

DIREITO PENAL NA ATUALIDADE

REFLEXÕES NECESSÁRIAS SOBRE O
SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL



Anderson Rocha Rodrigues, Antônio Leonardo Amorim,
Paulo Eduardo Elias Bernacchi e Stefania Fraga Mendes

(Organizadores)



**DIREITO PENAL NA ATUALIDADE:
REFLEXÕES NECESSÁRIAS SOBRE O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Anderson Rocha Rodrigues, Antônio Leonardo Amorim,
Paulo Eduardo Elias Bernacchi e Stefania Fraga Mendes
(Orgs.)

**DIREITO PENAL NA ATUALIDADE:
REFLEXÕES NECESSÁRIAS SOBRE O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

1ª Edição

Quipá Editora
2022

Copyright © dos autores e autoras. Todos os direitos reservados.

Esta obra é publicada em acesso aberto. O conteúdo dos capítulos, os dados apresentados, bem como a revisão ortográfica e gramatical são de responsabilidade de seus autores, detentores de todos os Direitos Autorais, que permitem o download e o compartilhamento, com a devida atribuição de crédito, mas sem que seja possível alterar a obra, de nenhuma forma, ou utilizá-la para fins comerciais.

Revisão e normatização: dos autores e autoras.

Conselho Editorial:

Adriano Monteiro de Oliveira, Editor-chefe, Quipá Editora

Dra. Anny Kariny Feitosa (IFCE) / Dra. Anna Ariane Araújo de Lavor (IFCE) / Dra. Elaine Carvalho de Lima (IFTM) / Dra. Érica P.C.L. Machado (UFRN) / Dra. Harine Matos Maciel (IFCE) / Dra. Patricia V. N. Carvalho Sobral de Souza (TCE-SE/UNIT).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito penal na atualidade : reflexões necessárias sobre o sistema de
Justiça Criminal / Organizado por Anderson Rocha Rodrigues ... [et al.]. —
Iguatu, CE : Quipá Editora, 2022.

145 p. : il.

ISBN 978-65-5376-025-7
DOI 10.36599/qped-ed1.142

I. Direito penal. II. Rodrigues, Anderson Rocha. III. Título.

CDD 345

Elaborada por Rosana de Vasconcelos Sousa — CRB-3/1409

www.quipaeditora.com.br / @quipaeditora

APRESENTAÇÃO

Queridos leitores e leitoras, é com grande satisfação que os professores do Curso de Direito da UNEMAT (Universidade do Estado de Mato Grosso), lançam em formato de livro digital as pesquisas realizadas por seus orientados de trabalho de conclusão de curso.

Os professores organizadores, autores e autoras, responsáveis pela realização de pesquisa crítica, científica e democrática, apresentam seus dados em formato de artigo científico, validando o aprendizado e dando publicidade a toda comunidade jurídica e sociedade das pesquisas realizadas na Universidade Pública e Gratuita.

Compõem essa obra artigos que analisam de modo crítico o sistema de justiça criminal, colocando em discussão a aplicação da lei pelo Estado, o tratamento dos apenados, além de promover debates sobre a criminalização de ações, respeitando os Direitos Humanos e Fundamentais garantidos a todos os seres humanos.

São capítulos de livro em formato de artigo científico, que representam a participação dos campus de Alto Araguaia/MT, Vila Rica/MT e Aripuanã/MT, na pesquisa científica.

Desde já, fica registrado o agradecimento a todos aqueles que contribuíram para a consecução dessa obra.

Desejamos a todas e todos uma excelente leitura.

Cuiabá/MT, 20 de maio de 2022.

Anderson Rocha Rodrigues

Antônio Leonardo Amorim

Paulo Eduardo Elias Bernacchi

Stefania Fraga Mendes

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO 1 **08**

O CRESCENTE AUMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E O USO EQUIVOCADO DO DIREITO PENAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES

Estephane Maria Forte Bezerra
Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 2 **21**

A PSICOPATIA E SEUS DESDOBRAMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Nathália Rodrigues Corrêa Marques
Anderson Rocha Rodrigues

CAPÍTULO 3 **33**

A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E O DIREITO DE MANIFESTAÇÃO

Valdivina Alves Barros
Itamara Lopes Gonçalves

CAPÍTULO 4 **45**

ESTATUTO DO DESARMAMENTO: ANÁLISE DA LEI 10.826/2003 E DOS DECRETOS PRESIDENCIAIS (2019-2021) FRENTE AO NÚMERO DE MORTES POR ARMAS DE FOGO NO BRASIL (1990-2015)

Maria Ester Inácio De Melo
Paulo Eduardo Elias Bernacchi

CAPÍTULO 5 **57**

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Joelma Sônia Pereira Barreto
Aldo A. Nunes Filho

CAPÍTULO 6

70

O ESTIGMA DA DECISÃO DO STF SOBRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA:
CONFIRMAÇÃO DE DIREITOS E NÃO BENEFÍCIOS

Roberto Ribeiro da Fonseca Junior
Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 7

84

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO E A
VALIDADE DA PROVA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PRISÃO EM
FLAGRANTE NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Jheneffer França de Moraes Oliveira
Anderson Rocha Rodrigues

CAPÍTULO 8

95

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA SOB O PRISMA DO PROVIMENTO N. 188 DE
2018 DO CONSELHO NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL-
OAB

Gustavo Barbosa
Paulo Eduardo Elias Bernacchi

CAPÍTULO 9

107

A LEI MARIA DA PENHA NA DEFESA DOS DIREITOS DAS MULHERES: A
EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS ENQUANTO FORMA DE COIBIR E
PROTEGER AS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Mylena Alves Aragão
Antônio Leonardo Amorim
Paola Flores Serpa

CAPÍTULO 10

119

DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIRO E A RELEVÂNCIA COMO DISCIPLINA
NA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO

Mizael de Faria Silva
Anderson Rocha Rodrigues

CAPÍTULO 11

130

O AUMENTO DO ENCARCERAMENTO FEMININO: UMA REALIDADE NO
BRASIL E NO MUNICÍPIO DE ALTO ARAGUAIA/MT

Andréa Rodrigues Silva
Stefânia Fraga Mendes

SOBRE OS AUTORES

144

CAPÍTULO 1

O CRESCENTE AUMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E O USO EQUIVOCADO DO DIREITO PENAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES

THE GROWING INCREASE IN GENDER VIOLENCE AND THE MISUSE OF CRIMINAL LAW AS A WAY OF PROTECTION FOR WOMEN

*Estephane Maria Forte Bezerra¹
Antônio Leonardo Amorim²*

Resumo: A Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), é uma das formas de proteção dos direitos das mulheres no Brasil. Aliada à criminalização de atos violentos por meio do Código Penal, a LMP tem por objetivo prevenir e coibir a violência contra as mulheres. Apesar disso, o Brasil tem registrado dados cada vez mais alarmantes sobre o aumento da violência contra as mulheres, o que coloca em questão a eficácia das referidas normas protetivas. A presente pesquisa consiste em uma análise dos quatorze anos de vigência da Lei n. 11.340/2006 e do uso do Direito Penal como instrumento de emancipação social das mulheres no Brasil. Justifica-se a escolha do tema dada sua extrema relevância, considerando o machismo e o sexismo arraigados em todas as estruturas da sociedade brasileira. Além disso, fundamenta-se este trabalho no fato de que a proteção e o bem-estar das mulheres devem ser constantemente debatidos para fins de concretização de seus direitos. Diante disso, este trabalho buscou analisar as referidas legislações, as políticas públicas em vigência e os dados expostos por instituições científicas acerca da eficácia destes instrumentos no combate à violência contra a mulher. Além disso, considerando que esta pesquisa se desenvolveu em meio à Pandemia de Covid-19, o presente trabalho dedicou uma singela parte para observar a atuação do Governo Federal brasileiro frente ao aumento dos índices de violência contra a mulher neste período.

Palavras-Chave: Criminologia Crítica. Direito Penal. Violência de Gênero. Violência Doméstica.

Abstract: Law no. 11.340/2006, known as Lei Maria da Penha (LMP), is one of the ways of protecting women's rights in Brazil. Allied to the criminalization of violent acts through the Penal Code, the LMP aims to prevent and curb violence against women. Despite this, Brazil has recorded increasingly alarming data on the increase in violence against women, which calls into question the effectiveness of these protective norms. The present research consists of an analysis of the fourteen years that Law n.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: estephane.maria@unemat.br

² Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

11.340/2006 and the use of Criminal Law as an instrument for the social emancipation of women in Brazil. The choice of the theme is justified given its extreme relevance, considering the machismo and sexism ingrained in all structures of Brazilian society. Furthermore, this work is based on the fact that the protection and well-being of women must be constantly debated in order to realize their rights. Therefore, this work sought to analyze the aforementioned legislation, the public policies in force and the data exposed by scientific institutions about the effectiveness of these instruments in combating violence against women. Furthermore, considering that this research was developed in the midst of the Covid-19 Pandemic, the present work devoted a simple part to observing the performance of the Brazilian Federal Government in the face of the increase in violence against women in this period.

Keywords: Critical Criminology. Criminal Law. Gender Violence. Domestic violence.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou analisar a efetividade da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) após seus quatorze anos de vigência, observando o crescente aumento dos índices de violência de gênero na atualidade. Assim, investigou-se os índices de violência contra a mulher a partir de dados estatísticos apresentados por instituições de pesquisa, a fim de verificar em que medida a aplicabilidade da Lei Maria da Penha (LMP) está sendo eficaz nos casos de violência de gênero ocorridos na sociedade brasileira.

Quanto à metodologia, este trabalho foi pautado na pesquisa básica, uma vez que “objetiva gerar conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista”, (SILVA, 2001, p.20). Ademais, será utilizado o método dedutivo (LAKATOS e MARCONI, 2003, p. 91), haja vista que este trabalho partirá de uma premissa geral, ou seja, a efetividade da Lei Maria da Penha, para uma premissa particular, sendo esta, o crescente aumento de casos de violência de gênero.

Além disso, este estudo será centrado na Pesquisa Bibliográfica, visto que o embasamento será feito por meio de livros, dissertações e teses, publicações em periódicos, dentre outros, que forneceram a pesquisadora as fontes necessárias para desenvolvimento do presente trabalho.

Para mais, a pesquisa se desenvolveu por meio das fases explicativa e exploratória, sendo que a primeira “relaciona as afirmações do autor com os problemas para os quais, através da leitura de textos, está-se buscando uma solução” (LAKATOS e MARCONI, 2003, p. 23); enquanto a segunda permite uma maior aproximação do pesquisador quanto ao objeto estudado.

QUARTOZE ANOS DE LMP E OS ESTIGMAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA

Apesar da violência de gênero existir há séculos, com o advento do regime político-econômico capitalista, as mulheres foram cada vez mais oprimidas e exploradas. Acerca disso, nesta seção se fará uma breve reflexão sobre a vulnerabilização das mulheres a partir do capitalismo.

Além disso, nesta parte, a presente pesquisa traz alguns novos paradigmas para fins de diminuição dos crimes contra as mulheres, assim como expõe a constante emergência da violência de gênero agravada pela pandemia da Covid-19.

No mais, por meio de dados científicos, este trabalho evidencia o contínuo descaso do Estado brasileiro em relação à violência contra a mulher, sobretudo no período pandêmico. Em contrapartida, considerando as inúmeras iniciativas privadas, alguns projetos que se dedicam ao enfrentamento da violência de gênero serão apresentados no final deste capítulo.

A VULNERABILIZAÇÃO DAS MULHERES

As múltiplas violências de gênero, embora sejam um fenômeno histórico, estão consubstanciadas nas relações sociais de sexo, etnia e classe. Desse modo, dada a interseccionalidade, ao falar em sociedade patriarcalista e sexista, faz-se necessário dialogar sobre o regime político-econômico capitalista, o qual oprime, explora e se apropria dos corpos das mulheres – no mais amplo sentido da expressão.

Nesta linha, Boaventura de Souza Santos, em sua obra “A cruel pedagogia do Vírus” (2020, p. 13-14), afirma que:

[...] a segunda astúcia consiste em capitalismo, colonialismo e patriarcado surgirem como entidades separadas que nada têm que ver umas com as outras. A verdade é que nenhum destes unicórnios em separado tem poder para dominar. Só os três em conjunto são todopoderosos. Ou seja, enquanto houver capitalismo, haverá colonialismo e patriarcado.

Nas palavras de Cinzia Aruzza, Tithi Bhattacharya e Nancy Fraser (2019, p.37):

[...] o capitalismo certamente não inventou a subordinação das mulheres. Esta existiu sob diversas formas em todas as sociedades de classe anteriores. O capitalismo, porém, estabeleceu outros modelos, notadamente “modernos”, de sexismo, sustentados pelas novas estruturas institucionais. Seu movimento fundamental foi separar a produção de pessoas da obtenção de lucro, atribuir o primeiro trabalho às mulheres e subordiná-lo ao segundo. Com esse golpe,

o capitalismo reinventou a opressão das mulheres e, ao mesmo tempo, virou o mundo de cabeça para baixo.

Ainda nas sociedades pré-capitalistas, embora as mulheres desempenhassem um papel importante na economia da época, mas inferior aos homens, estas foram “expulsas” do sistema produtivo, considerando a subsidiariedade de seu trabalho. A partir disso, pode-se inferir um início da divisão sexual do trabalho, a qual é acentuada com a implementação do regime capitalista. Nesse sentido, Heleieth Saffioti afirma que:

[...] o aparecimento do capitalismo se dá, pois, em condições extremamente adversas à mulher. No processo de individualização inaugurado pelo modo de produção capitalista, a mulher contaria com uma desvantagem social de dupla dimensão: no nível superestrutural era tradicional uma subvalorização das capacidades femininas traduzidas em termos de mitos justificadores da supremacia masculina e, portanto, da ordem social que a gerara; no plano estrutural, a medida que se desenvolviam as forças produtivas, a mulher vinha sendo progressivamente marginalizada das funções produtivas, ou seja, periféricamente situada no sistema de produção (1976, p. 18).

O capitalismo é instrumento de opressão e exploração das mulheres. O fator da opressão está relacionado aos preconceitos sofridos pelas mulheres, que são subjugadas, isto é, inferiorizadas nas relações sociais e laborais, de modo que até sua condição de ser humano, ser social, é marginalizada. A partir disso, as mulheres ficam reféns desse regime para serem exploradas cotidianamente.

O fenômeno da exploração é perceptível quando as mulheres exercem suas atividades domésticas como forma de manutenção da força de trabalho do homem, que, de acordo com o patriarcado, é o único responsável pela subsistência da família. Quanto mais as mulheres são impostas às funções domésticas, mais elas são exploradas indiretamente, pois elas criam condições para reprodução da força de trabalho.

As mulheres não são remuneradas quando reproduzem suas forças de trabalho em lares, apenas oprimidas e exploradas. Tithi Bhattacharya (2019, p. 6) explica que “é certo afirmar que em qualquer sociedade capitalista, a maioria existe através de uma combinação de trabalho assalariado e de trabalho doméstico não remunerado para manter a si e sua família”. Ainda, Boaventura de Souza Santos afirma que:

[...] a quarentena será particularmente difícil para as mulheres e, nalguns casos, pode mesmo ser perigosa. As mulheres são consideradas «as cuidadoras do mundo», dominam na prestação de cuidados dentro e fora das famílias. Dominam em profissões como enfermagem ou assistência social, que estarão na linha da frente da prestação de cuidados a doentes e idosos dentro e fora das instituições (2020, p. 15).

Não bastasse as mulheres serem vistas como cuidadoras, dada a cultura sexista e machista permeada nas sociedades, a questão se agrava quando o capitalismo difunde a ideia que, única e exclusivamente, o trabalho é a porta de liberdade para elas. Para Saffioti (1976, p.17), tal pensamento é uma noção individual que nasce a partir do capitalismo.

Silvia Federici (2019, p. 26) afirma que “depois de quatro décadas com mulheres trabalhando fora de casa em regime de tempo integral, não se pode sustentar o pressuposto das feministas da década de 1970 de que o trabalho assalariado seria um caminho para a „libertação“”.

Tendo em vista a sexualização do trabalho – em decorrência do fenômeno do capitalismo, as mulheres estão cada vez mais sobrecarregadas, em risco social. Neste contexto, Benitez (2020, p. 350-351):

As mulheres, na maior parte do globo, estão em condições de igualdade formal com relação aos homens. Mesmo assim, perpetuam-se desigualdades salariais ainda quando são ocupados cargos similares, há disparidades significativas em cargos de chefia ou liderança, permanecem elevadíssimos os índices de violência de gênero – no trabalho, na rua, na casa - e o trabalho doméstico, bem como os mais precarizados, continuam sendo majoritariamente femininos. [...] as mulheres, de forma geral, estão em condições de maior precariedade no mundo do trabalho.

A partir deste aspecto, faz-se necessário correlacionar o capitalismo e a manutenção da violência de gênero. Primeiramente, como exposto no início deste estudo, existem inúmeras formas e contextos de violência contra a mulher. Logo, pode-se inferir que a divisão sexual do trabalho é um tipo de violência, uma vez que oprime e explora as mulheres, inclusive havendo o desencadeamento de outras espécies de violência.

Muitas mulheres trabalham fora de casa, porém lidam com os afazeres domésticos ao chegarem em suas residenciais na maioria das vezes, ou seja, trabalho não remunerado. Isto acontece devido à manutenção da cultura patriarcalista, a qual impõe, exclusivamente, às mulheres o dever de cuidado. Fonseca (2019, p. 279-280) elucida que:

[...] as raízes sociais, ou seja, a base material da opressão das mulheres sob o capitalismo estaria na relação estrutural entre a reprodução biológica e a reprodução do capital, na responsabilidade primária atribuída às mulheres a partir do socialmente necessário componente doméstico do trabalho. É esta relação, construída historicamente, que impulsionaria o capital e o Estado a regular a capacidade biológica das mulheres, de modo que a força de trabalho esteja sempre disponível para a exploração.

A estratégia do sistema capitalista é manter as mulheres sempre ocupadas, com jornadas duplas, triplas de trabalho. Nesta seara, estas, sobrecarregadas, não conseguem tomar conhecimento sobre seus direitos, sobre as mínimas políticas públicas existentes, não conseguem cuidar de sua própria saúde psicológica, dentre outros.

Enquanto houver exploração de classe e manutenção da sexualização do trabalho, as mulheres continuarão sendo oprimidas e exploradas, de modo que isto permaneça impedindo a concretização plena dos direitos humanos das mulheres.

NOVOS PARADIGMAS PARA DIMINUIÇÃO DE CRIMES CONTRA À MULHER

O Direito Penal tem como finalidade proteger bens jurídicos relevantes à sociedade. À vista disso, considerando as suas funções de garantia, de controle social e simbólica, o Direito Penal tem criminalizado, cada vez mais, condutas com intuito de responder aos anseios sociais. Isto porque, atualmente, a população coloca toda a sua confiança no sistema penal para resolução dos conflitos e proteção.

Desse modo, Carolina Salazar e Marília Montenegro (2014, p. 450) elucidam que:

[...] a lógica da imposição de sanções do sistema penal, portanto, apresenta-se aparentemente perfeita, pois, além da promessa de acabar com a criminalidade e garantir a segurança, afirma-se que o delinquente será corrigido. Com efeito, o aumento dos novos riscos e da criminalidade no mundo globalizado ocasionou crescentes anseios coletivos e por maior rigor penal, pois se aludia ao sistema penal, diante de suas promessas, como melhor forma de solução das mazelas sociais.

Nesse sentido, a Lei n. 11.340/2006 surgiu como instrumento criminalizador e repressor da violência doméstica, a qual persiste na sociedade brasileira de forma estrutural. Segundo a Dra. Carmen Hein de Campos (2017, p. 12), a Lei Maria da Penha trouxe muitas inovações no campo jurídico e de políticas públicas, sendo as principais:

a) tutela penal exclusiva para as mulheres; b) criação normativa da categoria violência de gênero; c) redefinição da expressão vítima; d) exclusão dos crimes de violência doméstica do rol dos crimes considerados de menor potencial ofensivo e suas consequências; e) previsão de a companheira ser processada por violência doméstica e familiar em relações homoafetivas; f) criação de medidas protetivas de urgência; g) criação dos juizados especializados de VDFCM com competência civil e criminal; h) tratamento integral, intersetorial e interdisciplinar da violência doméstica e familiar.

É notório que, apesar dos 14 anos de vigência da Lei Maria da Penha, bem como sua importância, ainda são extremamente altos os índices de violência contra as mulheres embasados no sexismo, isto é, atitudes de discriminação fundamentadas no sexo. Logo, pode-se inferir que somente a criminalização de atos violentos praticados em desfavor das mulheres não gerou efeito para coibir estes delitos.

Quando se trata de conflitos domésticos, deve-se levar em consideração o fato de que, muitas vezes, a mulher deseja a reconstrução dos laços afetivos – por inúmeros fatores. A partir disso, ela se utiliza do sistema penal para “castigar” o agressor, como forma de prevenir futuros atos violentos, assim como para reconstrução familiar.

Embora essa ideia punitivista, e, ao mesmo tempo, ressocializadora, pareça fazer sentido em um primeiro momento, posteriormente percebe-se a sua falácia. Nessa linha, Victória Katryn e Marília Montenegro (2013, p. 10), expõem que:

[...] no entanto, com a intervenção estatal no âmbito privado, com a finalidade de minorar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, por meio de um maior rigor por parte da Lei 11.340/2006, observou-se que se tornou comum por parte das mulheres não oferecerem a queixa ou após a denúncia haver a desistência, pois muitas mulheres não estão interessadas no processo penal, além do processo penal não atender as necessidades da mulher que se queixa, muito menos as respostas que o direito penal oferece respeitam seus interesses, apesar de existir a parcela das mulheres que estão interessadas na persecução criminal. Ainda assim, pondera-se que o processo não é o objetivo em si, isto é, um meio utilizado pela mulher para tentar acabar com a violência.

Acrescenta-se ainda que o estudo com objetivo de avaliar o impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões no Brasil realizado em 2013, pelas pesquisadoras Leila Posenato Garcia, Lúcia Rolim Santana de Freitas e Doroteia Aparecida Höfelmann apontaram o resultado de que as taxas de mortalidade de mulheres por agressões não apresentaram mudanças estatisticamente significativas mesmo após a intervenção da Lei Maria da Penha.

Embora a Lei n. 13.104/2015 tenha introduzido o crime de feminicídio como qualificadora no artigo 121, inciso VI, buscando aumentar a reprimenda penal, verifica-se que não houve uma diminuição destes crimes de ódio. Observa-se que há mais um interesse moral em punir do que a resolver a questão em análise, dado que as normas criminalizadoras são pautadas no aumento de pena para o agressor, sendo, até mesmo, o crime de feminicídio considerado hediondo.

Além do mais, não obstante a LMP ter inovado em termos de oferecer outros mecanismos de proteção e assistência social às ofendidas, a título de exemplo, a

implementação do atendimento policial especializado, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAM), nota-se que pouco se tem difundido conhecimento acerca disso, o que implica em resultados ineficientes quanto o combate à violência contra a mulher.

No Brasil, a abordagem sobre violência entre homens e mulheres, resultante de relação assimétrica de dominação, teve um início durante o período da Ditadura Militar, quando um movimento feminista convocou marchas de mulheres para protestar contra a absolvição de dois homens responsáveis pelos assassinatos de Ângela Diniz e de Eliane de Grammont em 1980 em São Paulo.

Apesar desse movimento, não havia nenhuma base legal que amparasse as mulheres vítimas de violência na época. Com o advento da Lei Maria da Penha, sua importância e o seu debate nos espaços públicos, nota-se que ainda paira nestes meios, um certo desconhecimento sobre a violência contra a mulher. Nesse sentido, DEBERT (2011, p.166) aduz que:

[...] fica evidente nos debates em torno das delegacias de defesa da mulher e mais recentemente em torno da Lei “Maria da Penha” é o encapsulamento da violência pela criminalidade e o risco concomitante de transformar a defesa das mulheres na defesa da família.

Quanto à violência doméstica e familiar, é imprescindível reafirmar que a defesa da mulher, frente a uma cultura machista secular, traz as relações de parentesco como sagradas, de tal modo a estarem acima do direito de igualdade entre homens e mulheres. Nesse sentido, Alice Bianchini (2018, p. 100) preleciona que “ela deve se compreender como um sujeito de direito, e não como objeto de uma tradição que a subjuga”. E continua ao afirmar que “há necessidade de se melhorar as políticas públicas de igualdade de gênero” (*ibidem*, p. 100).

A ausência de conhecimento provocada pelo desvio de atenção do polo passivo da Lei Maria da Penha para as relações familiares, pode provocar uma ignorância quanto ao reconhecimento de direito à uma vida digna por parte da própria mulher. Logo, essa incompreensão impede a observação da violência e faz com que as ofendidas não procurem uma autoridade pública e permaneçam com seu direito de viver dignamente sendo lesado.

