprema Corte, visto que para parte dos juristas a prisão após a confirmação em segundo grau de jurisdição fere aos dispostos legais previsto nos artigos 60, § 4º, IV e 5º, LVII, por ser inscrito dentro título de direitos e garantias individuais, eis que há a previsão legal no artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2019b) em sentido análogo pela necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para realização da prisão penal.

Em 2009, em julgamento ao mérito do habeas corpus 84.078 de MG, o STF firmou o entendimento em consonância aos dispostos ora mencionado, no qual permitia a decretação da prisão apenas após exauridos todos os recursos, com ressalva as prisões cautelares. Entretanto os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em votação no plenário da corte em 2016 a 2019, modificou o entendimento qual era aplicado, passando a dispor pela possibilidade do início da execução da pena após o duplo grau de jurisdição, fundamentando que não haveria violação as normas constitucionais, ou seja, permitiu aos magistrados a decretação da prisão logo após a confirmação da condenação em segundo grau.

Ao julgar o habeas corpus 313.021 em desfavor a decisão do Ministro Francisco Falcão que havia indeferido, após a interposição de recurso para TJ SP que manteve a decisão ora recorrida, a defesa impetrou perante o Superior Tribunal de Justiça, e em última instância ao STF, sendo que ambos denegaram a ordem de habeas corpus (GUIMARÃES; AZEVEDO, 2019).

Ressalta-se que este entendimento foi aplicado ao julgar o habeas corpus 126.292, em 17 de fevereiro de 2016 (GUIMARÃES; AZEVEDO, 2019), que utilizou argumentos para o novo posicionamento a ausência de efeito suspensivo dos recursos interpostos aos Tribunais Superiores, seja o recurso especial quanto o extraordinário, bem como a formação de culpabilidade do acusado diante a confirmação da sentença perante ao Tribunal, uma vez que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não analisam matéria fáticas e de mérito.

Ao confrontar o princípio da presunção da não culpabilidade, bem como o artigo 283 do CPP, vez que se trata de norma processual específica aplicada ao direito penal, qual o STF declarou constitucional nas ADC 43, 44 e 54, é necessário enfatizar o momento em que ocorre o trânsito em julgado diante aos posicionamentos do STF. Para Bahia (2001, p. 4) trânsito em julgado é quando “na qualidade da decisão ou sentença da qual não cabe mais recurso, tem-se que a mesma pode se formar, nos mais variados graus de jurisdição, no Brasil”. Não obstante para a maior parte dos juristas a culpabilidade é declarada quando não couber mais interposição de recurso, uma vez que de fato ocorreu o trânsito em julgado da ação penal, contudo, há a divergência quanto ao momento em que é cessada a presunção de inocência e formado a culpa do acusado. Crucial é o entendimento de Gomes (2016, p. 2):

No primeiro sistema, somente depois de esgotados ‘todos os recursos’ (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra.

Em sentido divergente são os ensinamentos de Carvalho (2017, p. 151-152) quando preleciona sobre ao momento em que é formado a culpa do acusado:

A Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu

e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade.

Não previu a Constituição qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena. Ora, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final, fora dos dois casos permitidos, cautelaridade e pena?

Trata-se de prisão cautelar?

Não, não estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Trata-se de pena?

Não, pois não há pena sem o trânsito em julgado da sentença. Então, essas modalidades de prisão - decorrente da sentença condenatória recorrível e decorrente da sentença de pronúncia - não são constitucionalmente admitidas; não se enquadram nas modalidades de prisão aceitas pela Constituição como exceções necessárias ao direito natural de liberdade.

Leciona ainda Cretella Júnior (1990. p. 537)

Somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não mais cabe recurso, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. [...] Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao status de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação.

Ressalta-se que uma vez admitida a aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos é vedado aos países que sejam signatários a tais convenções limitar tais direitos, vejamos o que dispõe o artigo 29:

[...] Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

[...] b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de

acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados (BRASIL, 1992).

Freitas (2017) compartilhou do mesmo entendimento ao defender que:

[...] caso o país signatário tenha uma norma que amplie os direitos consagrados na Convenção, esta não poderá restringi-los, isso ocorre em nosso país, como já salientado em vários momentos, a Constituição Federal em seu artigo 5, inciso LVII, e o Código de Processo Penal em seu artigo 283, exigem o trânsito em julgado. [...].