Em casos de violência, apenas 10,3% das mulheres procuraram uma delegacia especializada, assim como 5,5% entraram em contato com o número policial de emergência 190. Assim, não obstante haja o receio quanto à realização da denúncia do

ofensor, a falta de informações quanto às medidas protetivas, quanto ao aparato de assistência especializada, dentre outros, são fatores que dificultam o combate à violência em desfavor das mulheres.

Segundo Souza (2018, p. 727-728), “percebeu-se que as mulheres desconheciam o auxílio propiciado pela Lei Maria da Penha, bem como seus direitos que nela estavam abarcados, defendidos e garantidos; ou seja, não tinham acesso às políticas públicas de enfrentamento da violência intrafamiliar”. Corroborando a isto, Bianchini (2018, p. 143) afirma que:

Daí a necessidade de medidas especiais de caráter temporário, de ações afirmativas, ou discriminações positivas ou ações positivas, consubstanciadas em políticas públicas que objetivem concretizar materialmente o discurso relevante, porém vazio, de igualdade, com o objetivo de mitigar os efeitos das discriminações que heranças de costumes passados insistem em manter no presente, sem nenhum argumento ético que as justifiquem.

A falta de referência, a qual deveria ser prestada por parte do poder público a respeito das leis e direitos relacionados a casos de agressões em desfavor das mulheres, poderia ser suprimida com a implementação de políticas públicas, haja vista que cabe ao governo elaborá-las e colocá-las em prática. Portanto, entende-se que “é necessária ampla divulgação, para que a população conheça seus direitos e deveres, bem como possa lutar por julgamentos justos, punições adequadas e, imprescindivelmente, pela igualdade de gênero” (SOUZA, 2018, p. 732).

Campos (2017, p. 19) entende que, “embora não se deva abdicar do sistema de justiça, mas considerando sua ineficiência e impermeabilidade à LMP, parece ser mais produtivo fazer apostas nas duas outras dimensões da lei: a prevenção e a assistência”. Assim, pode-se dizer que investir em difusão de conhecimento acerca dos direitos das mulheres, bem como na prestação de assistência adequada a elas, é uma alternativa mais coerente quando do enfrentamento da violência de gênero. A título de exemplo, tem-se que:

A insuficiência de políticas públicas, que priorizem o atendimento psicológico, causa enorme prejuízo à vida das mulheres, visto que o acompanhamento especializado poderia amenizar de forma significativa as consequências emocionais advindas dos episódios de violência (SOUZA, 2018, p. 731).

Por outro lado, além da ausência de percepção sobre a violência e conhecimento sobre os direitos fundamentais da mulher, existem inúmeros outros fatores que impedem que as mulheres em situação de violência procurem alguma forma de ajuda, ainda que inconscientemente.

Nestes moldes, Campos (2017, p. 18) aduz que um “aspecto negligenciado nas políticas públicas de segurança das mulheres é o medo do crime e a concreta probabilidade de risco de sofrer uma violência, que impedem o rompimento da relação violenta”. Isto implica dizer que, no enfrentamento da violência de gênero, é imprescindível trabalhar os fatores que dificultam a realização de denúncias.

A Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher é uma grande ferramenta para a rede de apoio às mulheres em situação de violência. Contudo, como visto ao item 2.2, entre 2006 e 2018, foram inseridas apenas 86 unidades desta. É fundamental a ampliação desse mecanismo essencial ao enfrentamento da violência, sobretudo atendendo aos requisitos de formação especial para os funcionários que nestas prestarão serviços.

O que se tem é um empasse quanto ao real cumprimento e efetivação dos dispositivos contidos na Lei Maria da Penha. Isto porque os instrumentos criados para combater a violência contra às mulheres estão preenchidos por ideologias patriarcalistas, as quais vão de encontro à realização material de igualdade entre homens e mulheres, o que acentua a ineficácia da Lei n. 11.340/06, criada para reduzir a cultura de violência contra a mulher no Brasil. Assim, Fornari e Fonseca afirmam que:

[...] no contexto público, salienta-se a proposição e a implementação de ações nos âmbitos intersetorial e interprofissional. Pondera-se que os conhecimentos, as práticas e as políticas de atendimento às vítimas de violência podem ser influenciadas por crenças, valores, normas e atitudes que subalternizam a posição da mulher na sociedade. (...) A desnaturalização dos padrões sexistas também precisa envolver os profissionais que atuam nos serviços especializados e não-especializados na assistência às vítimas de violência, com o intuito de evitar a revitimização e apoiá-las para a superação do problema (2019, p. 79).

A implementação de políticas públicas afirmativas para materializar os direitos e garantias trazidos na Lei Maria da Penha é essencial, as quais devem perpassar o âmbito educacional – como forma de prevenção –, e as demais instituições (delegacia, hospitais, Poder Judiciário, dentre outras) como forma de assistência e enfrentamento da violência contra as mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As primeiras expressões sobre a violência contra a mulher surgiram a partir de década de 1960, quando o movimento feminista emergiu em defesa de tratamento igualitário para estas, frente as ingerências da cultura patriarcalista. Com o advento das transformações sociais, outras

expressões foram utilizadas, a título de exemplo, violência contra as mulheres, violência doméstica ou familiar, e, por fim, violência de gênero – sendo este o termo mais recente.

Com intuito de dar seguimento ao dispositivo constitucional 226, parágrafo 8º, a Lei nº 11.340/2006 foi instituída, sendo mais conhecida por Lei Maria da Penha. Tal legislação criou mecanismos para tentar erradicar a prática de atos violentos em desfavor da mulher, abrangendo o ambiente doméstico e familiar. Apesar disso, mesmo após seus 14 anos de vigência, a LMP ainda apresenta altos índices de violência contra a mulher, especificamente, em razão de seu sexo, conforme demonstrado no decorrer do presente trabalho

No Brasil, a violência de gênero é algo arraigado à sociedade devido à cultura machista milenar. Em decorrência da forte estigmatização do sexismo, o machismo não só está presente nos agressores, mas também nas instituições que oferecem amparo à mulher, o que dificulta ainda mais a eficácia da Lei Maria da Penha, pois as ideologias fazem com que as mulheres se tornem cada vez mais silentes quanto aos abusivos sofridos.

Desde 2006, com a positivação da Lei Maria da Penha, o enfrentamento da violência contra as mulheres é pautado na criação de normas, ou seja, na criminalização como instrumento de defesa. No entanto, a partir de todo o exposto, ficou evidente que utilizar o Direito Penal como um mecanismo para emancipação social das mulheres não tem sido eficaz como discursa para a sociedade.

A título de exemplo, tem-se a criação da qualificadora do feminicídio – muito importante na história do enfrentamento da violência de gênero –, a qual demonstra que elevar as reprimendas penais e não aliar isso a outra medida preventiva, em nada contribui no enfrentamento destes casos. Isto porque o aumento da sanção imposta aos agressores, por si só, não tem funcionado como uma ferramenta de repressão, tampouco de prevenção, para coibir os casos de violência contra as mulheres.

Na verdade, constata-se que a Lei Maria da Penha e os demais tipos penais previstos no Código Penal não foram capazes de proteger as mulheres. Pelo contrário, em alguns casos, há que se falar até em uma vitimização secundária, capaz de causar mais dor e sofrimento às mulheres em situação de violência.

Não bastasse isso, percebe-se ainda mais a ineficácia das legislações em comento, quando, em estudos recentes, pesquisadores evidenciaram que muitas mulheres ainda não têm sequer a percepção da violência e de suas espécies. Embora a Lei Maria da Penha seja uma normatização pública, infelizmente ainda há pouco conhecimento aprofundado sobre esta pelo próprio público destinatário, ou seja, as mulheres.

Isto implica dizer que, inegavelmente, a precariedade de informações ou a dificuldade no acesso delas são fatores que dificultam a prevenção dos crimes contra o gênero feminino. Assim, considerando as pesquisas apresentadas durante este trabalho, a disseminação de

informações sobre os direitos e garantias constitucionais das mulheres é um fator primordial para o enfrentamento da violência contra as mulheres no atual cenário brasileiro.

Insta mencionar que a falta de implementação de políticas públicas contribui, significativamente, para a ineficiência da Lei n. 11.340/06. Com o foco direcionado à resolução dos crimes, o Estado “esquece” de investir em mecanismos de prevenção e fortalecimento da rede de apoio e proteção às mulheres em situação de violência. Elaborar e implementar políticas públicas relacionadas à assistência, assim como de prevenção contra a reincidência de atos violentos, são imprescindíveis.

Portanto, com o conhecimento a respeito da Lei Maria da Penha difundido, aliado à implementação – leia-se materialização – de mais políticas públicas (muitas previstas na própria legislação em análise) e com uma interferência mínima do Direito Penal, haveria um maior impacto em relação aos altos índices de agressões, uma vez que as mulheres se sentiriam amparadas, confiantes e encorajadas a denunciar os casos de violências e buscar seus direitos, ou, simplesmente, resolver seus conflitos, de modo a contribuir para o fim dessa cultura de violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENITEZ, Carla; Seferian. Crise de civilização, crise sanitária, crise da reprodução social: leituras para uma compreensão unitária do trabalho. *In*: RODRIGUES, Carla Estela; MELO, Ezilda; POLENTINE, Maria Júlia (org.). **Pandemia e Mulheres**. Studio Sala de Aula, v. 01, 2020. Disponível em: < <https://www.abracrim.adv.br/artigos/crise-de-civilizacao-crise-sanitaria-crise-da-reproducao-social-leituras-para-uma-compreensao-unitaria-do-trabalho>>. Acesso em: 20 out. 2020.

BHATTACHARYA, Tithi. **Explicando a violência de gênero no neoliberalismo**. *In*: Marx e o marxismo, Niterói, v.7, n.12, jan/jun 2019. Disponível em: < <https://www.niepmarx.blog.br/revistadoniep/index.php/MM/article/view/319>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BIANCHINI, Alice. **Lei n. 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, Coleção saberes monográficos, 2018. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2021.

CAMPOS, Carmem Hein de. **Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático**. Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo, v. 11, n.1, 2017. Disponível em: < <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/778> >. Acesso em: 25 out. 2020.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 23, n. 66, p.165-185, feb. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092008000100011>>. Acesso em: 12 set. 2021.

FONSECA, Rhayssa Sampaio Ruas da. **Contribuições da Teoria da Reprodução Social para o debate contemporâneo sobre as opressões**. In: Marx e Marxismo, Niterói, v.7, n.12, jan/jun 2019. Disponível em: < <https://www.niepmarx.blog.br/revistadoniep/index.php/MM/article/view/340> >. Acesso em: 15 set. 2020.

FORNARI, Lucimara Fabiana; FONSECA, Rosa Maria Godoy Serpa da. **Prevenção e enfrentamento da violência de gênero por meio de jogos educativos: uma revisão de escopo**. Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação, Porto, n. 33, p. 78-93, set. 2019. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17013/risti.33.78-93>>. Acesso em: 08 maio 2020.

MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. Petrópolis: Vozes, 1976. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3825626/mod_resource/content/1/Saffioti%20%281978%29%20A_Mulher_na_Soc_Classes.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020. Disponível em: < https://www.abennacional.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Livro_Boaventura.pdf >. Acesso em: 20 set. 2020.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação** – 4. ed. rev. atual. – Florianópolis: UFSC, 2005.

SOUZA, Tatiana Machiavelli Carmo *et al.* **Lei Maria da Penha: percepções de mulheres em contexto de violência intrafamiliar**. REFACS, Uberaba, MG, v. 6, n. 4, p. 724-734, 2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/estep/Documents/Curso%20de%20Direito/D%20AMBIENTAL/Criminologia/Maria%20da%20Penha/3287-16222-2-PB.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

CAPÍTULO 2

A PSICOPATIA E SEUS DESDOBRAMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

PSYCHOPATHY AND ITS DEVELOPMENTS IN THE LEGAL SYSTEM

Nathália Rodrigues Corrêa Marques³
Anderson Rocha Rodrigues⁴

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo a realização de um estudo acerca dos criminosos psicopatas e sua punibilidade no Direito Penal brasileiro. A psicopatia é um tema que desafia há tempos as ciências criminais e a própria Justiça, em razão de não haver no país, uma legislação específica para a doença; constata-se que a justiça brasileira se esqueceu de dar a atenção necessária aos indivíduos acometidos pelo transtorno. Em virtude das características inerentes a sua personalidade, os psicopatas homicidas não assimilam a punição como deveriam e tampouco se arrependem dos crimes que cometem, motivo pelo qual a pena ou a medida de segurança não cumprem as suas finalidades. Ao contrário disso, esses seres, quando inseridos na penitenciária ou no hospital de custódia, se valem da dissimulação e da persuasão para enganar operadores do Direito e profissionais da saúde mental, mostrando-lhes um falso arrependimento e uma melhora que, na realidade, não ocorrem. Assim, estudos e discussões sobre o assunto são importantes na busca de uma solução para esse problema social, para o qual ainda não se obtiveram respostas comprovadamente eficazes.

Palavras-Chave: Psicopatia. Imputabilidade. Direito Penal.

Abstract: This paper aims to conduct a study about psychopathic criminals and their punishment in Brazilian Criminal Law. Psychopathy is a subject that has long challenged the criminal sciences and justice itself, because there is no specific legislation in the country, it appears that the Brazilian justice has failed to give the necessary attention to individuals affected by it. disorder. Because of the inherent characteristics of their personality, homicidal psychopaths do not assimilate punishment as they should, nor do they repent of the crimes they commit, which is why the penalty or security measure does not fulfill its purposes. In contrast, these beings, when placed in the penitentiary or custody hospital, rely on concealment and persuasion to deceive law enforcement and mental health professionals into false repentance and improvement that do not actually occur. Thus, studies and discussions on this subject are important in the search for a solution to this social problem, for which no proven effective answers have yet been obtained.

Keywords: Psychopathy. Imputability. Criminal law.

³ Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso, pós graduanda em prática criminal e medicina legal, e-mail: nathaliarodrigues1903@hotmail.com.

⁴ Mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, RJ. Professor de Crime e Sociedade, Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Miguel Pereira. Professor contrato temporário na UNEMAT. E-mail: profandersonrocharodrigues@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o sistema penal brasileiro, no tocante às pessoas com transtornos de personalidade, em especial, os psicopatas, expondo como sua figura é tratada no ordenamento jurídico. Para alcançar tal propósito, foi necessário analisar a psicopatia como um todo, e não menos importante, o desenvolvimento da concepção da culpabilidade, esclarecendo seus elementos e excludentes, bem como adentrar nos institutos da imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade.

Conforme inúmeros estudos realizados sobre a psicopatia, o que se pode notar é que as pessoas acometidas por essa doença são extremamente inteligentes e interesseiras quando lhes é conveniente. Não sentem culpa ou remorso, ou qualquer espécie de empatia. Não são capazes de se colocar no lugar do outro e imaginar a dor que podem causar quando cometem algum crime bárbaro. São pessoas extremamente manipuladoras que conseguem controlar a situação, e, quando cometem crimes e são colocadas em meio a criminosos comuns, podem ser consideradas um perigo, não só para estes, como para todos ao seu redor, pois possuem um grande poder de persuasão. São capazes de controlar médicos e até policiais, fingindo arrependimento, quando, na verdade, não sentem nada, tampouco conseguem compreender a gravidade de suas atitudes.

Com o entendimento de tais fatores, passar-se ao estudo de sua punição no sistema penal brasileiro, mostrando-se a deficiência deste em relação aos portadores do distúrbio, objetivando o presente trabalho dar maior atenção ao problema, que necessita de uma solução.

No entanto, pode-se notar que a questão é de grande apreensão para o Estado, dada a sua relevância atual para a segurança física e mental da população, uma vez que a legislação em vigor não só parece não se interessar o suficiente, como também deixa a desejar.

Portanto, fora escolhido o tema em razão de seu grande interesse e importância, notadamente no que tange à psicopatia em si como doença propriamente dita, mas também sobre o quão importante é quando se analisa como ela é tratada no ordenamento jurídico desde o começo dos estudos a seu respeito.

Embora as notícias acerca da prática de algum crime bárbaro que choca a sociedade sejam divulgadas celeremente em todos os países, ainda não há uma lei específica para esses indivíduos e nem uma punição adequada a eles.

O objetivo deste trabalho é analisar a psicopatia no sistema penal brasileiro e compreender a maneira com que são tratados os indivíduos com essa doença no ordenamento jurídico, bem como abordar sobre imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade, além de observar o seu quadro clínico, no que diz respeito à possibilidade de reversibilidade da doença, observando suas consequências penais.

Quanto aos aspectos metodológicos, para o desenvolvimento do presente trabalho utiliza-se o método dedutivo, valendo-se de base de pesquisa qualitativa e procedimento bibliográfico, por meio da análise de informações doutrinárias, jurisprudenciais e sociais ligadas ao tema apresentado, para se chegar à conclusão esperada do estudo. Busca-se o exame dos aspectos gerais dos institutos penais, com o intuito de verificar a sua real aplicação, seus benefícios e sua eficácia, no que se refere aos psicopatas.

Por sua vez, com relação aos materiais, são consultadas obras doutrinárias, livros, artigos científicos e trabalhos monográficos, bem como periódicos e sítios especializados em matérias de Direito e de Psicologia, no que tange à psicopatia.

PSICOPATIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A palavra psicopatia vem do grego *psyché*, alma, e *pathos*, enfermidade. Entretanto, o conceito de psicopatia não é consenso entre os especialistas, uma vez que não é considerada um transtorno de personalidade, e nem uma doença propriamente dita.

Existem, basicamente, três correntes acerca do tema psicopatia e seu conceito. A primeira considera a psicopatia como uma doença mental; a segunda a enxerga como uma doença moral; enquanto a terceira corrente compreende a psicopatia como transtorno de personalidade.

Assim, utiliza-se a classificação e a conceituação dadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que emprega o termo Transtorno de Personalidade Dissocial e o registra no CID-10 (Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde) sob o código F60.2, acolhido definitivamente pelos Manuais e classificações psiquiátricas, como o DSM IV:

Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é

facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade. (OMS, 2008, n. p.).

Assim, conforme a CID-10, os psicopatas são pessoas com “transtornos específicos da personalidade”, que apresentam “perturbação grave da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo, usualmente envolvendo várias áreas da personalidade e quase sempre associada a considerável ruptura social”. Analisando sob a visão do Direito Penal, Galvão esclarece, acerca dos psicopatas:

O psicopata tem plena consciência sobre o carácter ilícito do comportamento que realiza e também possui a plena capacidade para determinar-se em conformidade com esta consciência. A psicopatia é um transtorno de personalidade que produz efeito direto no comportamento, mas não interfere na consciência de seu carácter ilícito ou na autodeterminação do sujeito que livremente escolhe realizá-lo. (GALVÃO, 2013, p. 456).

Os psicopatas têm plena consciência do carácter ilícito do que estão fazendo e de suas consequências, pois sua capacidade cognitiva ou racional é perfeita. No sentido de melhor aclarar o que seria a psicopatia, pondera-se que se investiguem as condições orgânicas e sociais do indivíduo estudado, sendo que, para a constatação do transtorno, analisam-se as lacunas encontradas na formação de seu superego, como a ideia e percepção de valores morais, éticos e sociais, os quais são parcialmente ausentes, chegando, em alguns casos, a serem totalmente ausentes.

Portanto, ao ser lançado no sistema carcerário como se fosse apenas mais um criminoso, deve chamar atenção o fato de um indivíduo extremamente manipulador poder influenciar os outros criminosos, pois estes são presas fáceis. A partir disso, dá-se início a desordens e rebeliões, organizações criminosas, tendo em vista a autoridade e o controle que os psicopatas têm sobre as outras pessoas.

PROBLEMAS APRESENTADOS NA INFÂNCIA E FATORES BIOLÓGICOS

De acordo com Silva (2010), para que se compreenda melhor o universo dos psicopatas, é necessário atentar-se para as crianças, porque essa idade é fundamental para o desenvolvimento do transtorno, pois a psicopatia se encontra, também, na infância e adolescência.

As características apresentadas pelos psicopatas são perceptíveis desde a mais tenra idade e evoluem até a fase adulta. Silva (2010, p. 218-219) apresenta os Critérios de Diagnósticos para Transtornos de Conduta, como “agressão a pessoas e animais; destruição de patrimônio; sérias violações de regras”.

Podem-se observar sinais precoces, como agressividade física e moral contra amigos e familiares; normalmente, são crianças que, desde muito novas, se divertem com cenas de maus tratos a animais, fazem *bullying* com outros colegas, e não demonstram qualquer tipo de remorso ou arrependimento quando cometem tais atos.

Dessa forma, “Sempre que nos deparamos com crimes bárbaros cometidos por crianças somos tomados por um sentimento de grande perplexidade. Isso acontece porque, como seres humanos, temos dificuldade em acreditar que existam crianças genuinamente más” (SILVA, 2010, p. 156).

A causa originária da psicopatia ainda é muito discutida, há diversas possíveis causas, desde fatores biológicos e sociais. Aparentemente, em 1848, na Nova Inglaterra, pode-se analisar um caso de transtorno de personalidade adquirida:

Um trabalhador chamado Phineas Gage, se envolveu em um grave acidente. Gage era um homem íntegro e um exemplo de bom trabalhador responsável por um trabalho perigoso e delicado. Certo dia houve um acidente muito grave, e uma barra de ferro atravessou a cabeça de Phineas, porém apesar da gravidade do acidente, Phineas manteve-se consciente o tempo todo. A sua recuperação foi impressionante sob muitos aspectos, e o acidente não deixou sequelas, no entanto, houve uma surpreendente mudança em sua personalidade. Em razão do acidente, constatou-se que Gage sofreu lesões na região frontal do cérebro. (DAMÁSIO, 2004, p. 54).

Portanto, conclui-se que há uma parte do cérebro responsável pela personalidade e emoções humanas, assim como o corpo humano é formado pelo sistema nervoso, pelo tato, visão e olfato. Logo, nota-se que há uma parte do cérebro responsável pela desenvoltura psicopática, as pessoas acometidas por esse transtorno já nascem com esse defeito, que pode despertar ainda na infância, ou em qualquer momento da fase adulta.

Dessa forma, assim como em caso de machucados e dores, que podem resultar em sequelas irreversíveis, pode acontecer também com as partes responsáveis pelas emoções e sentimentos do ser humano. Robert D. Hare acredita que não necessariamente existe uma correlação entre esses fatores fisiológicos e comportamentais:

Mesmo que não possamos afirmar sempre que a relação fisiológica-comportamento é uma relação causal, a simples constatação de tal relação pode ser importante para outros aspectos do estudo. No momento atual, nossas descrições da psicopatia são de natureza inteiramente clínica. Se pudéssemos determinar que os psicopatas diferem dos outros indivíduos quanto alguma variável fisiológica, esta variável poderia ser utilizada como característica em termos de uma definição de psicopatia. (HARE, 1973, p. 25).

Os resultados apresentados neste estudo mostram que, diferentemente das pessoas comuns, os psicopatas apresentam atividade cerebral reduzida nas estruturas relacionadas às emoções em geral, mas possuem um aumento de atividade nas regiões responsáveis pela cognição, na capacidade de raciocinar, portanto, pode-se concluir que os psicopatas são bem mais racionais do que emocionais (SILVA, 2012, p. 81).

No entanto, são pessoas extremamente inteligentes, podendo manipular e estabelecer vínculo com qualquer pessoa que lhe desperte algum interesse pessoal ou não, usando a oportunidade que lhes é oferecida para conseguirem o que querem e, em seguida, acabam, muitas vezes, descartando essas pessoas, ou (como a maioria dos psicopatas homicidas) acabam cometendo crimes bárbaros e cruéis.

DA CULPABILIDADE, REVERSIBILIDADE E QUADRO CLÍNICO.

A culpabilidade provém da ideia de restrição pessoal, ou seja, traz um peso negativo por estar se referindo a uma concepção de desaprovação que se faz ao responsável de um feito. Para alguns doutrinadores, a culpabilidade acaba sendo um pressuposto para a fixação de pena, considerando as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis do réu. Para Bierrenbach, “culpabilidade, é o juízo de censura que recai sobre o autor da conduta típica e ilícita, que confira o injusto” (2009, p. 9).

De acordo com Hans Welzel, a capacidade para reconhecer o injusto e atuar correspondentemente pressupõe a integralidade das forças psíquicas do indivíduo, que são as que possibilitam a existência de uma personalidade moral (WELZEL, 2012).

Destaque-se a dificuldade e a divergência entre médicos e psicólogos no sentido de apresentar um método curativo ou, ao menos, amenizador desse transtorno.

Segundo Antônio Marcos Fontana (2006), os pacientes dotados de personalidade antissocial podem ser considerados totalmente não tratáveis ou tratáveis sob algumas condições, pois, quanto maiores as influências genéticas, menor a probabilidade de tratamento. Fontana afirma ainda que:

De modo geral quanto maior seja a participação dos fatores genéticos, mais intratável mostra-se o psicopata – nesse caso, há o que se chama de estado psicopático. Por outro lado, quando o meio se revela tão ou mais importante que os fatores inatos, tem-se o chamado desenvolvimento psicopático, em que as chances de sucessos terapêuticos se mostram maiores. Além disso, todos são socialmente inadaptados não conseguindo assimilar as normas da cultura em que vivem. (FONTANA, 2006, p. 133).

Conclui-se que intervenções psicológicas padrões para infratores, tais como terapia cognitivo-comportamental, psicoterapia em grupo e programas socioeducativos são completamente ineficazes. A corroborar essa informação, Fontana afirma que:

Os psicopatas costumam mentir, roubar, agredir ou abordar sexualmente os demais pacientes. Introduzem álcool e drogas na unidade, corrompem funcionários, induzindo-os a ter conduta desonesta ou antiética; altamente criticados, destroçam as alianças terapêuticas que os outros pacientes estabelecem com a equipe terapêutica. (FONTANA, 2006, p. 375-376).

Notar-se-á então que as razões para a ineficácia do tratamento são diversas, dentre as quais podem ser elencados, principalmente, o fato de que esses indivíduos não são capazes de reconhecer que necessitam de ajuda, bem como o fato de que os psicopatas têm a eficiência de ocultar sua conduta antissocial, mostrando serem pessoas respeitadas e simpáticas, possuindo o poder de manipulação, enfraquecendo o meio de defesa dos seus alvos.

Outrossim, quando obrigatoriamente submetidos a tratamento psicológico, seus poderes de simulação, eloquência e manipulação também desvirtuam os propósitos do tratamento. Em razão de tais características, são apontados, por grande parte da doutrina, como irrecuperáveis. Segundo Mirabete:

Os psicopatas, as personalidades psicopáticas, os portadores de neuroses profundas, etc., em geral tem capacidade de entendimento e determinação, embora não plena, estão na mesma categoria legal os que possuem o desenvolvimento mental incompleto, mas que atingiram certo grau de capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação de acordo com as regras sociais (silvícolas em aculturação, surdos-mudos em processo de instrução) etc. Por fim, incluem-se os agentes com desenvolvimento mental retardado, que nas faixas mais elevadas tem alguma capacidade de entendimento e autodeterminação. Em todas as hipóteses, comprovadas por exame pericial o agente será condenado, mas tendo em vista a menor reprovabilidade de sua conduta, terá a sua pena reduzida entre um a dois terços, conforme o artigo 26, parágrafo único do Código Penal. (MIRABETE, 2006, p. 224).

Nesse sentido, Palomba, psiquiatra forense, ao tratar da psicopatia, afirma que os portadores desse transtorno devem ser considerados semi-imputáveis, pois acredita

que a psicopatia é uma perturbação da saúde mental, e, apenas em casos excepcionais, seria lhes conferida a imputabilidade ou inimputabilidade (PALOMBA, 2003).

Já Sanchez Garrido partilha de outro entendimento, qual seja, o que mais se aproxima dos demais doutrinadores; para ele, os psicopatas compreendem a ilicitude de seus atos, e, por conseguinte, atuam conforme tal conhecimento. A capacidade intelectual e volitiva destes sujeitos está intacta (SANCHEZ, 2005).

No entanto, os psicopatas podem ser considerados pessoas completamente cientes de suas condutas, embora não consigam sentir culpa ou remorso com suas atitudes, ainda assim, saber exatamente o caráter ilícito do ato que cometem quando considerados crimes, entretanto, não conseguem sentir qualquer tipo de empatia ou algo relacionado que possa os fazer parar.

A grande dúvida acerca das personalidades psicopáticas reside no fato de saber se têm transtornos mentais propriamente ditos ou se são detentoras de uma personalidade anormal, desajustada, desafiadora, histriônica, dissocial, pervertida ou degenerada.

O Código Penal brasileiro, o Código Processual Penal e a Lei de Execuções Penais não tratam expressamente do elemento psicopático.

De acordo com o parágrafo único, do artigo 26, do Código Penal:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940, n. p.).

Constata-se que, nesse parágrafo, além da confusão no entendimento, há o regulamento de muitas anormalidades e, entre elas, situações patológicas para as quais a ciência prevê tratamento, e casos em que o tratamento não é eficaz porque a cura é desconhecida.

Acabam por enquadrar-se na definição de psicopata todos os indivíduos que apresentam anomalias do caráter e do afeto, e, por sua posição fronteira, situando-se entre a normalidade e a enfermidade mental, são colocados pela legislação em vigor como tendo semi-imputabilidade, imputabilidade diminuída, imputabilidade reduzida ou imputabilidade restrita.

O doutrinador quis dizer com isso que, se considerado imputável, e, ao cometer crimes, colocado na prisão junto com outras pessoas, o psicopata contribuiria

efetivamente para desajustar essas pessoas em fase de recuperação, além do que a cadeia poderia aumentar ainda mais o seu potencial para o crime.

Entretanto, verifica-se que a ciência que estuda os portadores da psicopatia os entende como irrecuperáveis, não tendo qualquer condição de tratamento, e, portanto, não teria sentido enquadrá-los na semi-imputabilidade, uma vez que seria aplicada, no caso, a medida de segurança, que busca a cessação da periculosidade após o tratamento adequado.

A seguir, são enumerados casos reais de possíveis portadores da psicopatia que cometeram crimes graves, mostrando até que ponto são capazes de delinquir. É importante salientar que não há certeza absoluta de que as pessoas descritas abaixo têm psicopatia. Esses casos servem somente para exemplificar, pois os atos descritos sugerem uma maneira de agir característica dos psicopatas.

Casos que merecem ser explicitados são: Suzane Von Richthofen, a morte de Isabella Nardoni, o caso do Pedrinho Matador, o caso do Champinha, e recentemente e não menos válido de se lembrar do caso Lázaro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado atual do Brasil é marcado pela extrema violência nas cidades, onde não há segurança nas ruas e nem dentro das casas. A criminalidade vem aumentando continuamente e não há previsão, nem tentativa, de melhorar essa situação. Os presídios brasileiros encontram-se lotados e, cada vez mais, tornam-se “escolas profissionalizantes de criminosos”, sem, praticamente, nenhum uso de seu papel genuíno, que seria a ressocialização.

No caso dos portadores da psicopatia que cometem crimes, a solução deste problema encontra-se ainda mais longe, pois tais indivíduos diferenciam-se dos demais, não controlam seus impulsos agressivos e, especialmente, não conseguem aprender com a punição, por maior que seja. Como são considerados semi-imputáveis pela legislação brasileira, para eles, o Estado dispõe de duas opções: a prisão ou a medida de segurança, limitando-se somente a essas duas hipóteses.

Para o estudo adequado desse caso, existe a Psiquiatria Forense, que busca estudar não a atuação do psicopata em si, mas os motivos que o levaram a cometer o crime, como também até onde esse distúrbio o limita da responsabilidade penal. As normas sociais para os psicopatas não têm importância alguma, não configurando limite

para as suas ações. Seu comportamento como criminoso difere significativamente dos criminosos comuns, não somente pelo fato de a punição não surtir efeitos neles, mas também pela necessidade de continuar transgredindo as regras.

Verifica-se que, de um lado, há a figura do psicopata, com suas características peculiares, como a insensibilidade aos sentimentos alheios, a despreocupação com o seguimento de regras, a falta de limite para se atingir um objetivo e, principalmente, de acordo com a temática em questão, a sua propensão ao crime, bem como sua falta de aprendizado ao ser punido por uma infração cometida e sua resposta negativa aos tratamentos tradicionais de psicoterapia.

De outro lado, encontra-se a conjuntura social na qual se vive, que contribui significativamente para o aumento da criminalidade, juntamente com a deficiência da legislação que não está se preocupando suficientemente em achar uma solução para o tratamento da questão das personalidades psicopáticas. A junção do psicopata com o estado atual da sociedade é letal para o aumento da criminalidade, e está cada vez mais difícil encontrar uma solução para o problema.

O que se poderia fazer para tentar amenizar a situação é cuidar de cada lado separadamente. Quanto ao indivíduo portador da psicopatia, não existe, como demonstrado, tratamento, seja por medicamentos, seja por psicoterapias, que consiga chegar a uma cura, porém, também é fato que não é todo psicopata que comete crimes. O que existe é uma tendência maior em violar as regras, quando estas constituem obstáculos para a realização dos seus objetivos, entretanto, isso não quer dizer que uma pessoa com o distúrbio deve delinquir.

Cuidando do outro lado da questão, quanto à criminalidade e à violência crescentes no país, é necessário julgar as pessoas que possuem esse transtorno psicopático como sendo semi-imputáveis e mantê-las presos em cadeias especiais, sendo acompanhadas por profissionais especializados no assunto, que determinariam a possibilidade ou não de sair e voltar à sociedade, podendo, inclusive, de acordo com o entendimento adotado neste trabalho, permanecerem nessas cadeias especiais por período superior a 30 (trinta) anos, nos termos do artigo 97, §1º, do Código Penal.

Essa solução parece a mais apropriada, porque colocar essas pessoas em presídios comuns prejudicaria a reabilitação dos demais presos. E misturá-las com loucos em hospitais não tem sentido algum – a não ser que elas tenham, também, uma doença mental tratável.

Vê-se que a problemática tratada neste trabalho é questão de ordem pública, que merece a devida atenção por parte do Estado, visto que não se vislumbra ainda solução. É necessário que os profissionais das áreas médica e jurídica caminhem juntos para dar continuidade ao estudo acerca dessa personalidade tão distinta, pois, assim, poderão ajudar a entender os motivos do cometimento do crime, bem como indicar o adequado encaminhamento do psicopata, visando a encontrar a melhor maneira de julgá-los, puni-los e privar a sociedade dessa ameaça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIERRENBACH, Sheila. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DAMÁSIO, Antonio R. **Em busca da Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos**, Trad. Laura Teixeira Morra. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- DATASUS. **Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto**. Disponível em: http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008WebHelp/f60_f69.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.
- FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HARE, Robert D. **Sin consciência: El inquietante mundo de los psicopatas que nos rodean**. Barcelona: Spassa libros, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista. de. **Código Penal Anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado** – Parte geral. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal** – parte geral. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do Direito Penal**. Parte Geral. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS) (ed.). **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID -10**: Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

CAPÍTULO 3

A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E O DIREITO DE MANIFESTAÇÃO

CRIMINALIZATION OF SOCIAL MOVEMENTS AND THE RIGHT TO DEMONSTRATE

*Valdivina Alves Barros⁵
Itamara Lopes Gonçalves⁶*

Resumo: O presente artigo trata sobre a criminalização dos movimentos sociais e o direito de manifestação. Versa sobre as críticas aos eventos que possuem violência em seu contexto e as consequências da criminalização destas manifestações. A pesquisa foi realizada pelo método bibliográfico e tem o objetivo de demonstrar a necessidade de políticas públicas urgentes, afim de não sacrificar a democracia, e, por conseguinte, outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: Criminalização; Movimentos sociais; Políticas Públicas; Direitos Fundamentais.

Abstract: This article deals with the criminalization of social movements and the right to demonstrate. It deals with criticism of events that have violence in their context and the consequences of criminalizing these manifestations. The research was carried out using the bibliographic method and aims to demonstrate the need for urgent public policies, in order not to sacrifice democracy and, consequently, other fundamental rights.

Keywords: Criminalization; Social movements; Public policy; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Com o crescimento populacional e a aproximação das comunidades surgem diversas formas de pensamentos e possíveis contradições acerca das decisões, seja não concordando com as mesmas e criando espaços para novas discussões, criando embates contra elas, reunindo indivíduos que pensem da mesma forma a fim de buscarem novas condições para mudanças dentro do contexto social em que vivem. Muitas das vezes esses indivíduos deixam seus grupos para morar em outras localidades ao qual estejam

⁵ Graduada em Licenciatura em Computação pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Graduada em Direito–Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). E-mail: donadivinabarros@gmail.com.

⁶ Docente Orientadora no curso de Graduação da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato grosso (UNEMAT). Especialista em Novo Código de Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Mestranda em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: itamaralopesgoncalves@gmail.com.

em conformidade com seus modos de vida ou criam novos grupos com esta finalidade. Quando não, os embates que enfrentam dentro de seus grupos são para que as decisões tomadas pelos líderes sejam concernentes com as necessidades que os integrantes perpassam.

Desta forma tem se o nascimento do direito democrático, ou seja, a vontade do povo, que está intimamente ligado aos movimentos sociais. Mas este direito democrático só veio a ser positivado no Brasil a partir da Constituição Federal da Republica em 1988.

Foi um marco e continua sendo, vez que na última década surgiram várias críticas quanto a eventos violentos e resultados negativos, colocando o direito de ir e vir, o direito de reunião, de protesto e o direito a segurança em conflito. Gerando projetos de leis com intuito de criminalizar os movimentos sociais.

O objetivo geral deste trabalho é trazer reflexões, acender o alerta acerca dos projetos de leis que visam a criminalização dos movimentos sociais e ferem o direito de manifestação. Contribuir com o debate dos movimentos sociais e com a construção da compreensão das mudanças do contexto histórico dos protestos, fortalecendo as elaborações científicas acerca do tema.

Este Trabalho foi realizado através de pesquisa bibliográfica e descritiva, onde nós lançamos pelo método dedutivo a fim de explorar os marcos que desenvolveram os movimentos sociais.

CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Movimentos sociais é um termo utilizado para se referir a eventos que reúnem pessoas que movidas pela própria vontade coletivamente buscam junto ao estado a concretização de seus direitos ou aquilo que já está positivado e que o estado não pode negar.

Os movimentos sociais datam desde o império, mas foi a partir do golpe militar de 1964 que se intensificou não que as lutas anteriores foram menos importantes, mas até porque a própria história não dá a estes o mesmo valor, a exemplo de lutas que ocorreram ainda no século XVIII, mas que vieram surtir efeito mais especificamente no século XIX.

Conforme Maria da Glória Goh,

As categorias de problemáticas desta época eram: lutas em torno da escravidão, das cobranças do fisco, lutas de pequenos camponeses, lutas contra legislações e atos do poder público, lutas pela mudança do regime político (pela república ou pela restauração da monarquia), lutas entre categorias socioeconômicas (comerciantes brasileiros x comerciantes portugueses). (GOH, 2011, P.18).

Segundo GOH, as principais características das lutas e movimentos sociais eram motins caóticos, faltavam-lhes projetos (planejamento). Os movimentos tinham dificuldades de se estabelecerem ou de permanecerem no poder sendo em maior ou menor tempo massacrados, pelas forças da legalidade colonial ou imperial. Importante ressaltar que, membros do clero tiveram participação expressiva em inúmeros movimentos e lutas no período assim como cidadãos pertencentes a elites intelectuais e a estrutura militar, corroborando para a hipótese de que não existe movimentos puros, isolados, descontextualizados de qualquer grupo, partido ou instituição.

As ações entre 1800-1850 propiciavam as elites dominantes o desmonte das lutas, caracterizadas como ações de “assassinos”, “bárbaros”, “selvagens”, etc. A falta de formas civilizadas de negociar e encaminhar os conflitos fazia com que estes grupos saíssem do controle, revestindo-se de grande violência de ambos os lados, devido ao ódio e as paixões envolvidas, sendo necessário criar um poder moderador com caráter conciliador. (GOH, 2011, pág. 25).

Os direitos garantidos pelas liberdades constitucionais no que concerne; direito de ir e vir, direito de reunião, de expressão de opinião e pensamento foram constituídos a partir de lutas. E o fato de estar positivado ainda não significa que existe na concretude da realidade do povo. Vez que os movimentos sociais têm como pano de fundo a garantia da lei.

As lutas sociais geralmente são em busca de melhoria de classes que são pobres, que tem como reivindicações, melhores condições de trabalho, busca por um pedaço de chão ou a garantia do mínimo de sobrevivência, como saúde, educação dentre outros anseios da sociedade.

Apesar de a Constituição ser a pactuação entre o estado e o povo, como forma de garantia dos direitos ante a sociedade, os movimentos sociais vêm demonstrando ao longo do tempo uma longa caminhada em busca da efetivação dos direitos fundamentais, são movimentos que se revelam como instrumento de questionamento,

até mesmo de revolta para se combater desigualdades e para se alcançar o real papel da sociedade no estado democrático de direito.

Atualmente os movimentos sociais apresentam grande mudança, pois conta com integrantes mais informados, a internet hoje é um instrumento de poder, onde pode se agrupar e organizar eventos em praças e ruas como antigamente, mas delineando perímetros e datas por onde os eventos irão passar. Os trabalhadores, por exemplo, contam com sindicatos que o representam, há criação de entidades e classes representativas para cada segmento, a população conta também com meios de comunicações mais avançados, o que naquela época era dificultoso, os participantes de movimentos tem mais informações acerca dos direitos e se não tem, pesquisam. Outro instrumento importante é o celular, que praticamente todo cidadão que faz parte dos movimentos sociais possui um e facilita o contato e até mesmo serve como objeto de prova, caso necessário, pois utilizam da câmera do celular, gravam as cenas e em um instante que joga na internet toda população tem acesso, e isso é bom, pois ao longo do tempo os movimentos sociais sofreram represálias da parte midiática comandada pela elite, vez que meios de comunicação eram censurados. Hoje o cidadão dentro de sua casa pode ver os dois lados, tanto através das reportagens de rádio e televisão como pelo acesso à internet.

Em contrapartida, dentre essas mudanças positivas a repressão policial continua, a mídia por vezes se mostra a favor, outras vezes não, depende muito do capitalismo e de quem está envolvido.

MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA DEMOCRACIA

A participação dos indivíduos é o instrumento de força, a engrenagem dos movimentos sociais. Quanto maior for o número de pessoas participando desses eventos, presume-se maior o grau de relevância e importância ao assunto que está sendo questionado. E uma vez agregado tamanho número de pessoas a tais movimentos, a democracia acontece, se concretizando no dar o direito a voz a sociedade, onde todos sem distinção tenham a oportunidade e as mesmas condições, de clamar por seus anseios.

Bueno afirma que “são os movimentos sociais os responsáveis por intensificar as lutas na direção de romper com o limite desta democracia, radicalizando-a, exigindo,

ao máximo, reformas estruturais que deverão minar as bases sociais da burguesia” (BUENO, 2012, p.219).

Deste modo, a diversidade e a pluralidade da sociedade são quesitos que devem ser levados em conta quando se fala em democracia, pois o governo deve ser capaz de atender as carências e necessidades sabendo dialogar e principalmente sabendo ouvir. É preciso olhar para a nação com amplitude de visão, vistas que a vastidão do território nacional é imenso acrescido das múltiplas peculiaridades de culturas e regiões que as garantias constitucionais e o estado democrático de direito devem atender em sua plenitude.

Doravante, e não menos importante o debate contemporâneo acerca da democracia infere diretamente na construção das políticas públicas possibilitando atuação e representação no papel político dirimindo diretrizes capazes de mudar paradigmas dentro da realidade local e/ou nacional.

Desta forma, quanto as modalidades de decisão, afirma Bobbio; “a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra a base da qual são consideradas decisões coletivas- e, portanto, vinculatórias para todo o grupo” e assim governo que pensa no melhor para seu povo, mas que não o ouve, não constrói um liame com a democracia e se afasta do que se espera de um bom legislador.

Neste interim, as regras da maioria estão elencadas na Constituição Federal como direitos invioláveis tais como, direito de ir e vir, de opinião, de associação, de reunião, de expressão etc. e não há democracia sem o respeito a estes fundamentos. Uma vez que o estado é um produto da vontade dos indivíduos. Mas segundo Hobbes, no estado de natureza “o homem é o lobo do próprio homem” vinculando as contrariedades de vontades e decisões que há dentro de uma sociedade.

Diante disto, para que as decisões de um governador não sobreponham as necessidades de uma sociedade é que se elege no Brasil, através do voto, meio mais reconhecido de se exercer a cidadania e fazer jus a democracia a que temos direito.

CRIMINALIZAÇÃO: A EFICÁCIA DO CONTROLE SOCIAL E PUNITIVO

No estado formal do direito, todos somos iguais, porque a lei é igual para todos, assim diz a Constituição de 1988. A seguridade que temos no texto constitucional não se trata de justiça social, mas de como o Estado deve ver o indivíduo, respeitando suas diferenças, e é por isso que o termo igualdade vem sendo discutido e

preferivelmente usado o termo isonomia, que com o mesmo sentido de igualdade acrescenta, pois insere a significação “tratar os desiguais de acordo com as suas desigualdades”, porque tratar o homem como igual é um impasse, diante de todas as desigualdades, tanto físicas, econômicas, religiosas, sociais, etc. no país de diversidades em que vivemos.

A partir dessa premissa, de que todos são iguais perante a lei, e também partindo do pressuposto de que a lei jamais deve se afastar do princípio da dignidade humana, é possível encontrar inúmeros escritos acerca da criminologia crítica dos comportamentos com o fim de se obter uma sociedade com menos “injustiças”. Michel Foucault (2009) fala da disciplina como método de controle das operações do corpo, modalidade que se busca fazer com que o indivíduo se torne obediente. Como assegura o autor,

O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadriha, o desarticula e o recompõe. (FOUCAULT, 2009, p. 133 *Apud* SOUZA 2015, pag. 06).

O exercício do poder punitivo vem se mostrando ao longo do tempo como maneira que o estado encontrou para evitar que os indivíduos que apresentam comportamentos desviantes, ou seja, atitudes lesivas a segurança da sociedade seja afastada, não que o retorno destes indivíduos seja diferente, mas que no calor do momento, os anseios da sociedade sejam satisfeitos, sendo o encarceramento um dos principais instrumentos utilizados como controle e dominação.

Apesar de muitas das vezes encontrarem a presença de indivíduos com comportamentos considerados desviantes aos objetivos dos movimentos sociais, não se pode considerar como um todo, até mesmo em respeito ao princípio da culpabilidade, tipificado no Código Penal Brasileiro em seu Artigo 29; “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Nesse sentido, educação, trabalho, socialização, qualidade de vida, bem-estar social são importantes para que os cidadãos possam se munir de repertórios

comportamentais que lhes qualifiquem a resolver conflitos sociais sem uso de violência (CALHAU, 2009, p. 91).

LEI ANTITERRORISMO *VERSUS* MANIFESTAÇÕES SOCIAIS

A Lei nº 13.260 de 2016 intitulada de Antiterrorismo vem sendo muito discutida no âmbito jurídico porque implica em; caracterizar o terrorismo, reformular o conceito de organização criminosa além de versar sobre as disposições investigatórias e processuais de tais atos. Dado teor, deixa claro em seu artigo 2º, que conceitua o terrorismo da seguinte forma, *in verbis*:

O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometido com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (BRASIL, 2016).

Ainda neste mesmo artigo da Lei nº 13.260 no parágrafo 2º diz:

O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei. (Brasil, 2016)

Desta forma, está explícito que os movimentos sociais não devem ser considerados como organização criminosa, porém tem se levantado uma gama de críticas, tendo em vista os inúmeros ataques de “vândalos” utilizando-se de aglomerações oriundas de movimentos sociais, transformando-os em contextos de violências e práticas de atos ilícitos como furtos a comércios nas localidades dos eventos, deturpando a imagem destes com confrontos e insegurança.

Entende-se no âmbito acadêmico que esta é uma dialética em que muito há o que se discutir, vistas que os dados apontam que a criminalidade só aumenta. Conforme Atlas da Violência:

Somente em 2018 foi mais de 57 mil homicídios, dado este que coloca em cheque esta política armamentista que o governo federal tem colocado, ademais o que deve ser discutido são políticas de segurança pública baseada em evidências públicas” (Atlas da Violência, 2020).

Perguntamo-nos, se é este mesmo o rumo a se corrigir tais posturas dentro da sociedade, quantas leis precisarão ser criadas para coibir os atos marginais? Seria

necessário mesmo intervir em um direito que temos de manifestar nossas opiniões, ou será que daqui uns tempos a forma de manifestar será diferente? Porque o que recebemos é não mais poder gritar de alto e bom tom aquilo que sentimos, aquilo que vivemos. E ninguém mais pode gritar, do que aquele que sofre. Não diferente disto a teoria dos limites imanes de Ariane Wady ressalta que há os limites máximos de conteúdo que resulta da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, ante exposto a criminalizar as condutas tipificadas como ilícitas dentro do âmbito em que consiste o direito de manifestar.