Em análise a norma penal frente as garantias constitucionais, preleciona Reale Junior (2008, p. 334) “neste sentido o direito penal está limitado negativamente pela Constituição, devendo ater-se a esses princípios, não violando os valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se. Mesmo porque do contrário a norma seria inconstitucional”.

Norteamos os ensinamentos de Ferrajoli (2004, p. 441): “Este princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.” É preciso destacar que, novamente em 07 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal em julgamento as ADCs nº 43, 44 e 54, em votação sobre a temática decidiu por 6 votos a 5 a respeito ao cumprimento da normativa constitucional, bem como reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, estabelecendo o entendimento de que somente poderá ocorrer as prisões com o trânsito em julgado das decisões, ou seja, somente após interpostos e julgados todos os recursos, transformando em súmula vigente e beneficiando condenados quais se encontravam no cárcere aguardando os recursos em instâncias superiores.

Assim, obtiveram os votos vencedores os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o Presidente do STF Dias Toffoli (BRASIL, 2019b), fundamentaram diante ao novo posicionamento quanto ao momento da prisão penal no sentido de que constitui cláusula pétrea a previsão do artigo 5º, LVII, bem como sendo expresso no disposto normativo o trânsito em julgado, diante disso argumentou ainda que outras formas de encarceramento anterior a sen-

tença definitiva é possível, desde que observado os requisitos exigidos para tanto, ressalta-se ainda, assentou, que ao possibilitar a execução antecipada da pena os magistrados estariam utilizando como decisão obrigatória, e por fim assentou-se na constitucionalidade do artigo 283 do CPP, frisando pela impossibilidade de devolver o tempo de liberdade de alguém que cumpriu pena injustamente (SHALDERS, 2019).

Salienta que foram vencidos os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (BRASIL, 2019b) utilizando como argumentos que tanto a primeira quanto a segunda instância são magistrados naturais da causa, bem como quanto a falta de efeito suspensivo dos recursos interpostos ao STJ e STF, tal como baseou-se que não houve superlotação nas penitenciárias devido a execução antecipada da pena, assim possibilitando a sensação de impunibilidade, desta forma a Ministra Cármen Lúcia argumentou que aguardar o trânsito em julgado gera a impunibilidade, em especial aos acusados que possuem melhores recursos financeiros, visto a condição de contratar advogados com intuito protelatório para gerar possível prescrição, possibilitando a execução de mais crimes e conseqüentemente o enfraquecimento da justiça (SHALDERS, 2019).

CONCLUSÕES

Evidente que trata-se de temática polêmica e controvertida, que tem possibilitado diversos debates jurídicos, haja vista aos diversos posicionamentos e argumentos que possam ser adotados, uma vez que aguardar o trânsito em julgado de sentença condenatória demonstra à sociedade, principalmente às vítimas de crimes, bem como aos não estudantes de direito a sensação de impunidade, transferindo a sociedade falta de segurança jurídica, aliado ao fato da corrupção em todas as instâncias do governo, seja Federal, Estadual ou Municipal. Com isso e diante das condenações de diversos políticos ou pessoas ligadas a estes, é importante mencionar que o caso da Operação Lava Jato iniciada com a finalidade de apurar irregularidades junto a Petrobras, chegando ao final das investigações a um desvio milionário no qual beneficiou diversas autoridades como ex-presidente da República, Governadores, Prefeitos, Senadores, Deputados. Desta forma

assegurado o duplo grau de jurisdição ao ser processado tanto em primeira como em segunda instâncias foram condenados, logo prevalecendo o entendimento adotado em 2017 pelo STF sob fundamentação de que o início da reprimenda imposta não causaria prejuízo ao réu.

Corrobora-se, conforme o disposto no art. 5º, LVII da CF ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, haja vista que além de direito resguardo pela ordem constitucional a todo homem, constitui garantia prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, em que o Brasil é signatário. Diante disso, ao ser violados os mencionados direitos, é permitido o julgamento perante a Suprema Corte Brasileira com fim de declarar a constitucionalidade, uma vez que em novembro de 2019 em julgamento no plenário aplicou-se o entendimento conforme a ordem constitucional vigente, ao ser questionada as ADCs 43, 44 e 54, decidindo pela prisão após transitado em julgado.