Ademais, os comportamentos desviantes também é um termo que tem sido muito estudado, nas áreas jurídicas, na antropologia e na sociologia. Principalmente a partir dos protestos das jornadas de junho de 2013 seja buscando compreender as tantas reivindicações e suas mudanças no âmbito da modernidade de se reunir ou convocar reuniões, seja investigando o problema da violência e do caos social, resultando em debates de diferentes perspectivas e colocando em evidência as discussões acerca do direito de manifestação e da infiltração de manifestações diferentes.

A EDIFICAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO

Com o crescente encarceramento em massa que há no país, podemos sugerir que esta opção não tem mostrado muito êxito no combate ou diminuição das taxas de crime. Segundo dados do monitor da violência, no mês de abril do ano de 2021 o Brasil se mantém na 26ª posição no ranking dos países que mais prendem no mundo. Com um sistema prisional superlotado, muitos dos que ali se encontram encarcerado são reincidentes, outros, mesmo encarcerados não vem expectativa de mudança quando cumprirem suas penas, uma vez que fora da prisão nem sempre as portas de um trabalho ou oportunidades dignas de sobrevivência surgem pela discriminação com quem já cumpriu pena, sendo estes uns dos maiores motivos relatados para a reincidência no mundo do crime, uma vez que neste ramo já possuem experiência.

Desta forma, vem se construindo um conceito de criminoso acerca dos sinais e características dos indivíduos que já estão encarcerados, como negros, pobres, marginalizados, sem escolaridade, formando uma estatística negativa para as classes que possuem estes sinais, mas que nada tem a ver com o mundo do crime.

A visão de que o criminoso possui sinais nato que o definem como tal, definem um paradigma criminológico e uma visão maniqueísta do bem e do mal na sociedade e

com o consenso de que não há problemas no direito penal, antes, nos indivíduos que o violam (XAVIER, 2008, *Apud* ANDRADE 2013).

Para isto a adequação social tem como finalidade distinguir que “todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso.” (CAPEZ, 2011, pag. 35), ou seja, trata se dos comportamentos do indivíduo, objeto do direito penal e não das características físicas ou sociais do indivíduo, destaca-las, portanto é colocar em evidencia o preconceito e a notória desigualdade que o país possui em suas relações sociais.

O estado democrático de direito, como “...tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social.” (CAPEZ, 2011, pág. 24). O crime, como fato típico, ilícito e culpável se detém unicamente aos atos da pessoa humana.

Para entendermos os processos de criminalização, não basta apenas entender o crime e o comportamento desviante como produto da reação social, é fundamental pensa-lo conectado com toda realidade estrutural-social, política e econômica. Pois, se afirmarmos que o delinquente se faz apenas pelo processo de criminalização, estaremos negligenciando o fato de a ação desviante ser primeiramente expressão de um conflito social (XAVIER, 2008).

Desta forma, uma manifestação externa da conduta humana, pode ser fruto de algo muito mais além, como por exemplo, resultados de políticas públicas que o indivíduo nunca viveu, fatores sociais determinantes para ações de puro ódio a própria existência. Tratar os indivíduos com comportamentos maus os excluindo não tem demonstrado resultados positivos há muito tempo.

A norma, segundo a teoria pura do direito, funciona como “esquema de interpretação” emprestando uma “significação jurídica”. O que devemos precaver é se os institutos incriminadores não estão sendo aprovados sem passarem pelo crivo da dignidade humana.

Por que será que a maioria dos considerados delinquentes são aqueles à mercê da sociedade? Segundo Fernando Capez,

O direito penal é muito mais do que um instrumento opressivo em defesa do aparelho estatal. Exerce uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando praticas positivas e refreando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma elucubração abstrata ou da necessidade de atender

a momentâneos apelos demagógicos, mas ao contrário, refletir, com método e ciência, o justo anseio social.” (Capez 2011, pág. 27).

Desta forma, não se pode fazer valer a lei com viés dogmático de penalização e refreamento das condutas consideradas delituosas, mas como instrumento de construção das relações de uma sociedade justa e capaz, como fonte de equilíbrio e forma de adquirir o anseio principal que é a manutenção dos vínculos necessários para o desenvolvimento da sociedade em que está inserida, respeitando os contextos e suas variantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viver em sociedade sem conflitos é utopia, quem dera as opiniões e atitudes fosse concernente com a lei, isso é o que se espera, mas não é o que temos. A crescente inserção de artigos visando a segurança das relações e aumentado o código regulador do direito é característica de uma sociedade que precisa dogmatizar os conceitos da letra da lei em busca da manutenção da paz.

A ordem baseada na criminalização tem sido a forma mais usada por parte do Estado. E criminalizar os movimentos sociais não é a resposta para a solução dos conflitos que ocorrem. É preciso ter um amplo olhar para as diferentes culturas e necessidades do povo, viver a realidade dos inúmeros lugares que mais carecem de políticas públicas.

Todavia criminalizar os movimentos sociais é a demonstração nítida do intuito de fragilizar as forças dos envolvidos e não resolver as demandas que estes lhes apresentam. Os inúmeros projetos de leis vêm enraizados com politicagem que não agregam valores a democracia, pelo contrário evidenciam que o controle e a repreensão andam de mãos dadas, num contexto em que o Estado se mantém no topo como garantia da supremacia e da imperatividade do poder. Por outro lado, os movimentos sociais resistem e se adaptam com o passar do tempo, as vozes tomaram novos espaços e novas formas reinseridas no meio em que se encontram de forma que a criminalização dos movimentos sociais se destaca pelo liame entre as garantias constitucionais de segurança e a liberdade de expressão.

Desta forma, percebemos a necessidade de um Estado que tenha como principal objetivo; o povo, pois é deste que advém o seu poder. E visar com extrema urgência não a *ultima ratio* (criminalização/pena) e sim as desigualdades sociais, bases

dos objetivos dos movimentos sociais. Ademais segurança não é unilateral e o que tem acontecido é o uso desmedido de forças e atribuições descabidas de corporações que carecem de capacitação para lidar com tais eventos. Já passou da hora do Estado investir recursos públicos onde mais necessita; na educação, saúde, moradia, trabalho, etc. cujos direitos já estão elencados na Constituição Federal como meio transformador de realidades para uma sociedade mais justa o que falta é a eficácia da legislação e para isto o cidadão tem que ter conhecimento de que o voto é poder, não pode ser usurpado.

São os protestos e as manifestações populares que mantem a democracia viva, e a única forma e fonte que o cidadão tem de reivindicar seus direitos é por meio da demonstração que só os movimentos sociais são capazes de alcançar, a força motriz do povo é a voz, o grito e a indignação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, P. et al. Atlas da Violência. **IPEA**, 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BUENO, Bruno Bruziguessi. **Os fundamentos sócio históricos do processo de criminalização do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra no Brasil**. 2012. 277 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora: UFJF, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011,

CANHEO, Roberta. **Criminalização dos movimentos sociais e levante conservador**. Justificando, 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/11/14/criminalizacao-dos-movimentos-sociais-e-levante-conservador/>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Protesto não é crime! A criminalização dos movimentos sociais**. Canal Ciências Criminais, 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/475214778/protesto-nao-e-crime-a-criminalizacao-dos-movimentos-sociais>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

GOH, Maria da Glória. **História dos movimentos e lutas sociais - A construção da cidadania dos brasileiros**. 3. ed. São Paulo, Brasil, 1995.

SAUER, Sérgio. **Processos recentes de criminalização dos movimentos sociais populares**. Brasília: Terra de Direitos, 2008. Disponível em: <<https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Processos-recentes-de-criminalizacao-dos-movimentos-sociais-populares.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

SERRANO, Pedro. **Criminalizar movimento social é atentado contra a democracia**. YouTube: TVT, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=U_djw5aM3Uo>. Acesso em: 13 abr. 2019.

SILVA, C. et al. **Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo**. G1, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

THATY, Mônica. **Palestrantes temem possível criminalização dos movimentos sociais**. Brasília: Câmara Legislativa, 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/565801-PALESTRANTES-TEMEM-POSSIVEL-CRIMINALIZACAO-DOS-MOVIMENTOS-SOCIAIS.html>>. Acesso em: 09 maio 2020.

TV Cultura. **Desde o início, a história da humanidade é marcada por conflitos**. TV Cultura, 2014. Disponível em: <https://tvcultura.com.br/videos/18115_desde-o-inicio-a-historia-da-humanidade-e-marcada-por-conflitos.html>. Acesso em: 09 maio 2020.

VICE Brasil. **As Jornadas de Junho de 2013**. YouTube, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HUErI_Q0QNg>. Acesso em: 10 jun. 2021.

XAVIER, Arnaldo. **A construção do conceito de criminoso na sociedade capitalista: um debate para o serviço social**. Ensaios, *Revista Katálysis*, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rk/a/PBSsPwwBsLfts3kFcBtrk5D/?lang=pt>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CAPÍTULO 4

ESTATUTO DO DESARMAMENTO: ANÁLISE DA LEI 10.826/2003 E DOS DECRETOS PRESIDENCIAIS (2019-2021) FRENTE AO NÚMERO DE MORTES POR ARMAS DE FOGO NO BRASIL (1990-2015)

STATUTE OF DISARMAMENT: ANALYSIS OF LAW 10.826/2003 AND PRESIDENTIAL DECREES (2019-2021) IN FRONT OF THE NUMBER OF DEATHS FROM FIREARMS IN BRAZIL (1990-2015)

*Maria Ester Inácio De Melo*⁷
*Paulo Eduardo Elias Bernacchi*⁸

Resumo: A criminalidade influencia na sensação de bem-estar das sociedades modernas e, diante desse cenário, muitos são favoráveis ao armamento da população. O presente estudo traz uma revisão sobre os aspectos socioculturais que levaram o Brasil a admitir, no final do Século XX, a necessidade de diminuir o número de armas de fogo em circulação. O Estatuto do Desarmamento entrou em vigor em 2003 (Lei nº 10.826/2003) e, de certo modo, reforçou o discurso daqueles que são favoráveis ao direito de defesa e proteção pessoal armada. Dos altos índices de mortes, do final do século passado, para casos mais amenos no início do século XXI, aliando-se aos fatores de desigualdades sociais e econômicas percebe-se que o fato de haver mais armamento disponível para a população não trará a paz social. Em 2019 foi incentivada a aquisição de armas, por meio de Decretos Presidenciais. Contudo, não se sabe se a população brasileira está apta a lidar com essa política de armamento. Infelizmente, é mais comum ocorrer desdobramentos negativos aumentando o número de assassinatos premeditados, suicídios, feminicídios e acidentes do que o uso da arma para a defesa pessoal. Assim, considera-se frente ao observado que não serão os decretos de flexibilização à aquisição e ao uso de armas de fogo que trarão a tão sonhada pacificação da nação brasileira. Portanto, investir em educação e amenizar problemas sociais é mais importantes do que colocar armas de fogo em circulação.

Palavras-Chave: arma de fogo; desarmamento; educação.

Abstract: Criminality influences the sense of well-being of modern societies and, given this scenario, many are in favor of arming the population. This study brings a review of the sociocultural aspects that led Brazil to admit, in the end of the 20th century, the need to reduce the number of firearms in circulation. The Statute of Disarmament came into effect in 2003 (Lei nº 10.826/2003) and, in a way, reinforced the discourse of those who are in favor of the right to armed self-defense and protection. From the high death rates at the end of the last century to milder cases at the beginning of the 21st century, combined with the factors of social and economic inequalities, one realizes that having more weapons available to the population will not bring social peace. In 2019, the acquisition of weapons was encouraged, through Presidential Decrees. However, it is not known whether the Brazilian population is able to deal with this armament policy. Unfortunately, it is more common for negative consequences to occur, increasing the

⁷ Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: meimelo@hotmail.com.

⁸ Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2005) e Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis/RJ (2017). E-mail: pbernacchi1@gmail.com.

number of premeditated murders, suicides, feminicides and accidents, than the use of weapons for self-defense. Thus, it is considered that decrees relaxing the acquisition and use of firearms will not bring the much-dreamed-of pacification to the Brazilian nation. Therefore, investing in education and mitigating social problems is more important than putting firearms in circulation.

Key words: firearm; disarmament; education.

INTRODUÇÃO

No Brasil, nos últimos dez anos, uma narrativa tem ganhado força, nas vias legislativas e no próprio poder Executivo, e versa sobre a necessidade de armar a população em prol da defesa pessoal. Ademais, sabe-se que há uma série de desvios de armamentos e aquisição de armas ilegais por parte dos criminosos, gerando uma instabilidade na conformação pacífica nacional. Quanto à prática de crimes, em si, cabe salientar que são muitos os fatores institucionais que enfraquecem a possibilidade de enfrentar, efetivamente, a violência homicida no Brasil (MINAYO, 2006). Waiselfisz (2013) sugere, no Mapa da Violência de 2013, que o cometimento de crimes é respaldado pela tolerância institucional que, de certo modo, permite a impunidade de alguns indivíduos e, principalmente, pela cultura de violência que é disseminada no cotidiano e no imaginário do povo brasileiro.

Segundo estimativas levantadas em 2005, o Brasil contava com um vasto arsenal de armas de fogo, sendo: 15,2 milhões em mão privadas; 6,8 milhões registradas; 8,5 milhões não registradas; e destas 3,8 milhões em mãos criminais. Há uma forte correlação destes números com a mortalidade que as armas ocasionam (DREYFUS E NASCIMENTO, 2005, apud WAISELFISZ, 2015, p. 21). Waiselfisz (2015) revela que, em 2012, mais de 42 mil pessoas morreram vítimas de arma de fogo no Brasil, o que equivale a 116 óbitos por dia (59% de jovens, de 15 a 29 anos).

Esses dados, revelados em 2015, foram observados pelo governo brasileiro em parceria com a UNESCO (Organização da ONU para a Educação, a Ciência e a Cultura) e a FLACSO (Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais). A taxa de mortalidade por armas de fogo no Brasil, indicador que leva em conta o crescimento da população, ficou em 21,9 óbitos para cada 100 mil habitantes, em 2012. No caso específico dos homicídios praticados com armas de fogo, a taxa de mortalidade de 2012 é a mais elevada desde 1980 (WAISELFISZ, 2015).

As situações que envolvem o uso de armas de fogo refletem o cenário de caos social que é reforçado, paulatinamente, por discursos de ódio, questões econômicas e sociais. Diante disto, o objetivo do presente estudo é abordar a questão da arma de fogo, no âmbito do discurso de proteção pessoal, e avaliar dados do Atlas da Violência, delimitando o período de 25 anos (1990 a 2015) nas regiões brasileiras aludindo à Lei do Desarmamento (nº 10.826, de 22 de novembro de 2003) e aos Decretos que flexibilizam a questão da aquisição, porte e posse de armas (2019-2021).

O ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI Nº 10.826/2003)

O “Estatuto do Desarmamento”, texto de lei que nasceu no prelúdio do século XXI, há tempos vinha sendo discutido no meio jurídico brasileiro e contava com reforços, no poder legislativo e no Executivo Nacional. Esta Lei (10.826/2003), revogou a Lei nº 9.437/1997, dispondo “sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o SINARM define crimes e outras providências” (BRASIL, 2003). O Estatuto do Desarmamento, como é popularmente conhecida, visa caracterizar atos de ilicitudes praticados pelo cidadão civil devido à posse ou o porte desnecessário de armas de fogo no seio da sociedade brasileira.

Ainda no texto do estatuto do desarmamento (BRASIL, 2003), que é o fulcro principal de debate neste trabalho, se percebe uma maior rigidez quanto às condições de compra e ao porte de arma de fogo no Brasil. A maior rigidez se deve à atuação discricionária e tem critérios objetivos, sendo atribuído à Polícia Federal (PF) o poder de julgar os pedidos de compra de arma para defesa pessoal, que em muitos casos são negados. Após a compra da arma, o cidadão pode ter a arma dentro de casa (posse), mas não pode levá-la consigo (porte). Para o porte é necessário outro pedido à PF, cuja autorização é ainda mais rara (FRANCO, 2012).

Ao longo dos anos e tendo em vista o crescimento populacional bem como a crescente onda de crimes, cometidos com o uso da arma de fogo, a legislação Brasileira tratou de criar regras para controlar o acesso ao armamento. Esse acesso se divide fundamentalmente em dois tipos de arma de fogo: 1) A de uso permitido, que são os armamentos autorizados a civis de uma forma geral, para defesa domiciliar; e 2) A de uso restrito, que pode ser utilizado pelas Forças Armadas, instituições de segurança pública, como a Polícia Federal, Polícia Militar, Polícia Civil, Força Nacional entre outros e ainda alguns agentes públicos conforme a Constituição Federal de 1988 (FRANCO, 2012).

Na Legislação Brasileira, quanto à definição de “arma de fogo”, de acordo com o Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, que “dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105)” tem-se que:

Armas de fogo são artefatos mecânicos que impulsionam projéteis através da força de expansão dos gases, produzidos a partir da ignificação de um propelente, no interior de um compartimento de prorrogação cilíndrica e formato de cano que tem como objetivo gerar a continuidade do processo de combustão motivado, executando também o direcionamento e a estabilidade ao projétil expelido” (BRASIL, 2000).

Além das especificações sobre os tipos de armas, no Estatuto do Desarmamento (BRASIL, 2003) também foram tratados de assuntos como a posse e o porte de arma de fogo. Estas discussões tem sido polêmicas, gerando muitos atritos na política brasileira e ocasionando emblemáticas discussões, tanto no seio governamental (jurídico, legislativo e executivo) quanto no cotidiano do povo brasileiro. Há de se entender que se tratam de duas definições que devem ser esclarecidas e principalmente entendidas: 1) A posse de arma: Ter a arma em casa para própria defesa, não podendo sair às ruas com ela; e 2) O porte de arma: Ter a arma junto ao corpo de forma escondida, mesmo em locais públicos (FRANCO, 2012). No texto da Lei do Estatuto do Desarmamento (Lei10.826/2003) estão evidenciadas as definições e as penas impelidas aos fatos atribuídos sobre posse ou porte irregular de arma de fogo de uso permitido:

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido: *Art. 12.* Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido: *Art. 14.* Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa” (BRASIL, 2003; FRANCO, 2012).

Contudo, cabe salientar que há uma forte pressão por parte da sociedade civil bem como de partidos políticos para que as armas de fogo sejam permitidas como estratégia de defesa. Acontece no Brasil, desde o fim do século passado, um levante reacionário alavancado por grupos ultraconservadores, frente aos avanços das “pautas progressistas”, em defesa de pautas moralistas, econômicas e culturais, dentre elas a “bancada da bala” que defende o afrouxamento das normas para aquisição e uso de armas (QUADROS; MADEIRA, 2018).

Como assinalam Aleixo e Behr (2015), a segregação de grande parte da sociedade brasileira aliada a histórica, e farta, disponibilidade de armas de fogo e munição, acarreta em elevados índices de criminalidade. Infelizmente, o debate acerca dos problemas sociais, da criminalidade e das ações governamentais que podem amenizar tais aspectos é inexistente ou extremista. E, de 2010 a 2015 observou-se a junção da pressão exercida pela população com a força política de alguns legisladores desbancando a inoperância do Estado frente aos altos índices de criminalidade. Essa convergência de fatores levou a Política e a Justiça ao escárnio popular culminando para a Eleição do presidenciável Jair Messias Bolsonaro que, dentre várias outras pautas ultraconservadoras, defende veementemente “o cidadão de Bem possa se defender da bandidagem”.

DECRETOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI Nº 10.826/2003

Eleito pelo voto popular, em 2018, tomou posse em janeiro de 2019, o presidente Jair Messias Bolsonaro defendendo pautas voltadas para o agronegócio, da expansão da economia e de assuntos como „moralismo cristão das famílias brasileiras e o direito do indivíduo se armar“. O presidente, juntamente com os legisladores que endossam seu viés ultraconservador, propôs mudanças na Lei nº 10.826/2003, editando o Decreto nº 9.785 (de 07 de maio de 2019) que dispõe sobre o Estatuto do Desarmamento. E, ainda em 2019, o gabinete presidencial revogou o texto do Decreto nº 9.785 por meio do Decreto nº 9.797 (21 de maio de 2019) e, revogou o Decreto nº 9.797 com o Decreto nº 9.844 (de 25 de junho de 2019) (BRASIL, 2019).

Esse assunto é recorrente nas pautas do Presidente, desde que assumiu o Palácio da Alvorada, pois até o dado momento foram veiculadas cerca de vinte e cinco (25) normas visando a flexibilização para a aquisição, a posse e o porte de armas de fogo em todo o território nacional. Ao todo, sobre o assunto, são: treze (13) portarias, dois (02) projetos de lei e dez (10) decretos presidenciais. Um destes, o Decreto nº 9.785/2019 regulamenta a Lei nº 10.826/2003 para “dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, a posse, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema Nacional de Gerenciamento Militar de Armas” (BRASIL, 2019).

Antes de adentrar ao assunto dos decretos, é mister esclarecer que existem dois tipos de decretos no ordenamento jurídico brasileiro: „os decretos legislativos“ e os „decretos regulamentares“, sendo este chamado de decreto do Executivo ou decretos

presidenciais (MORAES, 2019). A função produzida por esses tipos de decreto não é a mesma, assim como é distinta a hierarquia que ocupam dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de diferir um do outro, os dois são chamados de decretos, uma vez que consistem em atos unilaterais. Portanto, os decretos são um mecanismo que permite que as decisões sejam tomadas individualmente, ou seja, por parte de um só poder. Mediante essa razão, os decretos são usados somente para as decisões que estão sujeitas a um dos poderes, nas três esferas, municipal, estadual e federal.

Os Decretos Legislativos, como o próprio nome indica, são atos emanados do Poder Legislativo, ou seja, são emitidos pelo Congresso Nacional, e são utilizados para tratar de matéria de competência exclusiva a essas casas. As medidas para resolver questões relacionadas a tratados internacionais, por exemplo, é um tema de competência do legislativo. Por tratar as deliberações que cabem apenas ao Congresso, seja, à Câmara e ao Senado, tais decisões são efetivadas por meio de decretos legislativos, tendo estes, o mesmo poder de uma lei ordinária.

Os Decretos do Executivo, como já sugere o nome, são emitidos pelo representante máximo do Executivo, e funcionam de maneira diferente dos decretos do Legislativo, eles estão dentro do grupo dos atos administrativos, que, por sua vez, estão abaixo da lei ordinária. Isso significa que os decretos do Executivo, por serem um tipo de ato administrativo, têm função de complementar a lei. Acerca do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, sabe-se que um decreto presidencial só pode ser revogado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde os ministros por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) podem suspender o decreto (CABRAL, 2016). A ADI, que está prevista no Artigo 102 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), é ação judicial que funciona como ferramenta de controle, deve ser proposta ao STF, para que os ministros decidam se um ato normativo não fere preceitos constitucionais.

As ADIs são votadas pela Suprema Corte, desde que tenha a presença de oito (08), dos onze (11) ministros. Caso um agente popular ou um partido político abra uma ação junto ao STF e solicite ao órgão que avalie se há inconstitucionalidade de uma determinada lei ou decreto, o STF pode julgar pela inconstitucionalidade. Assim, os ministros podem suspender o decreto parcialmente, ou integralmente, mas se julgarem que é constitucional, eles irão negar a ação proposta (MORAES, 2019).

Outro meio de derrubar um decreto presidencial, é por intermédio do Congresso Nacional, este setor possui também poder para isso. O ato para derrubar o decreto presidencial, via congresso, ocorre por meio de outro decreto, o legislativo. Conforme mostra a hierarquia das leis e decretos no ordenamento jurídico, na Figura 1. O decreto legislativo está acima do decreto presidencial, portanto, os deputados e senadores tem a prerrogativa de criar decreto com poder de derrubar os decretos presidenciais. Para isso, uma Comissão especializada é criada para analisar o pedido e emitir um parecer, que é votado no Plenário (MORAES, 2019).

Após a performance sobre o poder do decreto e suas especificidades, é salutar a análise de cada um dos decretos presidenciais acerca da aquisição de armas e munições, bem como, a posse e porte de armas de fogo (BRASIL, 2019; 2021). A compreensão das possibilidades de mudanças que cada um trouxe em seu bojo, provocando inclusive o declínio de leis anteriores a respeito de controle de armas e munições, principalmente o estatuto do desarmamento. Foram quatro os decretos presidenciais publicados aos 12 de fevereiro de 2021 (BRASIL, 2021):

DECRETO Nº 10.627, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2021: Altera o Anexo I ao Decreto nº 10.030, de 30 de setembro de 2019, que aprova o Regulamento de Produtos Controlados.

DECRETO Nº 10.628, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2021: Altera o Decreto nº 9.845, de 25 de junho de 2019, que regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro e a posse de armas de fogo e de munição.

DECRETO Nº 10.629, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2021: Altera o Decreto nº 9.846, de 25 de junho de 2019, que regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre o registro, o cadastro, e a aquisição de armas e de munições por caçadores, colecionadores e atiradores.