Ainda é possível observar que há divergências quanto as opiniões dos renomados juristas no que refere ao assunto, sendo que a maioria demonstra ter entendimento contrário a execução da pena em segunda instância. Diante disso, o instituto das prisões merece destaque neste estudo, pois agrega a prisão cautelar preventiva (art. 311 e 312 do CPP) em virtude que deverá ser fundamentada pela autoridade judiciária competente e obedecidos os dispositivos legais embasados para sua decretação. Vejamos que a prisão cautelar retira do cidadão o direito de liberdade antes mesmo da condenação do tribunal de segunda instância, contudo, este instituto é necessário em casos que o agente demonstre risco ao ordenamento jurídico, e apesar de não haver marco temporal delimitando tal modalidade de prisão processual esta deve ser pautada pela celeridade, bem como a razoabilidade processual.

Reforça que é notória a necessidade de mudanças, tanto na Constituição Federal como nos dispositivos penais legais, permitindo que as penas impostas sejam efetivamente cumpridas trazendo a opinião pública um novo conceito de justiça, ao passo que a população tenha maior sensação de segurança jurídica, contudo, é necessário que se observe as normas de maior hierarquia, uma vez que esta resguardam direitos assegurados não só na Constituição Federal, como também em convenções e tratados

pelo qual o Brasil é signatário, limitando a atuação do Poder Jurisdicional, como prevê o artigo 5º, LVII da CF e artigo 283 do CPP, qual seja ao trânsito em julgado da sentença, uma vez que muitos condenados que obtiveram suas liberdades cerceadas após a confirmação da sentença em segundo grau, possuíram recursos que segundo os artigos mencionados fazia jus aguardar em liberdade, julgado em sentido oposto pelo STJ ou STF.

REFERÊNCIAS

BAHIA, S. J. C. O tribunal penal internacional e a constituição brasileira. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n. 9, 2001.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824**. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de **1941**. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 de mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto lei nº 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2002b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Entenda as diferenças entre os diversos tipos de prisão no Brasil**. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103323>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constituição 30 anos**: as constituições brasileiras de 1824 a 1988. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. 2019a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427779>. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº44**. número único: 4000918-85.2016.1.00.0000. Relator: Min. Marco Aurélio. Origem: DF - Distrito Federal. 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 07 nov. 2019.

CARVALHO, R. F. P. **Princípio da presunção de inocência e a constitucionalidade do artigo 283 do código de processo penal**. Monografia de graduação (Direito), Universidade Federal do estado de Rio de Janeiro-UNIRIO. Rio de Janeiro, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CUNHA, R. S. Manual de direito penal: parte geral. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FARACHE, R. F. L. R. **Princípio da presunção de inocência**: alguns aspectos históricos. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42903/principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos>. Acesso em: 06 abr. 2020.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1991.

FREITAS, M. R. **Relativização do princípio da presunção de inocência**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62075/relativizacao-do-principio-da-presuncao-de-inocencia/1>. Acesso em: 23 mar. 2020.

GOMES, L. F. **Execução provisória da pena**. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo. 2016. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-violo-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>. Acesso em 23 mar. 2020.

GUIMARÃES, P. Í. F.; AZEVEDO, B. M. **Culpabilidade Sob a Ótica da Decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292-SP**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/presuncao-de-inocencia-ou-nao-culpabilidade-sob-a-otica-da-decisao-do-supremo-tribunal-federal-no-habeas-corpus-126-292-sp/>. Acesso em: 24 maio 2020.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 18. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MOTTA, M. B. **Crítica da razão punitiva**: o nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. UNIC/Rio/005 - agosto 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020.

REALE JUNIOR, M. Constituição e Direito Penal: vinte anos de desarmonia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 179, jul./set. 2008, p. 333-342.

SHALDERS, A. **Como votou cada ministro do STF no julgamento que vetou prisão após 2ª instância**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/como-votou-cada-ministro-do-stf-no-julgamento-que-vetou-prisao-apos-2a-instancia.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2020.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Alex Ribeiro Campagnoli: possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2008). Especialização em Direito Público pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR (2009). Especialização em Direito Municipal, com formação para o magistério superior, pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2012). Coordenador Regional da Escola Superior da Advocacia de Mato Grosso do Sul – ESA/MS. Membro da Comissão de Direitos Humanos da 115ª Subseção da OAB/SP. Atualmente é professor de Direito Civil e Direito Tributário das Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR e professor responsável pelo Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade universitária de Paranaíba/MS.