DECRETO Nº 10.630, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2021: Altera o Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019, que regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas.

Após sessenta (60) dias de vacância, esses decretos entraram em vigor, aos 12 de abril de 2021. Estes decretos editados pelo presidente da república Jair Messias Bolsonaro, alteram legislações anteriores que regulamenta a posse e o porte de armas, como por exemplo, a Lei 10.826/2003, que versa sobre o Estatuto do Desarmamento. Tais decretos presidenciais ampliam e flexibilizam o acesso a armas de fogo e munições, aumentando o número máximo de armas e a quantidade de munição que pode ser adquirida anualmente, por cada usuário com Certificado de Registro de Arma de Fogo. Além de permitirem o porte nacional de armas de fogo, bem como, a viabilidade

de substituição do laudo de capacidade técnica por um “atestado de habitualidade”, sendo este, emitido por clubes ou entidades de tiros (BRASIL, 2021).

Como estes Decretos editados pelo Presidente foram considerados inconstitucionais por vários senadores, tramita no Senado Federal, um projeto de decreto legislativo, a PDL 55/2021, com votação suspensa, ainda sem data para ser retomada, visando o cancelamento dos referidos decretos. Mediante alerta, o Supremo Tribunal Federal julgará a partir do dia 16 de abril de 2021, ações contra esses decretos editados pelo presidente (AGÊNCIA SENADO, 2021). Lideranças de partidos políticos e especialistas em criminalidades alertam para um considerável aumento de crimes violentos no País, provocados pelas mudanças advindas dos decretos de flexibilização de posse e principalmente o porte de armas de fogo (WESTIN, 2021).

Com a finalidade de compreender as opiniões desfavoráveis aos decretos presidenciais, principalmente pelo temor ao aumento de crimes cometidos com o uso de arma de fogo é fundamental a percepção das mudanças que estão sendo contestadas. Com o intuito de avaliar as alterações acerca da flexibilização para a aquisição de armas e munições, a posse e o porte, são destacados os principais requisitos que serão modificados pelos decretos em relação às legislações anteriores:

- 1] Exclusão de uma série de itens da lista de Produtos Controlados pelo Exército (PCE);
- 2] Permissão para a prática de tiro recreativo de natureza não esportiva, com arma do clube ou do instrutor;
- 3] Aumento do número máximo de armas de uso permitido para pessoas com Certificado de Registro de Arma de Fogo de quatro para seis unidades;
- 4] Possibilidade de substituir o laudo de capacidade técnica – exigido pela legislação para colecionadores, atiradores e caçadores (CACs) – por um „atestado de habitualidade“ emitido por clubes ou entidades de tiro;
- 5] Autorização para CACs comprovarem aptidão psicológica com laudo fornecido por qualquer psicólogo com registro ativo em Conselho Regional de Psicologia, sem exigência de credenciamento pela Polícia Federal;
- 6] Permissão para o porte de duas armas simultaneamente;
- 7] Porte passa a ter validade nacional.

Mediante essas alterações dadas pelos decretos presidenciais (BRASIL, 2019; 2021), a aquisição de armas de fogo e munições será facilitada, além de viabilizar a possibilidade de o indivíduo comprovar a capacidade de portá-la. Com essa flexibilização da norma, muitos cidadãos vão se armar alegando a legítima defesa, a proteção à família, à propriedade e outras tantas alegações. Com essas mudanças, estima-se que haverá, em breve, um aumento significativo no número de armamento da população civil do país, e conseqüentemente o aumento de ferimentos causados por arma de fogo.

MORTES POR ARMAS DE FOGO NO BRASIL (1990-2015)

Foi consultado número de mortes por armas de fogo, de 1990 a 2015, na página do Atlas da Violência (<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>). Este portal é mantido e atualizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Sobre o Atlas da Violência, está disposto que:

Constitui um dos mais importantes problemas públicos no Brasil. O enfrentamento dos vários tipos de violência requer a produção de análises e diagnósticos balizados em evidências empíricas, a fim de que se possa propor ações preventivas efetivas. O *Atlas da Violência* é um portal que reúne, organiza e disponibiliza informações sobre violência no Brasil, bem como reúne publicações do Ipea sobre violência e segurança pública. Foi criado em 2016 e é gerido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) com a colaboração do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Há dados disponíveis organizados por temas e séries de variáveis. Há recortes por variáveis relevantes, como sexo, raça/cor e faixa etária” (IPEA, 2021).

O objetivo do Atlas da Violência é, basicamente, auxiliar pesquisadores, jornalistas, estudantes e interessados em geral na temática da criminalidade e violência no país (IPEA, 2021). Uma das várias maneiras de observar os dados sobre a criminalidade é delimitar o período e verificar se houve aumento ou diminuição no número de óbitos. Quanto as estatísticas disponibilizadas, é possível aferir a quantidade e/ou a taxa (por 100 mil habitantes) anuais de vários tipos criminais (IPEA, 2021).

A população brasileira era de 149 milhões em 1990 e de 204,5 milhões em 2015 (dados do Banco Mundial). A porcentagem de pessoas mortas por arma de fogo, em relação ao número populacional, foi de 0,0368% em 1990 e 0,0551% em 2015. De acordo com os dados observados no Atlas da Violência, houve um aumento de 66,8% no número de mortos por armas de fogo no período observado (54.880 e 112.715 mortos, em 1990 e 2015, respectivamente) enquanto que a população aumentou apenas 32% (55,5 milhões a mais em 2015, comparando-se com a população do ano de 1990).

Os fatores socioeconômicos que segregam a sociedade brasileira representam importante fator na geração da violência (ALEIXO; BEHR, 2015). No Brasil ainda é cultuada a violência e, por mais que os estudos de sociólogos e antropólogos salientem a necessidade de debates mais aprofundados sobre as mazelas sociais, imperam frases de efeito como “bandido bom é bandido morto” ou “tem que acabar com a bandidagem”.

Sabe-se, ainda, que a Justiça e a Polícia, de modo geral, têm tentado combater a criminalidade, mas é evidente que não está surtindo efeito visto que este combate tem gerado, ainda, mais violência. No Brasil, a histórica não observância de questões sociais levam à existência da „cultura do extermínio“, vigente em determinados segmentos das

organizações policiais e dos profissionais de segurança pública. Infelizmente, no seio da sociedade brasileira ainda vigoram valores que incentivam práticas de violência policial (ZILLI, 2018). E, quanto à Justiça, resta dizer que esta é prolixa, morosa e oferta regalias às castas mais abastadas enquanto que pessoas despossuídas, rotineiramente, mal conseguem se defender por vias próprias, tendo de recorrer à Defensoria Pública.

Em linhas gerais, é ilusório o indivíduo acreditar que estando armado estará seguro. O fato de ter a arma, com a intenção de se proteger, pode facilitar o acontecimento tanto de crimes como de acidentes. Armas geram curiosidade em crianças e adolescentes; em brigas fortuitas ou em momentos de fúria (discussões familiares, brigas de trânsito, violência doméstica, e outros) a presença da arma pode facilitar óbito(s); e ainda existem os casos de extravio, que na maioria das vezes acontece por meio de furto das armas (LEANDRO, 2016).

Os fatores socioeconômicos que segregam a sociedade brasileira suportam a violência. Assim sendo, não se pode conceber a ideia que armar uma população bestializada trará benefícios visto que as emoções e comportamentos nem sempre são facilmente controlados (MINAYO, 2006; FRANCO, 2012; WAISELFISZ, 2013; ALEIXO; BEHR, 2015; LEANDRO, 2016).

A discussão sobre o problema da segurança pública perpassa muitos setores, para além do direito falacioso à defesa pessoal (LEANDRO, 2016). As discrepâncias sociais e culturais acentuam a necessidade de reeducar a população para a diversidade. Nos últimos anos, o Brasil tem somado muitos mortos, mesmo com as proibições (outorgadas pelas Leis nº 9.437/1997 e nº 10.826/2003), e incentivar o armamento da população não fará com que os índices diminuam. Rever as leis, endurecer o processo de punição aos criminosos e coibir o cometimento de crimes torpes são estratégias muito mais plausíveis para pacificar a realidade do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tratou do uso de armas de fogo, no Brasil, aludindo às Legislações anteriores (Leis nº 9.437/1997 e nº 10.826/2003) e aos Decretos recentes de flexibilização da aquisição, posse e porte de armas frente ao número de mortes por arma de fogo (1990-2015). Há uma notória insatisfação da sociedade civil com a criminalidade, o que levou alguns setores ao clamor pelo direito de se armar. Não são ilegítimas as reclamações desses cidadãos e suas demandas carecem de respostas.

Contudo, não é liberando mais armas num país repleto de desestruturas e desigualdades sociais que o governo trará melhoria para a sensação de medo.

É preciso conceber que existe um caminho para além da liberação dos armamentos. Esse caminho perpassa pela educação das pessoas e pela revisão de algumas estratégias governamentais que, evidentemente, estão fadadas ao fracasso. A guerra às drogas, o encarceramento equivocado que acaba gerando criminosos mais sagazes, uma polícia que tem mais intenção de intimidar do que proteger e a intensificação de disputas rasas, sem fundamento lógico, estão gerando mais instabilidade social do que propondo ou edificando melhorias.

Observando a realidade brasileira é salutar apontar que, tal qual em outras nações, esses levantes reacionários acerca da liberação de armas não têm intenções pacificadoras. As nações que tendem aos rompantes ultraconservadores não estão em consonâncias com os princípios sociais e biológicos que abarcam a diversidade de ideias, de formas, de estilos e de pensamentos. Estimular o diálogo entre o controverso é uma maneira mais inteligente de prosperar, enquanto nação, do que liberar instrumentos que apenas suscitaram mais ódio e retaliação. O caminho é educar para o debate visando a construção de uma sociedade mais cooperativa e promissora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA SENADO. **Senado aguardará decisão do STF sobre decretos de acesso a armas.** Senado Notícias, 15 abr. 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/15/adiada-votacao-de-projeto-que-derruba-decretos-sobre-armas>>. Acesso aos 18 mai. 2021.

ALEIXO, M. S.; BEHR, G. A. Desarmamento no Brasil: Lei 9.437/97 x Lei 10.826/03. **Revista Brasileira de Criminalística**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 12-18, 2015.

BRASIL. [**Constituição (1988)**]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.437 de 20 de fevereiro de 1997.** Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1997-02-20;9437>>. Acesso aos 13 fev. 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.655, de 20 de novembro de 2000. Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Brasília, DF, Brasil, 2000. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=3665&ano=2000&ato=739ATTU1kMNpWT3e8>>. Acesso aos 13 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso aos 13 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.844, de 25 de junho de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9844.htm>. Acesso aos 13 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.630, de 12 de fevereiro de 2021** <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.630-de-12-de-fevereiro-de-2021-303724469>>. Acesso aos 18 de maio de 2021.

CABRAL, F. A. **Controle de Constitucionalidade.** 2. ed., Saraiva: São Paulo 2016.

FRANCO, P. A. **Porte de arma: Aquisição, posse e porte; obtenção, posse e porte ilegais; estatuto do desarmamento.** Campinas: Servanda Editora, 2012. 608 p.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência.** Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>>. Acesso aos 30 abr. 2021.

LEANDRO, A. A. M. **Armas de Fogo e Legítima Defesa: Desconstrução de 8 mitos.** 1. ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2016. 146 p.

MINAYO M.C.S. Violência, um problema social que afeta a saúde pública. **Divulg. Saúde Debate.** v. 35, p. 23-35, 2006.

MORAES, I. **Decretos presidenciais: como funciona esse mecanismo?** Politize! [online] 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/decretos-presidenciais/>>. Acesso aos 13 fev. 2021.

QUADROS, M. P. R.; MADEIRA, R. M. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas/SP, v. 24, n. 3, p. 486-522, 2018.

WASELFISZ, J. J. **Mapa da Violência 2013: Homicídios e Juventude no Brasil.**

CEBELA – Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos. Rio de Janeiro, 2013.

WASELFISZ, J. J. **Mapa da violência 2015: Mortes matadas por armas de fogo.** 2015. 105 p. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/78>>.

WESTIN, R. **Especialistas veem perigo em armar cidadãos. Atiradores esperam mais incentivos do governo.** Agência Senado, 18 mar. 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-04-18/o-retrato-do-brasil-armado-da-colonia-ao-governo-bolsonaro.html>>. Acesso aos 18 mai. 2021.

ZILLI, L. F. Letalidade e Vitimização Policial: características gerais do fenômeno em três estados brasileiros. **Boletim de Análise Político-Institucional**, n. 17, p. 71-80, 2018.

CAPÍTULO 5

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM AND THE VIOLATION OF RIGHTS OF THE PRISON POPULATION

*Joelma Sônia Pereira Barreto⁹
Aldo A. Nunes Filho¹⁰*

Resumo: Este trabalho busca analisar os problemas do sistema prisional brasileiro sob a ótica da violação de direitos da população carcerária, verificando trabalho de ressocialização realizado nas prisões, para a realocação de presos condenados ou provisórios na sociedade em que vive, para que possa continuar sua vida com dignidade, de forma que não haja necessidade. O estudo tem como arcabouço materiais bibliográficos conduzidos a partir de fontes múltiplas, de livros clássicos a bibliotecas virtuais para tentar entender os desafios enfrentados pelo sistema prisional nacional por uma ótica de fora da prisão. Desta forma, o trabalho pretende auxiliar no posicionamento da população, esclarecer os principais indícios de dificuldades na reintegração, e também permitir aos governantes compreender melhor a importância da aplicação da reintegração nas prisões.

Palavras-chave: População Prisional. Direito. Superlotação. Ressocialização.

Abstract: This work seeks to analyze the problems of the Brazilian prison system from the perspective of the violation of the prison population's rights, verifying the work of resocialization carried out in prisons, for the relocation of sentenced or provisional prisoners in the society in which they live, so that they can continue their life with dignity, so that there is no need. The study is based on bibliographic studies conducted from multiple sources, from classic books to virtual libraries, to try to understand the challenges faced by the national prison system from an outside perspective. In this way, this work seeks to help to position the population, clarify the main signs of difficulties in reintegration, and also allow government officials to better understand the importance of applying reintegration in prisons.

Keywords: Prison population. Right. Overcrowded. Resocialization.

INTRODUÇÃO

Na democracia e no Estado de direito, é essencial reconhecer a dignidade de todos os cidadãos, porque este é um atributo inerente à condição humana e deve ser

⁹ Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: jospbarreto@gmail.com

¹⁰ Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Doutorando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso. Advogado e membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. E-mail: aldofilho@outlook.com.

protegido. Um dos princípios básicos que constituem a República Federativa do Brasil é a dignidade humana, que está incluída no art. 1, III, Carta. Respeito, proteção e uma vida digna são considerados direitos mínimos que todo cidadão brasileiro deve ter integralmente garantido. A observância do princípio da dignidade humana é um serviço nacional e deve ser exigido pela sociedade. Pela lei, por meio de seu próprio órgão e seus agentes, no trabalho de interpretação e com base na decisão de reconhecer a inconstitucionalidade dos preceitos, busca concretizar esse princípio fundamental.

De fato, o sistema prisional brasileiro tem exposto diversas violações de direitos humanos e, como instituição política, sempre manteve as características de punição e raramente ressocialização, independentemente de seu papel educativo na reabilitação de criminosos. Na verdade, faz sentido privar essas pessoas de sua liberdade, porém, a forma como foram abandonados em condições extremamente adversas tem sido criticada, a questão é como eles irão retornar à sociedade, pois poucos se esforçam para ressocializá-los. Atualmente, observa-se que existem graves deficiências nas unidades prisionais brasileiras, as prisões estão superlotadas e as condições são precárias, colocando os presidiários em situações que, sem dúvida, irão prejudicar sua dignidade e dificultar sua reintegração na sociedade.

Diante do exposto, a presente pesquisa trabalha ao longo de seus três capítulos temas como o contexto histórico do sistema prisional, as condições degradantes, a superlotação e a violação de direitos, bem como políticas públicas e a ressocialização da população carcerária. Ao fim, pretende-se um trabalho monográfico que, sem intenção de esgotar a matéria, nem de abranger todas as dimensões que está a contemplar, apresente uma abordagem breve, mesmo que sucinta, sobre o presente tema, com apoio na doutrina, legislação pertinente e entendimento dos tribunais.

HISTÓRICO DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

Em épocas primitiva, conforme explica Gonçalves (2016) as regras que tutelavam a coletividade humana eram embasadas teologicamente no misticismo envolvendo totens e tabus. Isso diz respeito a “proibições convencionais ligadas ao sagrado, sem origem conhecida, sendo aceito como consequência natural das relações, mas sem explicação de caráter racional” (p. 01). Dessa maneira, o caráter obrigatório dos tabus sociais está diretamente ligado a uma raiz sobrenatural ou intuitiva, criando

regras de comportamento que persistem independentes de qualquer benefício ou prevenção de prejuízo social.

A evolução da pena privativa de liberdade ao longo dos anos acompanhou o desenvolvimento das sociedades e atualmente é vista pelo Estado como uma solução rápida e prática para banir do convívio social aquele que comete um ilícito penal. Zanotto e Russowsky (2020) explicam que, todavia, hoje, a visão que se tem de um estabelecimento prisional é um lugar que não é capaz de proporcionar ao apenado condições de sobrevivência e bem-estar, muito menos garantir seus direitos fundamentais e sua ressocialização:

A abordagem das abomináveis situações de descaso do Estado para com a sua população carcerária, gera sentimentos de revolta e dor naqueles que em sua maioria já foram excluídos e esquecidos pela sociedade desde os primeiros momentos de sua infância ou adolescência. A falta de mecanismos estatais capazes de suprir as necessidades básicas daqueles que realmente precisam de uma direção e incentivo para que retomem suas vidas longe das práticas criminosas, é praticamente inexistente, o que acaba por formar ainda mais criminosos dentro dos próprios estabelecimentos prisionais, uma vez que estes se veem desamparados e sem nenhuma percepção de uma vida melhor, encontrando assim, na prática criminosa a única saída para não cair na miserabilidade que seu país lhe oferece. (Zanotto e Russowsky, 2020, on-line)

Ainda seguindo o pensamento das autoras, o Brasil possui hoje a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, contudo, o sistema penitenciário brasileiro mostra-se mal administrado e com falta de infraestrutura, uma vez que a quantidade de condenado ultrapassa em muito o número de vagas ofertado pelos estabelecimentos prisionais. Conforme preceitua a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) o Estado é o responsável pelos estabelecimentos prisionais, que deve garantir condições dignas de sobrevivência e os direitos fundamentais do apenado, sendo responsável por sua tutela e sua reinserção na sociedade.

Para que se cumpra o que determina a lei é necessário que o Estado aplique altos investimentos monetários. Segundo Zanotto e Russowsky (2020) ele ainda se apresenta inerte visto que os presídios são ineficazes na ressocialização, apresentam condições fitossanitárias degradantes em meio a superlotação e criaram um código de conduta interno paralelo que acabou por criar uma rede interligada de criminalidade capaz de criar sua própria lei.

De acordo com elas, esse fracasso, longe de promover a reinserção social dos presos, com vistas a uma convivência pacífica e respeitosa da lei, e dos direitos dos

demais habitantes, em muitos casos terá exercido efeito contrário, reforçando o desvio de conduta das pessoas submetidas às observadas condições degradantes. Isto levou a uma cadeia de falhas que começa a partir da superlotação, em suas palavras:

A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometido pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem do sistema prisional. (Zanotto; Russowsky, 2020, on-line)

Ademais, de acordo com as autoras, vale ressaltar que a lei penal vem sendo aplicada de forma inadequada pelo Poder Judiciário brasileiro, já que os índices mostram que as condenações à penas privativas de liberdade por crimes de baixa periculosidade e o excesso de prisões cautelares, acabam por abarrotar as celas do país e misturam presos comuns com grandes comandantes do crime organizado. Dessa maneira, as prisões brasileiras apresentam, de acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2020, um contingente de quase metade de presos provisórios.

Portanto, diante da realidade apresentada, fica evidente que os presídios e as penas no Brasil têm por finalidade a aplicação de castigos àqueles que cometem qualquer ilícito penal. Contudo, isso não consegue frear o aumento da criminalidade nas cidades do país. Ainda dentro dessa conjuntura, a metodologia da ressocialização do condenado à pena privativa de liberdade não vem encontrando resultados satisfatórios ao longo dos anos, uma vez que os índices de reincidência são alarmantes. Assim, as prisões brasileiras não vêm cumprindo seu papel de ressocialização e, ao sair, o detento deve buscar sozinho sua forma de se reinserir na sociedade, que na maioria das vezes não lhe estende a mão e o faz ver no mundo do crime a única forma de subsistência.

A VIOLÊNCIA E A SUPERLOTAÇÃO

De acordo com Melo (2020) o sistema prisional nacional vive uma crise sem precedentes devido à falta de infraestrutura nas prisões públicas para acomodar cada vez mais presos no sistema penal. O número de vagas disponíveis na prisão é completamente inconsistente com o número de prisões feitas. Essa desproporção além de ferir o princípio da dignidade humana favorece as fugas e rebeliões, também favorece o consumo e, conseqüentemente, a comercialização de drogas dentro dos presídios.

Dessa forma, no Brasil, a superlotação é um impeditivo da dignidade do preso, esse direito passa a ser desrespeitado encontra-se previsto no art. 88 da LEP:

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)

O autor acrescenta que essa disposição estipula que os detidos devem ser mantidos em celas independentes de pelo menos seis metros quadrados. No entanto, a realidade parece ser bem diferente da lei: é mais comum os reclusos dormirem em celas pequenas em péssimas condições de insalubridade. A quarentena noturna estipulada no art. O artigo 88 da LEP é apenas uma “carta de intenções” do legislador, pois a superlotação nas instituições penitenciárias se torna inviável.

Costa Neto (2013) coloca que as prisões públicas e os presídios encontram-se atualmente em estado miserável e desatualizado, as instalações são precárias, os presos convivem no maior grau de promiscuidade, desrespeitados totalmente em sua dignidade e cidadania. Devido à falta de ventilação, iluminação, temperatura e condições sanitárias, a superpopulação nas prisões também é propícia ao desenvolvimento de alguns problemas de saúde, levando à disseminação de muitas doenças infecciosas, como tuberculose e AIDS.

Ainda conforme delinea o autor a falta de emprego ou ocupação para os presos dentro das cadeias é outro grande obstáculo ao sistema, pois os presos ociosos têm tempo para delinear seus crimes, fazendo do presídio uma base de comando para os presos, pois dirigem os crimes dentro e fora do presídio.

Espina (2019) atenta para o fato de que esse alto índice de superlotação nas prisões brasileiras, não consistir apenas de pessoas privadas de liberdade com sentença transitada em julgado, mas também de detentos que aguardam julgamento. Fato relacionado que merece destaque é que, no Brasil, 40,1% dos presos aguardam julgamento, ou seja, são presos provisórios.

Para o autor, diante desse cenário, não há uma perspectiva de melhora, uma vez que em média, por ano, o Brasil tem 266 mil novas entradas, enquanto 197 mil pessoas saem do sistema prisional, ou seja, para cada 73 pessoas liberadas, chegam outros 100 presos. Junta-se a esse fluxo as condições das celas, que são pequenas, sem condições de albergar dignamente sequer cinco detentos, mas são ocupadas por quinze ou até vinte

deles, num flagrante desrespeito as condições mínimas estabelecidas tanto na Lei de Execução Penal brasileira quanto nos documentos internacionais relativos à matéria.

Espina (2019) também alerta que existem outros problemas que fazem com que as pessoas privadas de liberdade estejam em condições de indignidade dentro dos presídios, violando as regras mínimas estabelecidas pela ONU para o tratamento dos presos, assim como os direitos fundamentais de cada um deles. A dignidade de cada uma das pessoas privadas de liberdade, está, portanto, sendo severamente violada por não existirem condições mínimas de encarceramento para os padrões básicos de humanidade:

A superlotação carcerária tem sido foco das maiores violações aos direitos humanos dos presos no Brasil, sobretudo pelas péssimas condições dos compartimentos de clausura, celas em que se amontoam dezenas de presidiários, sem o mínimo de conforto e higiene, em desconformidade as regras da Lei de Execução Penal Brasileira. (ESPINA, 2019, p. 14)

Nesse sentido, é importante observar que é difícil falar em ressocialização dos presos, quando o sistema prisional está superlotado e não oferece as condições para a aplicação do que está estabelecido no artigo 83 da LEP que prevê, “o estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva”.

Diante da ineficácia do Estado, Pires (2010) fala que, de forma alternativa, diversos estabelecimentos prisionais permitem que terceiros façam o envio de pacotes de alimentos aos presos, alimentos estes que poderão ser consumidos entre os intervalos das refeições fornecidas pelo Estado. Assim sendo, a alimentação nos centros prisionais brasileiros além de precária, é distribuída de maneira desigual, atitude essa na maioria das vezes, concretizada em virtude de preconceito ou discriminação.

Machado (2014) acrescenta que, em virtude do descumprimento da lei, logo surgem novos problemas, como a proliferação de doenças por conta da falta de higiene e assistência médica. A individualização da pena, as Regras Mínimas para Tratamento do Preso marcaram a exigência de um estudo da personalidade e um programa para tratamento individual do encarcerado, referenciando ainda sobre a vedação a qualquer espécie de discriminação (cor, raça, língua, religião etc.) como critério de separação de presos no interior das prisões, além de orientar sobre higiene e serviços médicos no cárcere, espaço físico e forma de punição, vedação à punição desumana, cruel ou degradante, bem como o *bis in idem*, ou seja, a dupla punição pelo mesmo fato criminoso.

Além dos maus tratos, dentro do sistema prisional a tortura, o tratamento desumano, o preconceito e a discriminação. Segundo Espina (2019) a Corte Interamericana de Direitos Humanos delimitou no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 10: “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Espina (2019) busca trazer esse conceito para a realidade dos presídios brasileiros:

A superlotação nas prisões gera tensões constantes entre os presos, aumenta os níveis da violência carcerária, impede que se disponha de mínimas condições de habitabilidade, facilita a propagação de enfermidades, constitui um fator de risco para a ocorrência de situações de emergência, dificulta o acesso a oportunidades de estudo, capacitação e trabalho, favorece a corrupção, convertendo-se assim num obstáculo difícil de superar para o cumprimento dos fins que a pena privativa da liberdade se propõe. As pessoas privadas de liberdade são vulneráveis devido ao desequilíbrio de poderes criados pela própria detenção. (ESPINA, 2019, p. 15)

Nesse contexto, a autora diz que dentro do ambiente prisional, as torturas e maus tratos são mais fáceis de ocorrer. Nesse lugar, o preso já está sob a custódia do agente torturador, se encontrando sem nenhuma chance de defesa. No Brasil, as torturas e os maus tratos e às vezes crimes, por parte da polícia, seguem sendo alarmantemente habituais, também as condições de reclusão constituem tratos cruéis, desumanos e degradantes e a impunidade segue sendo a regra e não a exceção.

Por fim, a tortura é, em nosso país, basicamente um ato cometido por funcionários públicos, principalmente pela polícia civil, polícia militar e agentes penitenciários. Em relação ao local onde ocorreu a tortura, Espina (2019) explica que os crimes ocorrem geralmente nas delegacias e unidades prisionais. Saliente que muito pouco ou ineficiente o treinamento dado para policiais e o treinamento para os agentes penitenciários são uma das principais causas da prática de tortura no sistema prisional brasileiro.

DILEMAS E DESAFIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Ao se debater as políticas públicas penitenciárias no Brasil, antes de mais nada é importante a ciência de quão são precárias as estruturas físicas dos presídios e penitenciárias brasileiras, o problema da superlotação e do tratamento desumano dos detentos.

Secchi (2011) explica que as políticas públicas carcerárias são fruto, exatamente, da identificação de condições adversas vivenciadas por uma sociedade, cuja

amplitude permite tratá-las como problema público, o qual é entendido como coletivamente relevante. Assim, para que esse tipo de política pública beneficie os presos com a qualidade e alcance o objetivo designado, é importante que nos estados federais, gestores locais com conhecimento profissional formulem, implementem, avaliem e controlem essas políticas e sua experiência nas atividades de política.

De acordo com Coelho (2015), a partir da década de 2010 o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) aprovou em reunião o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que visava reduzir os índices de encarceramento, descriminalizar condutas, instaurar modelos distintos de prisões para cada segmento, combater a seletividade penal, buscar menos justiça criminal e mais justiça social, investir na justiça restaurativa, priorizar penas alternativas às prisões, combater a corrupção e enfrentar a questão da drogadição considerando os aspectos social, econômico, de saúde e criminal da mesma.

Salla (2017) destaca que outra iniciativa importante da mesma época foram os Projetos de Capacitação Profissional e Implantação de Oficinas Permanentes (PROCAPS), cuja implantação buscava atingir o maior número de estabelecimentos penais no país.

Ainda conforme o autor, na mesma década foi instituído o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional (PEESP), que pretendia ampliar e qualificar a oferta de educação nos estabelecimentos prisionais do país, com a oferta da educação básica por meio das escolas municipais e estaduais na modalidade de Educação de Jovens e Adultos (EJA). Um outro programa, talvez o mais famoso deles, foi o Começar de Novo, que segundo o Conselho Nacional de Justiça objetivava a promoção da cidadania e a redução da reincidência criminal, por meio da sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil para que fornecessem postos de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário.

Pozzebon (2017) afirma que o que se apresenta na verdade é uma multidão de encarcerados condenados à ociosidade, sem ter possibilidade alguma de ter acesso ao benefício da remissão de pena, tampouco adquirir um nível melhor de escolaridade ou mesmo aprender um ofício, que de alguma forma contribuam para sua colocação de volta na sociedade.

O trabalho de ressocialização, portanto, deve ser iniciado imediatamente após o início do cumprimento da pena pelo preso, para que ele possa obter resultados efetivos até o final da pena, pois o objetivo da ressocialização é salvar a passagem do

próprio preso, resgatando sua autoestima por meio de conselhos e condições que permitam planejar e executar projetos que tragam benefícios profissionais e que respeitem e promovam sua dignidade.

Calmon (2014) ressalta, conforme o discurso de Beccaria (2007), que é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todo os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência.

Dessa maneira, Beccaria (2007) afirma que, no Brasil, nota-se uma legislação que dá ao apenado a garantia da reinserção à sociedade através da educação, da profissionalização e de um tratamento mais humano. Contudo, na prática, o Estado não está conseguindo suprir essa demanda, posto que se pode observar as condições precárias na maioria dos presídios e, em alguns, os programas de ressocialização não conseguem ser efetivados. Assim, o trabalho de ressocialização é muito mais complexo do que parece, pois o sistema penitenciário possui altos custos e conseqüentemente o Poder Público não consegue investir de forma satisfatória para que as condições de permanência do detento nos estabelecimentos prisionais sejam munidas minimamente de condições, resultando desta forma, na insuficiência de leitos para todos os apenados.

Diante disso, é possível evidenciar que, conforme preceitua Rosa (2005) para implementar essas ações, a estrutura responsável do Departamento Estadual de Prisões (DEPEN) é a "Coordenação Geral de Reinserção Social e Educação", e tem como escopo promover a integração social de presidiários, internos e ex-presidiários, e incorporá-los ao desenvolvimento social e humano. Portanto, políticas públicas, sejam elas federais, estaduais ou municipais, por meio de ações e medidas de incentivo e investimento no tratamento dos criminosos, a ressocialização pode ser determinada como um trabalho de transformação psicossocial do criminoso e da sociedade, para que a sociedade possa devolvê-lo à sociedade e salvá-lo de cometer o crime novamente.

Assim, o objetivo primordial da ressocialização é a reintegração social, que pode ser conceituada como uma combinação de intervenções técnicas, políticas e administrativas, que devem ter efeito durante e após o cumprimento da pena ou das medidas de segurança do condenado.

Quando se estuda o sistema prisional brasileiro o ponto mais polêmico é a questão da garantia dos direitos humanos. Dalboni e Obregon (2017) evidenciam que o

fracasso do sistema penal brasileiro reflete a deterioração da vida prisional. Superlotação, abuso de drogas, abuso, violência sexual, doenças, motins, rebeliões e muitas outras questões que insultam os direitos humanos são provas. O que se observa é o fenômeno da invisibilidade pública e da humilhação social, que nega o reconhecimento da dignidade humana e exclui um grupo da sociedade.

Rocha (2011) descreve muito bem a situação da dignidade da pessoa humana dentro do sistema prisional brasileiro:

Em condições normais, ninguém deseja abrir mão da sua própria dignidade. No entanto, o indivíduo pode não saber o que está fazendo, por não ter discernimento ou conhecimento suficiente para compreender as consequências do ato, ou simplesmente estar fragilizado pelas circunstâncias ou por uma condição pessoal desfavorável. Esse seria o caso dos menores, dos deficientes, dos detentos e dos doentes terminais. (ROCHA, 2011, p.145)

Nesse sentido, Rocha (2011) também diz que quando os direitos individuais são excessivamente restritos, como no trato com presidiários, o próprio Estado ignora as capacidades dessas pessoas e ignora os direitos subjetivos delas, infringindo o direito da personalidade, que é um direito humano básico. Nesta perspectiva, o direito à integridade pessoal é inalienável e inacessível porque decorre da dignidade humana, pelo que é inaceitável qualquer comportamento que cause sofrimento ou degradação pessoal.

Posto isso, é óbvio que o ordenamento jurídico nacional contém muitos direitos básicos dos reclusos, mas a sua eficácia não tem sido observada, pois não há o cumprimento dos regulamentos normativos que garantem a qualidade do sistema prisional. Na concepção de Zafaroni (2007), a natureza do tratamento diferenciado do Estado aos prisioneiros indica que ele pretende enfraquecê-lo para negar seu *status* de detentor de direitos. Desse modo, ao negar o caráter de uma pessoa, subtrai-se a essência do homem e tudo o que o caracteriza como indivíduo racional. Preservar a integridade física e mental do prisioneiro garante seu direito à autodeterminação e permite que ele estabeleça sua própria moral.

Assim, diante do exposto e da realidade caótica que afeta o sistema prisional brasileiro e da negligência do poder público, a postura censuradora da comunidade internacional e da sociedade organizada é fundamental. É preciso reconsiderar o sistema prisional, e a ausência do Estado, garantias e insalubridade mínimas, além de recursos para readaptação e reinserção na sociedade legitimam a despersonalização dos presos e fornece evidências para o acirramento da violência e reincidência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o princípio da dignidade humana seja estipulado constitucionalmente e, portanto, considerado um princípio claro, o sistema prisional brasileiro considera esse princípio violado. Na verdade, é sabido que as condições nas prisões brasileiras são desumanas e os direitos dos presos são violados todos os dias. A gestão penitenciária é falha e está longe de atender às necessidades básicas da lei para a proteção dos presos.

Como este trabalho enfatiza, as prisões estão superlotadas e, na maioria dos casos, não há escolas, empregos ou assistência médica de qualquer tipo. As péssimas condições carcerárias só mostram a negligência do Estado na solução dos problemas carcerários. Todas essas instabilidades só vão contribuir para o aumento do índice de reincidência criminal em nosso país. É necessária a existência de tratamento e controle reforçado na penitenciária, caso contrário a residência permanente do preso na penitenciária acabará produzindo o efeito contrário ao esperado, pois se torna a era da “especialização criminal”, e o sujeito acabará por compartilhar seu conhecimento criminal com outros.

Considerando o estado atual do sistema prisional brasileiro, é importante iniciar uma discussão sobre o tema, não só para o país, mas também para a sociedade como um todo. O sistema prisional está em crise e, se isso continuar, é improvável que se recupere. Os detidos um dia retornarão à sociedade, porque não há prisão perpétua nem pena de morte, e a pena de morte só é permitida em caso de declaração de guerra.

A aplicação de penas alternativas será uma forma de tentar amenizar os problemas do sistema prisional brasileiro, devendo ser buscadas formas de efetivá-las. Dessa forma, é possível reduzir a superlotação carcerária, que é um dos maiores obstáculos para a aplicação do princípio da dignidade humana no sistema prisional. Portanto, é necessário reavaliar o que é e o que é necessário para mudar o atual sistema prisional brasileiro, a fim de dar mais atenção à implementação do princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2007.

BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210** de 11 de julho de 1984.

CALMON, Jeferson Vieira. **Análise do Processo de Ressocialização, com Foco à Reinserção do Indivíduo na Sociedade.** Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/analise-processo-ressocializacao-com-foco-a-reinsercao-individuo.htm#indice_11>. Acesso em: 24 maio 2021.

COELHO, Edmundo Campos. **Oficina do Diabo e Outros Estudos Sobre Criminalidade.** Rio de Janeiro: Record, 2015.

COSTA NETO, Nilo de Siqueira. **Sistema Penitenciário Brasileiro: A falibilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 35. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24073>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

DALBONI, Sara Posses; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **A Violação dos Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro e o Supercaso da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-165/a-violacao-de-direitos-humanos-no-sistema-prisional-brasileiro-e-o-supercaso-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/#:~:text=Ningu%C3%A9m%20deve%20ser%20submetido%20a,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano.>> Acesso em: 31 maio 2021.

ESPINA, Antonia López. **Programa Teixeira Freitas – STF – Intercâmbio Acadêmico-Jurídico.** Concentração: Cooperação Internacional. STF: Brasília, 2019.

GONÇALVES, Paula Teixeira. **A Evolução da Pena Privativa de Liberdade.** Franca – SP: Unesp, 2016.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica.** Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014.

MELO, Jordan Simonette de. **A Superlotação das Unidades Carcerárias Amazonenses: Causas, Consequências e Possíveis Soluções.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-superlotacao-das-unidades-carcerarias-amazonenses-causas-consequencias-e-possiveis-solucoes/>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

PIRES, Agnaldo Rogério. **Da Assistência ao Preso e ao Internado.** Costanze Bueno Advogados, Guarulhos, 13 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.buenoecostanze.com.br>>. Acesso em: 29 abr 2021.

POZZEBON, Fernanda S. de Souza. Aspectos da Prisionização e o Ex-Presidiário. In: **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 267-278, dezembro 2017.

ROCHA, Rafael da Silva. **Autonomia Privada e Direitos da Personalidade.** Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 145-158, abr. 2011.

ROSA, Antônio J. Feu. **Execução Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALLA, Fernando. **De Montoro a Lembo: As políticas penitenciárias em São Paulo.** In: Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1. Edição 1. 2017.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos.** São Paulo: Cengage Learning, 2011.

SHECAIRA, Sergio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e Constituição.** São Paulo: RT, 2005.

Zaffaroni, Eugênio Raul. **O Inimigo do Direito Penal.** Tradução Sérgio Lamarão (Coleção de Pensamento Criminológico). 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZANOTTO, Daiane Rodrigues; RUSSOWSKY, Íris Saraiva. **O Sistema Penitenciário Brasileiro e a Atual Ineficácia da Pena em Ressocializar os Condenados no Brasil.** 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: 06 abr. 2021.

CAPÍTULO 6

O ESTIGMA DA DECISÃO DO STF SOBRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: CONFIRMAÇÃO DE DIREITOS E NÃO BENEFÍCIOS

THE STIGMA OF THE STF DECISION ON PRISON AT SECOND INSTANCE: CONFIRMATION OF RIGHTS AND NON-BENEFITS

*Roberto Ribeiro da Fonseca Junior*¹¹
*Antônio Leonardo Amorim*¹²

Resumo: O princípio da presunção de inocência e execução antecipada da pena, após confirmada condenação em segundo grau, continua sendo objeto de debate por muitos anos, no entanto, neste trabalho foram retratados apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal consideradas como marcos responsáveis pela mudança jurisprudencial brasileira. Nessa pesquisa foram analisados os acórdãos proferidos nos: Habeas Corpus 68.726, Habeas Corpus 84.078, Habeas Corpus 126.292 e Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, de modo que, foram apresentados os argumentos utilizados pelos ministros para defender ou atacar a execução antecipada da pena, visto que o impactado disso afeta a sociedade como um todo. Diante disso, a proposta desse trabalho foi estabelecer uma conversa entre as decisões do STF, num contexto holístico, abrangendo o lado processual, extraprocessual e social da execução antecipada da pena, confirmada em segundo grau, mas pendente de recurso.

Palavras-Chave: Presunção de inocência. Execução antecipada. Direitos e garantias fundamentais.

Abstract: The principle of presumption of innocence and early execution of the sentence, after confirmed conviction in the second degree, remains the object of debate for many years, however, in this work only the decisions of the Federal Supreme Court considered as responsible for the change in Brazilian jurisprudence were portrayed. . This research analyzed the judgments rendered in: Habeas Corpus 68,726, Habeas Corpus 84,078, Habeas Corpus 126.292 and Direct Constitutional Actions 43, 44 and 54, so that the arguments used by the justices to defend or attack the early execution of the pity, as the impact of this affects society as a whole. Therefore, the proposal of this work was to establish a conversation between the decisions of the STF, in a holistic context, covering the procedural, extra-procedural and social aspects of the early execution of the sentence, confirmed in the second degree, but pending an appeal.

Keywords: Presumption of innocence. Early execution. Fundamental rights and guarantees.

11 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: roberto.ribeirofj@gmail.com.

12 Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Rede Futura de Ensino (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Público, Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021).E-mail: Leonardo.amorim@unemat.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou fazer uma análise das decisões proferidas pelo STF (Supremo Tribunal Federal), no tocante a execução antecipada da pena, após confirmação em segundo grau e sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para isso, foram objetos desta análise as decisões proferidas em 1991, 2009, 2016 e 2019, haja vista que, nelas houveram grandes mudanças jurisprudenciais acerca da temática.

Assim, levando em consideração os votos proferidos pelos ministros do STF, suas justificativas e efetividade no sistema penal, investigou-se as quantidades de pessoas enclausuradas antes e após o proferimento das decisões modificativas, no período de 2000 a 2020, de modo a verificar se estas eram permissivas ou restritivas em relação a execução antecipada da pena. As linhas investigativas acima mencionadas tem por finalidade aferir se as decisões proferidas pelo STF trouxeram ou não benefícios a sociedade brasileira, bem como se foram capazes de salvaguardar os direitos fundamentais sacramentados pela Constituição Federal de 1988, em especial o princípio da presunção de inocência.

HISTÓRICO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF

Nesta seção serão analisados os acórdãos proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal) referente ao princípio da presunção de inocência e a execução antecipada de pena. Nesse sentido, serão abordados: o HC 68.726; o HC 84.078; HC 126.292 e as ADC's 43,44 e 54, tendo em vista que cada uma delas mudou a jurisprudência brasileira em algum momento, seja num viés permissivo ou proibitivo da execução antecipada da pena.

HABEAS CORPUS N.º 68.726 (1991)

O presente remédio constitucional em comento foi impetrado em 28 de junho de 1991 por Fernando Eduardo Ayres da Mota, em benefício do paciente Marco Antônio da Fonseca Loureiro. A entidade coatora era o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, onde atuou como ministro relator Néri Silveira. De acordo com o que se detrai do julgado do HC 68.726 (1991), Marco Antônio foi condenado à pena de

4 (quatro) anos de detenção, pelos crimes do Art. 121, §§ 3º e 4º e art. 129 §§ 6º e 7º combinados com o Art. 70 código penal. Desta feita, o advogado do caso impetrou ordem de Habeas Corpus sustentando a ilegalidade da prisão, haja vista que não havia transitado em julgado o acórdão condenatório do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, que por unanimidade manteve a sentença do juízo de primeiro grau. Assim, verificou o advogado, que haviam sido violados os artigos 669 do Código de Processo Penal e 5º, inc. LVII da CF/88.

No dia da votação apenas 8 (oito) dos 11 (onze) ministros compareceram ao plenário, não impedindo a unanimidade da votação em favor da execução antecipada da pena. Em seu voto, a primeira tese arguida pelo ministro Silveira (1991, p. 4) refere-se aos efeitos dos recursos, assim aduz que:

De acordo com o § 2.º do art. 27 da lei n.º 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais.

Acerca do efeito devolutivo dos recursos, o ilustríssimo jurista Aury Lopes Junior (2020, p. 1522), aduz que:

(...) devolve total ou parcialmente o julgamento (el juicio) relativo à providência impugnada à competência funcional do juiz ou tribunal definido. Toda a impugnação produz o efeito devolutivo, mas este pode ser mais ou menos completo segundo o recurso se refira a toda decisão ou somente a alguma parte dela. (...)

Nessa toada, o ministro busca retratar que as instâncias e os recursos ordinários são responsáveis por analisar questões de relativas a fatos e provas, portanto, exaurindo-os, restariam apenas os recursos de caráter extraordinário – dotados de efeito devolutivo, logo sem força para impedir a execução da sentença proferida em primeiro grau, tendo em vista que para produzir efeitos deve ser julgada nos tribunais superiores e, somente após retornarem, estarão aptos a produzir algum efeito (SILVEIRA, 1991).

A segunda tese firmada no acórdão sustenta que a execução antecipada da pena é uma espécie de prisão preventiva. Nesse sentido, o ministro Silveira (1991, p. 5) alude que:

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu.

No entendimento do ministro, a prisão antecipada ganha a estatura de prisão preventiva, portanto necessária ao bom andamento do processo, haja vista que todas as garantias e direitos referentes a presunção de inocência haveriam sido oportunizadas perante os juízos de primeiro e segundo grau. Ademais, não prender o réu nestas condições seria colocá-lo em uma “posição de intangibilidade” (SILVEIRA, p. 5), conforme relata o parecer do Subprocurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fontenele, citado pelo ministro Silveira.

HABEAS CORPUS N.º 84.078 (2009)

O Habeas Corpus n.º 84.078/2009, foi impetrado no dia 05 de fevereiro de 2009 pelo advogado João Eduardo de Drumond Verano, em benefício do paciente: Omar Coelho Vitor e outros. A entidade coatora era o Superior Tribunal de Justiça, onde atuou como ministro relator Eros Grau. Conforme o relatório do min. Eros o paciente foi denunciado como incurso no artigo 121, § 2º, I e IV combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Em sede de Tribunal do Júri, o conselho de sentença acolheu a tese de homicídio privilegiado condenado o paciente a 3(três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, sendo corrigido para inicialmente fechado pelo Tribunal de Justiça (GRAU, 2009, p. 4).

O impetrante interpôs recursos extraordinário e especial, sendo o último admitido e processado pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça). No entanto, ante ao requerimento do Ministério Público pela prisão preventiva do acusado o juízo acolheu o pedido do parquet e ordenou a expedição de mandado de prisão em desfavor do acusado. Nessa senda, o advogado do impetrante arguiu que a prisão era ilegal, visto que não estariam presentes os requisitos da prisão cautelar, os quais, conforme alegados pelo MP (Acórdão no HC 84.078, p. 5. 2009), demonstrariam que o paciente era:

Renomado produtor de leite nas paragens da Comarca de Passos, dispondo de invejável plantel que repentinamente colocou à venda, ajustando leilão para o próximo dia 22/09/2001, onde propõe a 'Liquidação Total do Rebanho Holandês', bem como de 'Máquinas Agrícolas e Equipamentos de Leite'; daí que "... pelo vulto do patrimônio que está a disponibilizar, cotejado com o decreto condenatório confirmado em segundo grau de jurisdição, está ele a demonstrar seu intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão (Acórdão no HC 84.078, p.5. 2009).

A despeito da gritante polêmica da não execução antecipada da pena, em sede de confirmação de sentença em segundo grau, o impetrante do writ constitucional,

decidiu por não o arguir, pois acreditava na inidoneidade da prisão por acreditar na falsidade das acusações do MP (Ministério Público) frente as suas reais intenções de alienar seus bens, apenas para trocar de ramo de produção e para não dificultar a aplicação da lei penal (Acórdão no HC 84.078, 2009). Mormente, cumpre destacar que o HC (Habeas Corpus) contou com a presença dos 11 (onze) ministros do STF, onde restou vencedora, por 6 votos a 5, a proibição da execução antecipada da pena sem o devido trânsito em julgado. Ademais, 6 (seis) ministros fundamentaram sus decisões na restrição de direitos fundamentais e os outros 5 (cinco) defendiam a possibilidade de da prisão antecipada.

O ministro relator Eros Grau, após afastar a possibilidade de prisão cautelar, passa a análise da possibilidade da execução antecipada da pena, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, vejamos:

(...) a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5o. Apenas um desafeto da Constituição -- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição. (Acórdão no HC 84.078/MG, p. 18).

Do mesmo modo, o Ministro colaciona julgados proferidos STF, nos quais é vedada a execução da pena restritiva de direito sem o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vejamos:

AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs." (HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006). HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de

direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida." (HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006). "EMENTA „HABEAS CORPUS' - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO INDEFERIDO. - As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente." (HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004).

Irresignado com a maneira que o STF vinha tratando o tema desde 1991, o min. Eros Grau (STF, Acórdão HC 84.078, 2009, p. 10) analisa que sendo vedada a execução da pena restritiva de direito, antes do trânsito em julgado, o mesmo deverá ser feito com a pena restritiva de liberdade, haja vista ser mais grave. Nessa senda, em breve síntese, o voto do ministro foi no sentido de prevalecer o art. 5º, inciso LVII – presunção de inocência, combinando-o com o princípio da isonomia, pois deveriam tratar da matéria de execução, da mesma forma que tratam matérias menos urgentes como: propriedade e penas restritivas de direito, haja vista que nelas o tribunal costumava proferir decisões que garantissem o respeito ao princípio da presunção de inocência, logo por que não fazer o mesmo com penas privativas de liberdade.