<https://orcid.org/0000-0001-5991-725X>

Cledione Jacinto de Freitas: possui graduação em Psicologia pela UFMS (2006). Especialização em Saúde da Família pela FEF (2008). Especialização em Direitos Humanos pela UEMS (2011). Mestrado em Psicologia pela UNESP (2014). Doutorado Psicologia pela UNESP (2019). Membro dos Grupos de Pesquisa do CNPQ: Figuras e modos de subjetivação no contemporâneo. Criminologia: Diálogos Críticos. NIPEA-PSICOM- Núcleo Interdisciplinar de Pesquisas e Estudos Aplicados em Psicologia Institucional e Comunitária.

<https://orcid.org/0000-0002-2361-1360>

Sueli da Silva Aquino: Graduada em Ciências Biológicas pela UFMS, em Pedagogia pela FIU, em Filosofia pela FIU, Especialização em Educação e Gestão Ambiental pela AEMS, Especialização em Neuropedagogia pela UNIJALES, Mestre e Doutora em Sistemas de produção pela UNESP-FEIS. Já atuou como professora no curso de Zootecnia e Biologia na UNESP-FEIS, coordenadora de Educação Ambiental no Departamento Municipal de Educação de Ilha Solteira, SP, Diretora do Departamento de Agronegócios, Pesca e Meio Ambiente. Atualmente, é professora nos cursos de Direito e Pedagogia das FIPAR, MS.

SOBRE OS AUTORES

Ariene de Almeida Sobrinho: Graduanda pelas Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR); e-mail: arienealmeidaobot@outlook.com

Barbara Nathalia Rodrigues Fragoso: Acadêmica de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR); e-mail: barbaranathalia124@gmail.com

Carla Souza Dutra: Graduanda em Direito pela Faculdade Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: carlinhasouza1998@hotmail.com

Delaine Oliveira Souto: Mestre em Direito pela UNIVEM – Marília/SP, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Professora contratada pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR; e-mail: dradelaine@hotmail.com

Durcelio Rezende de Queiróz: Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). e-mail: durcelioqueiroz@gmail.com

Fabricia Ricardo do Prado: Graduanda do 10º semestre do curso de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. E-mail: fabricia_prado6@hotmail.com

Gabriel Fernando Pertile Zinezi: Acadêmico de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR); e-mail: gabrielzinezi@hotmail.com

Horrayka Lorrynny Freitas Silva: Graduanda do 10º semestre do curso de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. E-mail: horraykaf@hotmail.com

Igor Queiroz Souza: Graduando do Curso de Direito/Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR; e-mail: igorqsouza@outlook.com

Ivan Mateus Salustiano Freitas: Especialista em Direito Administrativo, graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS e-mail: ivan.freitas@fipar.edu.br

Julia Rocha Chaves de Queiroz e Silva: Graduada em Direito pela UEMS, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba; e-amil: julia_apt@hotmail.com

Katia Felisbino Ferreira: Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. E-mail: katiadestak@gmail.com

Leandro Paula de Queiroz: Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). e-mail: lecafevip@hotmail.com

Letícia Ferreira de Oliveira: Graduanda em Direito pelas FIPAR. E-mail: leeh.21ferreira@hotmail.com

Mariana Azambuja Ferreira Mendonça: Graduanda em Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR); e-mail: marianaazambuja_@hotmail.com

Marília Rulli Stefanini: Advogada. Docente nas Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR e Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul –UEMS. Mestre em Direito pelo UNIVEM – Marília/SP e Doutorando em Direito pela PUC-SP. E-mail: mariliastefanini@yahoo.com.br

Mayara Ruiz de Almeida: Especialista em Direito Processual, Advogada, e professora titular nas Faculdades Integradas de Paranaíba/FIPAR. e-mail: mayararuiz@bol.com.br

Patrícia Cardoso Medeiros de Castro: Mestranda em Educação pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS); professora das Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). e-mail: patcmedeiros@hotmail.com

Rodrigo Gonçalves Nogueira: Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR. E-mail: rodrigogoncalves.nogueira@gmail.com

Vinícius Rafael Vieira de Paula: Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – MS. e-mail: viniciusr.vieira@outlook.com

Viviane Neris Rondon: Acadêmica de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR); e-mail: vivisneris@outlook.com

Este livro foi composto pela Editora Bagai.



www.editorabagai.com.br



[/editorabagai](https://www.instagram.com/editorabagai)



[/editorabagai](https://www.facebook.com/editorabagai)



contato@editorabagai.com.br