Os ministros responsáveis pela defesa da presunção de inocência em detrimento da execução antecipada da pena foram: os ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Celso de Melo, Ayres Britto e Marcos Aurélio. Os ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, acreditavam na compatibilidade do Art. 5º, LVII com a execução antecipada da pena. Os principais motivos consistiam: a) na possibilidade da matéria fático-probatória somente poder ser analisada pelo juízo ordinário, mas não pelos tribunais superiores, haja vista que esse só analisa matéria atinente a direito, o efeito devolutivo dos recursos extraordinários, além da efetividade do sistema; b) Efetividade da jurisdição penal e c) tratar a execução antecipada da pena como prisão preventiva.

Apesar da oposição de brilhantes votos dos ministros permissivos, venceu a manutenção do tratamento da prisão, conforme o texto do Art. 5º, inciso LVII combinado com art. 283 do Código de Processo Penal. Isto porque os ministros do viés proibitivo, mesmo reconhecendo alguns problemas do uso da presunção de inocência no caso em comento, alegavam não ser a interpretação do STF a ferramenta de modificação da vontade expressa da constituição (STF, Acórdão no HC 84.078/2009).

HABEAS CORPUS N.º 126.292 (2016)

O Habeas Corpus n.º 126.292/SP foi impetrado no dia 17 de fevereiro de 2016 pela advogada Maria Claudia de Seixas, em benefício do paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Trata-se da entidade coatora, o relator do HC 313.021 (Min. Francisco Falcão) do Superior Tribunal de Justiça, além disso atuou como ministro relator do caso: Teori Zavascki.

Conforme o relatório do min. Teori Zavascki o paciente foi denunciado como incurso no artigo 157, § 2º, I e II do Código Penal. Assim, o paciente restou condenado a 5 (anos) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, com direito a recorrer em liberdade. Irresignada com a sentença o impetrante recorreu ao TJ de São Paulo, que negou provimento ao recurso e pediu a expedição de mandado de prisão em desfavor do acusado. Inobstante, a defesa impetrou HC mediante o voto do ministro Francisco Falcão, que na oportunidade optou pelo indeferimento da liminar avençada, vejamos a fundamentação da decisão:

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator” (STJ, Acórdão no HC 313.021, 2016).

Diante do indeferimento da liminar do HC proposto no STJ o impetrante propõe a superação da súmula 691 do ST, *in verbis*: “não compete ao supremo tribunal federal conhecer de "habeas corpus" impetrado contra decisão do relator que, em "habeas corpus" requerido a tribunal superior, indefere a liminar”, pois diante do eminente constrangimento ilegal, pois o TJ determinou a prisão do impetrante sem os critérios necessários para decretar a prisão preventiva.

Outrossim, alegava o impetrante que a prisão foi decretada” após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido

posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo”, bem como não houve o trânsito em julgado da sentença condenatória, portanto contrário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Face a estes motivos, o Ministro Teori Zavascki concedeu a liminar para suspender a prisão preventiva decretada nos autos da Apelação Criminal n.º 0009715-92.2010.8.26.02.68 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se extrai da decisão proferida pelo ministro nos autos do HC n.º 126.292/2016.

No julgamento do HC 126.292, os 11 ministros se faziam presentes, onde foi decidido por 7 votos a 4, pelo seu indeferimento, portanto estando superado o entendimento que vinha sendo empregado desde 2009 resultado do julgamento do HC 84.078 (STF, HC 126.292, 2016, p. 103).

Segundo o Ministro relator Teori Zavascki (2016, p. 15-16) os recursos extraordinários tem a função de “preservar higidez do processo”, e não analisar potencial justiça ou injustiça das decisões ordinárias, o ministro acrescenta ainda, que tal fato seria evidenciado pela necessidade de se demonstrar repercussão geral como requisito de admissibilidade do RE, onde é necessário a demonstração de relevância jurídica, político, social ou econômica.

Em consonância com o entendimento do Min. Zavascki, o Ministro Edson Fachin (2016, p. 23), aduz que a função do STF é de orientar a aplicação das normas constitucionais por meio das teses emanadas pelo tribunal e, dessa forma, garantir um estado de segurança jurídica. Com isso, o ministro Fachin procura demonstrar que não é papel do supremo revisar decisões com erros cometidos no caso concreto das instâncias ordinárias, pois as cortes superiores não analisam questões relativas a fatos.

O ministro Marco Aurélio, consternado com o rumo que a votação vinha tomando, inicia seu voto aduzindo: “Presidente, não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida do Supremo” (AURÉLIO, 2016, p. 76).

Nessa toada, o ministro reconhece que vivemos tempos de crise, pois a justiça é morosa, a densidade populacional do Brasil é grande e o sistema penal, apesar de suas falhas, deve assegurar a aplicação de pena, observando os prazos prescricionais da pretensão punitiva. No entanto, esse sistema deve funcionar respeitando os “parâmetros, princípios e valores” constitucionais, não se gerando instabilidades que que surpreendam a sociedade (AURÉLIO, 2016, p. 77).

Nessa lógica, o ministro Marco Aurélio (2016, p. 77), ressalta:

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto

constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. Não quero atrelar Vossa Excelência a qualquer das correntes, mas imagino, em termos de concepção do Direito positivo, de interpretação – que é ato de vontade, mas é ato vinculado ao Direito positivo –, o seu voto (AURÉLIO, 2016, p. 77).

Seguindo essa lógica, o voto do ministro Marco Aurélio foi no sentido de que a corte deveria ater-se a interpretação positivista do texto constitucional, logo não haveria que se falar em execução da pena sem pena definitiva (AURÉLIO, 2016, p.79).

Por seu turno, o ministro Celso de Mello traçou a linha histórica do princípio da presunção de inocência, apontando os tratados internacionais e a doutrina que norteiam a sua aplicação, de sorte que explanou acerca da importância do princípio durante a história, bem como nos dias atuais (MELO, 2016, p. 80-96).

Sobre a execução antecipada da pena, sem o devido trânsito, o Ministro Celso de Mello (2016, p. 84) assevera em seu voto que:

[...] que a **consagração constitucional da presunção de inocência** como direito fundamental *de qualquer* pessoa – **independentemente da gravidade ou da hediondez do delito** que lhe haja sido imputado – **há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado** da condenação criminal, *como uma cláusula de insuperável bloqueio* à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. (MELLO, Celso de. 2016, p. 84). Grifei.

Nessa linha, o voto do min. Celso de Mello teve por objetivo demonstrar a extrema força do princípio da presunção de inocência, bem como reforçar que a “execução prematura da sentença penal condenatória” (Mello, 2016, p.96) sem o trânsito em julgado é incompatível com o texto escupido no art. 5.º, inc. LVII da CF, que assegura o réu de ser presumido inocente.

Por derradeiro, o ministro Ricardo Lewandowski (2016, p. 97) iniciou o seu voto citando o ministro Eros Grau no HC n.º 84.078, que, em consonância com o entendimento deste, não conseguia vislumbrar como ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional que diz que presunção de inocência só para de vigorar até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, segundo o ministro isso é “absolutamente taxativo, categórico”, portanto, insuscetível de interpretação. Para complementar o seu voto o min. Celso de Mello (2016, p.98), pontua as condições do sistema penitenciário brasileiro, assim atesta o Min.:

Queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na **ADPF 347 e no RE 592.581**, que **o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido**. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num **estado de coisas inconstitucional**. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza (LEWANDOWSKI, 2016, p. 98). Grifei.

Nessa esteira, o Min. Lewandowski demonstra toda a sua estranheza com os ministros defensores da execução antecipada da pena, pois esses responsáveis por reconhecer o “estado de coisas inconstitucionais” do sistema penitenciário brasileiro na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n.º 347 e no RE (Recurso Extraordinário) 592.581 são os mesmos que votam por facilitar a entrada de pessoas nesses estabelecimentos.

Para encerrar o seu voto o ministro Lewandowski (2016, p. 102), ciente do desfecho da seção, respeitosa, atesta que: “[...] nós vamos trocar seis por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau”. Por todo exposto, o supremo por maioria e nos termos do min. Relator Dias Toffoli, denegou a ordem de habeas corpus a Marcio Rodrigues Dantas e por consequência houve a revogação da liminar concedida.

DECISÃO DO STF NAS ADC'S N.º 43,44 E 54 (2019)

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade: n.º 43, distribuída em 19/05/2016 foi proposta pelo: PEN (Parque Ecológico Nacional); n.º 44, ajuizada em 20/05/2016 foi proposta pelo CFOAB (Conselho Federal da Ordem dos Advogados) e n.º 54, proposta em 18/04/2018, foi proposta pelo PCdoB (Partido Comunista do Brasil), relatoria a cargo do Min. Marco Aurélio. Diferentemente dos HC’s apresentados até o momento, onde o enfoque se a execução antecipada da pena sem o devido trânsito em julgado feria o Art. 5º, LVII da CF/88 (princípio da presunção de inocência), os ADC’s 43,44 e 45 tinham por objetivo o reconhecimento da constitucionalidade do Art. 283 do CPP (Código de Processo Penal), vejamos:

Art. 283: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (PLANALTO, 2021).

Nessa linha, o STF enfrentou a temática da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado uma vez mais. No entanto a problemática se delineava em torno do Art. 283 do CPP, pois ele prevê 3 formas em que alguém pode ser preso no ordenamento jurídico brasileiro, sendo: a) prisão em flagrante delito, b) prisão cautelar e c) por sentença criminal transitada em julgado (BRASIL, 1941).

Assim como no art. 5, LVII da CF/88, o código de processo penal deixa claro que de maneira taxativa a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, portanto novamente este impasse foi estabelecido. O entendimento vencedor foi proposto pelos ministros: Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli (voto de minerva). Os ministros, em suma, trouxeram alguns de seus argumentos dos votos proferidos no HC 126.292 de 2016.

A ministra Rosa Weber (2019, p. 57), após relembrar os tratamentos da presunção de inocência no âmbito internacional e das constituições brasileiras, frisou que para privar a liberdade de alguém deve-se respeitar os limites semânticos de culpa da CF/88, para fins de condenação criminal, e para isso é necessário o trânsito em julgado. Enfatizou ainda que, não se deve confundir a pena prisão (após condenação com trânsito em julgado) e as prisões cautelares (prisão em flagrante, provisória e temporária).

Em seu voto, o ministro Rel. Marco Aurélio (2019, p. 29-39), traz novamente a discussão a condição precária dos sistemas carcerários e levar alguém preso injustamente, podendo ser inocente é extremamente caro a dignidade da pessoa humana, pois a liberdade restrita não pode ser retomada. Ademais, o ministro ressalta que o sistema processual deve adequar-se aos parâmetros constitucionais, logo ao entendimento taxativo do artigo 5º, inciso LVII – presunção de inocência, visto que se necessária a prisão do indivíduo o legislador pode/deve lançar mão das prisões cautelares dos artigos 312 e 319 do CPP.

O ministro Celso de Mello (2019, p. 342–417), em seu voto, considerou em seu voto a taxatividade dos dispositivos que norteiam a presunção de inocência (Art. 5.º, LVII da CF/88 e 283 do CPP), alegando que se deve ater ao texto constitucional, logo executando a pena do réu apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para ele, o supremo deve desconsiderar a opinião pública, para julgar a lide.

O Min. Gilmar Mendes (2019, 287 - 335), em mudança ao seu entendimento anterior, decidiu seguir o voto do relator Marco Aurélio, pois alega que, em que pese o direito comparado permitir a execução da pena ainda que pendente de pronunciamento de tribunais equiparados a superiores, “essa opção precisaria ser feita pelo legislador brasileiro, não pelos julgadores”, logo o supremo deveria interpretar a constituição em seus limites fixados.

O voto do ministro Lewandowski (2019, p. 248 - 256) é preciso ao retratar que o Brasil possui “17(dezessete) mil juízes para 100 (cem) milhões de ações”, portanto não haveria margem para interpretações, haja vista que o risco de erros seria muito alto. Assim, o ministro vota para que os julgamentos obedeçam a literalidade do art. 5º, inciso LVII, considerando culpado apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O voto de minerva ficou a cargo do presidente Dias Toffoli (2019 461 - 482). O ministro elucida que a decisão pela prisão não é por desejo do juiz, tampouco do povo brasileiro, logo não sendo caso de prisão cautelar (art. 312 do CPP), deverá seguir o que a lei manda, logo aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória. Toffoli salienta que, cabe ao Congresso Nacional realizar os tramites necessários para modificação da interpretação do dispositivo legal, mediante emenda à constituição

Conforme esclarece Aury Lopes Junior (2020), não somente os recursos ordinários, dotados de efeito suspensivo, podem suspender a execução antecipada da pena, mas também os Recursos Especiais (RESP’s) e Recursos Extraordinários (RE’s), portanto a partir dessa decisão a fundamentação nos efeitos dos recursos ordinários e extraordinários resta superada.

De lado diametralmente oposto, o entendimento vencido ficou a cargo dos ministros: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Os ministros permaneceram fiéis aos argumentos utilizados para autorizar a execução antecipada da pena, sem trânsito em julgado utilizados no julgamento do HC 126.292 de 2016.

Diante os fundamentos exposto, o Supremo Tribunal Federal deu provimento as ADC’s 43,44 e 54, mudando o entendimento firmado desde 2016, o qual permitia a execução antecipada da pena, confirmada em segunda instância e pendente de recurso, logo sem o devido trânsito em julgado, conforme exige os Art. 5.º inciso LXVII da CF/88 e art. 283 do CPP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira decisão a respeito da execução antecipada da pena, após confirmação da condenação em segundo grau surgiu em 1991 no julgamento do Habeas Corpus n. 68.726/1991 sob a relatoria do Ministro Néri Silveira, onde entre outros argumentos, afirmou que essa espécie de execução da pena, amolda-se a uma espécie de prisão preventiva, salienta ainda que, os recursos ordinários cabíveis já foram interpostos, restando apenas meios de impugnação que são dotados de efeito devolutivo, ou seja, não impossibilitam a execução da pena imposta.

Em 2009, o HC n.º 84.078 de 2009, sob a relatoria do ministro Eros Grau, proibiu a execução antecipada da pena, sob o argumento de que este tipo de execução vai de contra os direitos e garantias fundamentais, pois não respeita o mandamento do Art. 5.º LVII da CF/88, presunção de inocência, haja vista que é pressuposto para a prisão, não sendo cautelar, o efetivo trânsito em julgado. Em 2016, no HC 126.292/2016, os ministros da linha vencedora sustentaram que o STF (Supremo Tribunal Federal), em análise recursos extraordinários, não possui competência para discutir questões referentes a fatos, mas tão somente o mérito. Assim, o órgão julgador tem o dever de garantir a higidez processual, bem como assegurar a aplicação da lei penal e processual penal.

As ADC"s 43,44 e 45, julgadas em 2019, tinham por objetivo o reconhecimento da constitucionalidade do Art. 283 do CPP (Código de Processo Penal), pois nele ninguém poderá ser preso, senão por prisão em flagrante ou decisão fundamentada da autoridade policial em caso de prisões cautelares, não se enquadrando nesse caso a execução antecipada da pena, pendente de recurso. Assim, os ministros decidiram pelo reconhecimento da constitucionalidade do artigo e, conseqüentemente determinado a proibição da mencionada execução. Ao traçar os perfis decisórios, o presente trabalho tem teve o intuito de demonstrar a relatividade do perfil decisório dos tribunais, pois cada ministro decide baseando-se em suas percepções do que representa a atividade jurisdicional, haja vista que cada um, fundamentadamente, decide na expectativa de ajudar a sociedade a traçar o norte da justiça e pacificação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 fevereiro 2021.

BRASIL. **HC: 126.292**. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Tribunal Pleno. Publicação: 17/05/2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862866932/habeas-corpus-hc-126292-sp-sao-paulo-8620448-8920151000000/inteiro-teor-862866971?ref=serp>> Acessado em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. **HC: 68.726/DF**. Supremo Tribunal Federal. Relator: Néri Silveira. Julgamento: 28/06/1991. Tribunal Pleno. Publicação: 26/11/1992. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751798/habeas-corpus-hc-68726-df/inteiro-teor-100467989>> Acessado em: Acessado em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. **HC: 84.078**. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009. Tribunal Pleno. Publicação: 26/11/1992. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>> Acessado em: Acessado em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Requerente: Parque Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 05/10/2016. Publicação: 07/03/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381461/false> Acessado em: Acessado em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 44**. Requerente: Parque Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento: 05/10/2016. Publicação: 07/03/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381461/false>> Acessado em: Acessado em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 54**. Requerente: Parque Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 05/10/2016. Publicação: 07/03/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>> Acessado em: Acessado em: 18 de maio de 2021.

CAPÍTULO 7

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO E A VALIDADE DA PROVA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE INVIOABILITY OF HOME AND THE VALIDITY OF THE EVIDENCE: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF THE ARREST IN FLAGRANTE DELICTO IN THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING

*Jheneffer França de Morais Oliveira*¹³

*Anderson Rocha Rodrigues*¹⁴

Resumo: Este artigo analisa a garantia constitucional de inviolabilidade domiciliar e seus limites, com foco voltado ao caso da prisão em flagrante delito no crime de tráfico de drogas e a legitimação das provas colhidas. Cuida-se de estudo de cunho bibliográfico com base no julgado do Superior Tribunal de Justiça HC 598.051 acerca dos procedimentos que deverão ser adotados pelos agentes incumbidos pela segurança pública. Concluiu-se que é necessário o aperfeiçoamento da atuação policial e a prevenção de violação da garantia individual.

Palavras-Chave: Inviolabilidade de Domicílio. Flagrante Delito. Crime Permanente. Prova Ilícita

Abstract: This article analyzes the constitutional guarantee of home inviolability and its limits, focusing on the case of prison in flagrante delicto in the crime of drug trafficking and the legitimacy of the evidence collected. This is a bibliographic study based on the judgment of the Superior Court of Justice HC 598,051 about the procedures that should be adopted by the agents in charge of public security. Concluded that it is necessary to improve police action and prevent breaches of individual guarantees.

Keywords: Inviolability of Domicile. Flagrante Delicto. Permanent Crime - Illicit Evidence.

INTRODUÇÃO

Nossa Carta Magna garante a todo cidadão que a casa é asilo inviolável, entretanto essa garantia não é absoluta, visto que há exceções estabelecidas no próprio texto constitucional, em que terceiros podem adentrar em morada alheia sem a autorização do morador..

¹³ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso, email: Jheneffermorais@gmail.com.

¹⁴ Mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, RJ. Professor de Crime e Sociedade, Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Miguel Pereira, Professor contrato temporário na UNEMAT. E-mail: profandersonrocharodrigues@gmail.com

Nas situações de ingresso em domicílio alheio em caso de flagrante delito, e sem ordem judicial prévia, os tribunais superiores já foram provocados em diversas oportunidades, a fim de esclarecer o sentido do dispositivo constitucional e delimitar o que configuraria justa causa para tornar legítimo o ato invasivo e em quais situações poderá ser admitida a relativização do direito em apreço.

O presente trabalho tem por finalidade analisar o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio e a proibição do aproveitamento de provas ilícitas, sob a ótica das situações em que envolvem a prisão em flagrante nos crimes de tráfico de entorpecentes, por conseguinte evidenciará a extensão da proteção do direito fundamental em questão e os limites de atuação da autoridade policial.

Com efeito, para a pesquisa foram utilizadas fontes bibliográficas e documentais, tais como, doutrinas, artigos, decisões jurisprudenciais, legislações e principalmente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. O método utilizado na pesquisa fora o dedutivo, analisando todas as bibliografias citadas e com base nos entendimentos diversos, acerca do assunto aliada à minuciosa análise jurisprudencial.

Por conseguinte, se verá que esse tema será abordado em três tópicos. O primeiro tópico destinará a apresentar a definição e principais características da garantia fundamental da inviolabilidade domiciliar, bem como seus limites e relativização. No último tópico, será analisada as decisões jurisprudenciais com intuito de verificar o alcance da persecução penal do Estado e mitigação das garantias fundamentais dos indivíduos, nos crimes de mercancia de drogas.

A INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM DIREITO (NÃO) ABSOLUTO

O texto constitucional tratou da inviolabilidade e de suas exceções no art. 5º, inciso XI:

Art. 5º [...]

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Como primeira questão a ser pormenorizada é a indagação do que se entende por casa. Segundo Padilha (2020) o conceito do termo “casa” já foi diversas vezes alterado, sendo que atualmente, “casa é qualquer compartimento privado, não aberto ao público, onde a pessoa exerça sua profissão ou utilize como moradia.”

De acordo com Moraes (2021) considera-se domicílio, no sentido constitucional, “todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito. O autor enfatiza que a inviolabilidade domiciliar é uma das mais importantes garantias individuais de uma sociedade, visto que abarca a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não pode ceder, salvo excepcionalmente, à persecução penal ou tributária do Estado.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a proteção domiciliar, nestes termos: “2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

Do mesmo modo, o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, também tal garantia “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

Assim como os demais direitos fundamentais, a inviolabilidade domiciliar é relativa, aliás, a própria Constituição estabelece os principais parâmetros de limitação desse direito, permitindo que a autoridade estatal adentre no domicílio alheio sem consentimento.

As limitações consagradas no texto constitucional, previstas no artigo 5º, XI, são: o consentimento do morador, flagrante delito, desastre, prestar socorro, mediante mandado judicial, durante o dia, as quais serão pormenorizadas a seguir.

Havendo o consentimento legítimo e prévio do morador, a autoridade poderá ingressar na casa sem mandado judicial. Martins (2020) explica que caso haja mais de um morador, deve haver consentimento por ambos, sob pena de violação de direito fundamento do morador que opinou em sentido contrário, ressalta-se que o consentimento pode ser dado em qualquer horário.

Uma das exceções à regra da inviolabilidade de domicílio, independente de horário é na ocorrência de flagrante delito. Capez (2021, p. 331) ensina que o termo “flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo.”

Capez (2021) assevera que nos crimes permanentes, o agente estará em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (art. 303 do CPP), um exemplo desse crime é o sequestro, no qual o momento consumativo se protraí no tempo e, a todo

instante, será possível efetivar o flagrante, enquanto a vítima permanecer em poder dos sequestradores.

Entram no bojo das exceções, no qual se pode ingressar no asilo inviolável os casos de desastre e para a prestação de socorro, ou seja, em caráter emergencial, independente de horário. Martins (2011) pontua que o desastre abrange eventos de natureza catastrófica, ou seja, pode ocorrer por causas naturais, como enchente, desabamento, etc. ou por incidentes quaisquer como incêndio, etc.. Da mesma forma, para prestar socorro, não viola o direito fundamental.

No tocante a determinação judicial, verifica-se que trata-se de reserva de jurisdição, ou seja, nenhuma outra autoridade poderá decretar a medida, como delegado, Ministério Público e Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) (MARTINS, 2020). Outrossim, o art. 5º, XI, determina que o mandado deve ser cumprido durante o dia. Segundo Martins (2021) a posição majoritariamente admitida é dia é o período que vai das 6:00 às 18:00, ressalta-se que tal horário é o momento que deve iniciar o cumprimento do mandado e não horário da conclusão.

Diante do exposto, denota-se que o asilo inviolável garantido pela Constituição Federal é limitado e possui exceções que devem ser observados, caso contrário, incorre em pena de detenção, ou sendo agente estatal sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal.

BUSCA E APREENSÃO NO TRÁFICO DE DROGAS: ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Conforme alhures mencionado a Constituição Federal estabelece que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Os crimes de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito ou permitido são crimes de natureza permanente, o que autoriza, quando observado o estado de flagrância, a incursão policial em domicílio sem mandado de busca e apreensão. Imperioso lembrar que o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão.

Sob tais considerações, o Ministro Rogério Schietti Cruz ao julgar o REsp n. 1.574.681/RS (DJe 30/5/2017), asseverou a necessidade do aperfeiçoamento do entendimento supramencionado, “dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se pudesse perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável.”

O tráfico de drogas é regido pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a qual revogou, expressamente, as anteriores, Leis nº 6.368/76 e 10.409/02. O crime de tráfico de drogas encontra-se insculpido no artigo 33 desta lei especial, punindo o indivíduo que transgredir o dispositivo legal com pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Vale aqui lembrar a definição de crime permanente, segundo Masson (2014, p. 200) “são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo, por vontade do agente. O ordenamento jurídico é agredido reiteradamente, razão pela qual a prisão em flagrante é cabível a qualquer momento enquanto durar a situação de ilicitude”.

Consabido, somente o caráter permanente do crime não autoriza a violação do direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, é necessário que o flagrante esteja configurado com sob fundadas razões, conforme decisão de Supremo Tribunal Federal. As excepcionalidades dessa garantia constitucional devem ser respeitadas, caso contrário, a consequência resultante do desatendimento dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal é que prova obtida deve ser considerada como irremediavelmente contaminada e ilícita, o que inadmissível no ordenamento pátrio.

De acordo com a Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), incorrerá nas penas de um a quatro anos de detenção e multa quem invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei, a teor do artigo 22 da legislação citada. Outrossim, incidem nas mesmas penas o indivíduo que proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito, consoante artigo 25 da Lei 13869/2019.

O Código de Processo Penal vigente no Brasil trata da busca e da apreensão no Capítulo XI, do Título “Da Prova”. Cuida-se de medida de natureza eminentemente cautelar, sendo também excepcional visto que implica na quebra da inviolabilidade do acusado ou de terceiros, quanto no tocante inviolabilidade domiciliar. Desse modo

somente quando fundadas razões, ou seja, estando presentes a urgência e à necessidade da medida, é que se poderá conceder a busca e apreensão (PACELLI, 2020).

Importante salientar que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis, no processo conforme garante o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, entendendo-as como aquelas colhidas em infringência às normas do direito material (por exemplo, por meio de tortura psíquica, quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico sem ordem judicial devidamente fundamentada), configurando-se importante garantia em relação à ação persecutória do Estado (MORAES, 2020, p.128).

Martins (2020) leciona que as provas ilícitas não podem ser introduzidas no processo, e, caso sejam, deverão ser desentranhadas e destruídas, conforme determina o art. 157, caput e § 3º, do Código de Processo Penal. O autor esclarece que a introdução da prova ilícita no processo não gera nulidade, em regra, mas a consequência imediata da introdução da prova ilícita no processo será o desentranhamento, todavia caso a única prova do processo seja a prova ilícita, o seu desentranhamento gerará nulidade, por falta de justa causa.

Imperioso salientar que a vedação das provas ilícitas tem sido atenuada pela doutrina constitucional, com fundamento no princípio da proporcionalidade, a qual prevê hipóteses em que as provas ilícitas poderão ser utilizadas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, visto que nenhuma liberdade pública é absoluta. “Na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência” (MORAES, 2020, p.130).

No dia 02 (dois) de março de 2021, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com base no precedente firmado pela Sexta Turma no HC 598.051, ratificou entendimento de que cabe ao Estado demonstrar o consentimento expresso do morador para a entrada da polícia em sua casa, quando não houver mandado judicial.

O caso julgado no referido recurso foi exatamente o seguinte: o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais multa, com a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33, caput e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, posto que tinha em depósito e guardava, para fins de comércio, 72 invólucros plásticos de maconha, pesando, ao todo, 109,9 gramas.

Consta na denúncia que o denunciado se encontrava em atitude suspeita, desviando-se da viatura policial após fitá-la, os policiais decidiram abordá-lo e na busca

peçoal nada foi encontrado. Entretanto, os agentes lograram êxito em encontrar entorpecentes na residência do denunciado, o qual supostamente teria franqueado a entrada dos policiais no local, o que restou refutado pelo réu.

Por ocasião do julgamento supramencionado, Ministro Rogério Schietti Cruz demonstrou preocupação quanto à mitigação da garantia constitucional do indivíduo frente arbitrariedade e abusos de agentes estatais, devido estarmos inseridos em país com gritante desigualdade social e policial, acarretando um policiamento ostensivo, o qual se concentra em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos.

Em casos que envolvem traficância é comum a usual afirmação de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para busca domiciliar, quando o agente está desacompanhado de ordem judicial, por isso o Ministro entendeu que além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), deve ser registrada mediante vídeo e áudio, sem espaço para dúvidas quanto a legalidade da ação estatal como um todo e quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.

Importante trazeremos a discussão os apontamentos de Aury Lopes Junior (2020) sobre a temática. Segundo o autor deve ser considerado viciado o consentimento supostamente dado pelo suspeito nas situações em flagrante delito e que o indivíduo é conduzido até sua casa, em virtude da força de intimidação ambiental e situacional. Outra linha de argumentação apresentado pelo autor diz respeito a ausência de previsão legal de busca domiciliar ante o suposto consentimento do suspeito, tendo em vista que obtida por meio de constrangimento ilegal.

Para o autor, em pese a legislação autorizar o ingresso dos agentes policiais na residência em casos de flagrante delito, a questão é como os policiais saberão se realmente está acontecendo um crime de natureza permanente no local. Nesse sentido autor assevera que:

[...] somente quando presente essa “previa visibilidade” é que está autorizada a busca domiciliar sem mandado judicial, e legitimada pelo flagrante delito previsto no art. 5º, XI da CF. Nos demais casos, em que não existe prévia visibilidade e apenas após o ingresso na residência é que a autoridade policial consegue buscar e encontrar a substância ou armas, é necessário o mandado judicial de busca e apreensão. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 563)

Com efeito, o autor prepondera que não existe flagrante permanente imaginado, portanto o flagrante deve ser identificado antes à violação do direito, não podendo concordar com a mera alegação de “fundadas suspeitas”.

Para STJ a “providência resultará na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado” (HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021).

No referido julgamento, o Ministro enfatizou que, não basta que autoridade policial tenha mera desconfiança de atual ou iminente cometimento de crime no local, mediante a fuga de indivíduo durante ronda policial, é extremamente importante que haja fundadas razões, com lastro em circunstâncias objetivas.

Em síntese, o Ministro Rogério Schietti Cruz entendeu que o ingresso no domicílio do suspeito, ausente ordem judicial, necessita de fundadas razões justificadas de modo objetivo, indicando que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, e em casos situações de urgência, quando se possa concluir que o atraso obtenção de mandado judicial, acarretará na destruição ou ocultação da prova. Estabeleceu, ainda, que deverá o consentimento do morador, validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação, sendo necessária declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, sempre que possível, deverá ter testemunhas no ato. Ademais a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, caso contrário resultará na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem sem prejuízo de eventual responsabilização penal do agente público que tenha realizado a diligência.

Recentemente, mais precisamente no dia 18 (dezoito) de maio de 2021, ocorreu o julgamento do Habeas Corpus 655.637/SP, também pelo Superior Tribunal de Justiça, em que houve o trancamento de uma ação penal, em que evidenciou-se a violação de domicílio, visto que sem mandado judicial e sem fundadas razões, alegando que a produção de prova foi adquirida ilicitamente.

Conforme relatório do julgamento do recurso especial, o Ministro Rogério Schietti Cruz verificou que não houve prévia notícia do armazenamento de drogas na residência, tampouco não foi realizada investigação policial, monitoramento ou

campanas no local para verificar o eventual comércio ilícito de entorpecentes, portanto ausentes os elementos objetivos e racionais que motivassem a invasão de domicílio.

Com efeito o que se observa nas decisões acima elencada é que o requisito autorizador para os servidores da segurança pública deve ser compreendido dentro das balizas delimitadoras. Ambos os casos verificam que as provas colididas nos autos que fundamentaram a peça inicial acusatória, foram consideradas nulas, resultando o édito absolutório de uma e o trancamento da ação penal em outro.

Muito embora o crime de tráfico de drogas tenha caráter permanente, somente dispensará a presença de mandado judicial para ingresso domiciliar, desde que existam elementos suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a ocorrência de situação flagrante. Todavia as fundadas razões devem ser avaliadas antes, e não ser justificadas depois de lograr êxito em encontrar entorpecentes na residência do denunciado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como finalidade abordar sobre a legitimidade do procedimento policial que, ao entrar no interior da residência de determinado indivíduo, sem seu consentimento válido e sem autorização judicial, logra êxito em encontrar e apreender drogas, configurando assim a prática do crime de tráfico de entorpecentes.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 603.616/RO conferia ao servidor da segurança pública discricionariiedade para, com base na mera capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém, para então verificar a existência de entorpecentes no local, notadamente eram necessários limites para que a medida fosse tolerável.

No entanto a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a ausência de justificativas e de elementos seguros para o ingresso de agentes públicos fere o direito à privacidade e à inviolabilidade do domiciliar. Nesse sentido as provas obtidas ilicitamente por meio de violação de norma constitucionais, não possuem condão para condenação, e devem ser desentranhadas dos processos.

A decisão do julgamento do HC 598.051/SP o Ministro Rogerio Schietti Cruz apresentou novas diretrizes para o trabalho da polícia, que além das fundadas razões e a comprovação de urgência para adentrar na residência de um suspeito em estado de flagrância, deverá obter o consentimento do morador com declaração assinada pela

pessoa que autorizou, sendo ainda a operação registrada em áudio-vídeo, caso contrário as provas obtidas serão nulas, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do agente público que tenha realizado a diligência.

De modo que, possibilitou refletir acerca da necessidade de se restrições a ingerência do Estado nas liberdades dos seres humanos, a fim de evitar o abuso e a invasão da esfera de ação reservada aos indivíduos, portanto, se há exceções a garantia constitucional deve-se ter limites a tais exceções.

Por óbvio, tais alterações demandam não apenas capacitação dos policiais, que deverão se adequar de maneira a não tornar as provas nulas e nem ferir garantia constitucional. Verifica-se duas vertentes de um lado a segurança pública que é dever do Estado em prol da coletividade e de outro a garantia constitucional do indivíduo. Todavia, o fracasso da primeira não pode ser justificativo para diminuir os direitos duramente conquistados ao longo do tempo.

Por todo exposto, podemos concluir que a informação acerca de eventual traficância praticada pelo suspeito, por meio de denúncia anônima, bem como a quando o indivíduo em situação suspeita o qual empreende fuga ao avistar a guarnição policial, não caracteriza fundadas razões para o agente policial viole a garantia constitucional, mas são indícios suficientes para investigação da conduta, portanto os fins não justificam os meios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad**; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC 598.051/SP. Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021).

Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117457915&num_registro=202001762449&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 01 jun.2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC 608.405/PE**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 14/04/2021)

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

Convenção Europeia de Direitos dos Homens. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em 15 abr. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619047/cfi/3!/4/4@0.00:4.67>. Acesso em 02 de jul. 2021.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo : Saraiva, 2016.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte 1. Vol.1.8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MORAES, Alexandre de, 1968- **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; São Paulo: MÉTODO, 2019.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

CAPÍTULO 8

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA SOB O PRISMA DO PROVIMENTO N. 188 DE 2018 DO CONSELHO NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL- OAB

DEFENSIVE RESEARCH UNDER THE PRISM OF PROVISION N. 188 OF 2018 OF THE NATIONAL COUNCIL OF THE ORDER OF LAWYERS OF BRAZIL - OAB

*Gustavo Barbosa*¹⁵
*Paulo Eduardo Elias Bernacchi*¹⁶

Resumo: O presente trabalho surge com a necessidade de questionar sobre a implementação da Advocacia Defensiva no Brasil, que teve por marco normativo o Provimento 188/2018 do Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, seria legal e atenderia os critérios de constitucionalidade, sobretudo comparado com o sistema de investigação policial adotado pelo Código de Processo Penal de 1941. Essa investigação a cargo do advogado e com o auxílio de outros profissionais busca atender o investigado, proporcionando uma defesa mais efetiva, na verdadeira busca entre a paridade de armas. Dessa forma, ante as inovações e tudo quanto já se tinha norma, faz-se a discussão sobre a Advocacia Defensiva, sua importância e seus impactos jurídicos.

Palavras-Chave: Advocacia Defensiva; Investigação Preliminar; Paridade de Armas

Abstract: The present work arises from the need to question the implementation of Defensive Advocacy in Brazil, which had as a normative framework Provision 188/2018 of the National Council of the Brazilian Bar Association, would be legal and would meet the constitutionality criteria, especially compared to the police investigation system adopted by the Code of Criminal Procedure of 1941. This investigation by the lawyer and with the help of other professionals seeks to assist the investigated, providing a more effective defense, in the true search for weapons parity. Thus, in view of the innovations and everything that was already in place, the discussion about Defensive Advocacy, its importance and its legal impacts takes place.

Keywords: Defensive Advocacy. Preliminary Investigation. Arms Parity.

¹⁵ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso, e-mail: gusstavobarbosa@gmail.com.

¹⁶ Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis/RJ (2017) - Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito com área de concentração única em JUSTIÇA, PROCESSO E DIREITOS HUMANOS, na linha de pesquisa Processo e efetivação da justiça e dos direitos humanos. MBA em LLM Direito Corporativo pelo IBMEC-RJ (2006-2007). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2005). Membro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) na Turma de Ética e Disciplina (TED) e membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB/RJ (2018/2021). Atualmente é advogado.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise crítica do provimento exarado pelo Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Prov. 188 de 2018) que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

O processo penal brasileiro compreende a disciplina de todas as fases que envolvem o poder punitivo do Estado. Diante disso, desde o inquérito policial até a execução da pena, os procedimentos são disciplinados em lei, com observância de princípios e garantias constitucionais.

Pretende-se demonstrar a evolução do Direito Processual Penal com a inclusão de normas de caráter social, oriundas de uma profunda transformação social, econômica e política desencadeada com o foco cada vez maior na política criminal voltada para a segurança pública.

Neste contexto, importa ainda destacar o papel imprescindível da Constituição Federal em consolidar os principais direitos e garantias fundamentais da pessoa, refletindo diretamente em garantias processuais e com elas, o limite do poder punitivo do Estado, pautando-se em um processo justo, legal e razoável.

Para tanto, utiliza-se da pesquisa bibliográfica como fonte primordial para formulação do entendimento aqui apresentado, levando em consideração as produções anteriores acerca do tema. Uma vez que, através desta apontamos as respostas dos questionamentos levantados no projeto, por meio do método qualitativo que nos permitirá ir além da comparação, demonstrando as possibilidades de sucesso na implementação do instituto no direito brasileiro, sempre observado pela ótica constitucional e legal dentro das atribuições dispensadas aos que atuaram na área.

Desse modo, conjuga-se a leitura de artigos acadêmicos, doutrina, jurisprudência, legislação e demais materiais impressos e digitais, para comprovar as hipóteses levantadas de que o conflito pode ser solucionado a partir do equilíbrio proporcional entre os interesses protegidos pelos princípios fundamentais, bem como, o respeito aos limites impostos ao Estado, sobretudo em relação à indisponibilidade de direitos essenciais.

Dessa forma, enquanto a legislação cuida de disciplinar a ordem, cabe ao conhecimento efetivá-lo como mecanismos de materialização dos direitos, pois, em termos de procedimentos que refletem diretamente na maneira como o Estado admite a

persecução penal, devem atentar-se as demais relações jurídicas. Assim, possível avaliar como os institutos aqui investigados produz efeito no mundo prático, no que diz respeito a garantir a segurança jurídica e efetividade dos bens jurídicos tutelados.

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

O sistema processual brasileiro privilegia o inquérito policial como um mecanismo capaz de recolher indícios de materialidade e autoria suficientes para fundamentar uma denúncia. Todavia, o inquérito policial é procedimento administrativo cuja função não é indispensável para a propositura da ação se os elementos da justa causa forem reunidos por outro procedimento de investigação.

Diante disso, a persecução penal brasileira possui duas fases distintas, a primeira conhecida como pré-processual e a segunda como fase processual. O inquérito policial apresenta-se como a principal espécie do gênero investigação pré-processual, exercida pelas polícias judiciárias, sendo este o meio de investigação mais utilizado no direito pátrio (LOPES JR, 2018).

Outros meios de investigação são permitidos em nosso ordenamento, como exemplo, comissões parlamentares de inquérito, procedimento investigatório criminal, sindicâncias, entre outros. Estes, efetuados sempre por órgãos estatais. Principalmente por força do artigo 4º do Código de Processo Penal (Decreto Lei 3.689 de 1941).

A palavra investigação preliminar remete a uma forma comum a pensar no inquérito policial, mas não está presa somente a este. Apesar de que a expressão instrução preliminar se mostra mais apropriada a esse gênero do qual o inquérito policial é uma espécie, por força do costume e da devida adequação a bibliografia base adotada, o termo referente à instrução preliminar será apresentado também como investigação preliminar.

Ademais, a busca sobre os assuntos concernentes à esfera processual penal, ou seja, a responsabilidade em aprofundar nos procedimentos administrativos que buscam esclarecer fatos delituosos com a pretensão de ensejar ou não a propositura de uma ação penal, leva de fato ao encontro com maior representante do gênero: o inquérito policial.

ASPECTOS GERIAS DO INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO

Por esse caminho o código de Direito Processual Penal se fez vigente até os dias atuais, apesar das reformas sofridas e da leitura constitucional exigida em sua interpretação após o advento do texto constitucional de 1988.

Cabe ressaltar que do início da vigência até hoje, a reforma mais preponderante no tocante ao inquérito foi à recente lei 13.964/2019, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, e ficou conhecido com o nome popular de “pacote anticrime”.

A base legal da investigação preliminar, propriamente dita, tem o Título II do Código de Processo Penal de 1941 (artigos 4º- 28) como principal fundamento. Estes já direcionam ao inquérito presidido pela autoridade policial, determinando legalmente o tipo de investigação adotada no Brasil, os órgãos competentes (polícias judiciárias), a forma de instauração diante do tipo de ação, os procedimentos e métodos a serem utilizados, os prazos (variáveis por meio de legislação extravagante), formas de arquivamento, entre outros atos concernentes aos procedimentos.

Vale ressaltar que a alteração oriunda do “Pacote Anticrime” afetou esta concepção estrutural do inquérito com a inserção de artigos no Título I (3-A ao 3-F) possuindo como o ponto mais relevante a criação da figura do juiz das garantias.

No entanto, a aplicação dos referidos artigos está suspensa por determinação do STF, que a prorrogou pelo prazo de 180 dias contados a partir da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF julgada no dia 15 de janeiro de 2020.

Dado à inovação legal somada a suspensão da aplicabilidade dos artigos citados, atualmente a fase de investigação ainda segue os critérios anteriores a vigência da lei 13.964/2019.

PARIDADE DE ARMAS

Nossa Constituição de 1988 traz em seu bojo de garantias fundamentais o direito à ampla defesa e ao contraditório, expressos no art. 5º LV, de nossa Carta Maior. Esses direitos inerentes do Estado Democrático de Direito, estão postos como direitos ao acusado (investigado), como garantias jurídicas de respeito a sua condição de hipossuficiência perante aos órgãos da persecução estatal. Um está diretamente ligado ao outro e se manifestam mutuamente e com interdependência.

Partindo disso, e sistematizando nossa compreensão constitucional, consolida-se que nossa Constituição determina como sistema processual brasileiro o Sistema acusatório.

Apesar de não prever nossa Constituição, ao menos não expressamente, a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Não restam dúvidas nenhuma que temos sua consagração, não decorrente da “lei”, mas da interpretação sistemática do texto constitucional.

Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. Para, além disso, possui ainda nossa Constituição uma série de regras que desenha a concepção deste modelo democrático. (LOPES. 2018. p.93)

Baseado nisso, e avaliando os demais direitos processuais penais, como exemplo: Presunção de Inocência, Motivação das Decisões Judiciais, Juiz e Promotor Natural, Duplo Grau de Jurisdição, dentre diversos outros, pode-se afirmar que o modelo acusatório tem aderência a preservar as garantias fundamentais constitucionais.

Assim, o sistema jurídico brasileiro, remodelado pela Constituição de 1988, possui o “espírito” de resguardar as garantias devidas ao sujeito passivo da relação processual penal, que em homenagem ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana devem ser respeitados em toda sua abrangência.

Assim, o sistema acusatório (implícito no texto constitucional), determina expressamente no artigo 129, I, CF/1988, o Ministério Público como titular das Ações Penais públicas (regra entre as ações penais), além de outros deveres e garantias, no sentido de proporcionar ao órgão a autonomia e responsabilidades devidas, de fato que não podemos negar de sua importância como um dos pilares do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Expostos esses fatos e informações, temos de um lado da relação jurídica o Ministério Público, órgão acusador, fiscal externo das atividades policiais (129, VII), e reconhecido poder de dirigir as investigações.

Por outro lado, o investigado/acusado, que conta com a defesa técnica (obrigatória, 261, CPP), e essa exercida pela defensoria pública (art. 134, CF/1988), para aqueles que não possam custear a defesa ou pelo advogado, ambos gozam de

prerrogativas e deveres para que de maneira eficaz possa proporcionar ao imputado a garantia aos seus direitos diante a busca punitiva estatal.

Dado os nomes dos personagens dessa relação, cabe analisar as garantias constitucionais e as missões do direito processual penal, sob as quais se pode compreender os trâmites e deslindes do processo.

Nesta lógica, há que se destacar que na ação penal a relação entre acusação, defesa e julgador é definida pela Constituição Federal que atribui as funções que cada parte desenvolve ao longo da ação.

Diante disso, há que se considerar as disposições contidas na Constituição que: “Art.127. 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”. (BRASIL.1988).

Não obstante, a figura do defensor é trazida pelo legislador constituinte: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. (BRASIL.1988).

Assim, estariam os dois em paridade de armas no processo penal? Nesse sentido, levando em consideração a mitigação do contraditório e da ampla defesa na fase investigatória, a OAB se posicionou com o fim de normatizar a atividade da advocacia, bem como sua participação em prol de uma defesa técnica de maior abrangência.

PROVIMENTO N. 188 DE 2018 DO CONSELHO NACIONAL DA OAB

O exercício da advocacia foi alçado como função essencial à justiça pelo texto constitucional de 1988. Dessa maneira, cumpre destacar que, para além da profissão, a institucionalização da carreira do advogado obedece a vontade constitucional sobre a concretização da justiça e defesa dos direitos da pessoa.

Além da atribuição constitucional, ainda possui como suporte aos seus atos e prerrogativas a Lei 8.906/1994, mais conhecida como Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil- EOAB, em seu texto, sobretudo nos artigos 6º, 7º, 7º-A e 7º-B, preceituam as prerrogativas funcionais dos causídicos, que no Brasil, dependem de inscrição na OAB para ter o título e exercer a advocacia.

O EAOAB, e demais provimentos do CFOAB, sobre a atuação do advogado na seara investigativa, surge como meio de mitigar/findar com a exclusão do advogado nessa fase. Inclusive sobre o tema já decidiu o STF sobre a aplicação da norma

infraconstitucional, como decisão proferida no RG RE: 769254/SP de Relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, julgado em 2014.

Com isso, se evidência que o caminho do provimento já havia sido percorrido por discussões pretéritas a sua edição, rebatendo assim as críticas levantadas pelos discordantes ao conteúdo do provimento.

ADVOCACIA DEFENSIVA

O Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil regulamentou o exercício de atividades investigatórias em procedimentos administrativos e judiciais pelo advogado.

Neste prisma, a advocacia defensiva é definida no artigo primeiro do provimento como sendo:

[...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte. (BRASIL. 2018)

Não obstante, o Provimento estrutura a finalidade da advocacia defensiva, sobretudo flexionando a atuação do profissional advogado no exercício da profissão artigo 3º do provimento, bem como o artigo 4º que define, por conseguinte, a atuação, ou melhor, os meios que podem ser empregados.

De acordo com a norma é de importância inegável que os advogados participem ativamente em procedimentos investigatórios, sejam administrativos ou judiciais, como garantia da ampla defesa e contraditório de maneira equivalente entre as partes da ação penal.

Contemporâneo ao provimento surge também o pacote anticrime que desnuda mais ainda essa preocupação, mais clara ainda na criação do juiz de garantias, pois visa justamente revestir a fase do inquérito de características do sistema acusatório, como demonstrado na Lei 13.964/2019.

Nesse sentido de modernização do direito processual penal, em busca de passar pelo filtro constitucional, mais condizente com o momento jurídico contemporâneo, o que vai de encontro com a proposta do CFOA.

Viabilidade Jurídica

A oficialidade do inquérito policial justifica a ideia proposta pelo provimento, pois a advocacia defensiva atua/atuaria justamente de forma paralela a investigação oficial. Podendo o advogado produzir provas e juntá-las ao processo penal com mais autonomia do que a forma atual.

De modo que a discussão toma força no Brasil através da atuação de alguns advogados, em especial do Dr. Gabriel Bulhões que lutou junto ao Conselho Federal da Ordem para colocar em pauta o assunto. Seu discurso gira em torno do principal ponto de relevância do instituto, o princípio da paridade de armas, ou seja, igualdade material entre acusação e defesa. Vejamos assim nas palavras do advogado:

Confere-se, assim, maior ressonância aos anseios da advocacia e dos próprios cidadãos que garantem seus direitos através dos seus advogados, pois se **oferecem mais condições materiais para o advogado instrumentalizar**, do ponto de vista probatório, **as suas teses e pleitos**. (BULHÕES, 2019, p. 1) **(grifo nosso)**

Frisa-se que o principal objetivo a ser perquirido é a igualdade material, ela dentro de toda sua extensão pode garantir ao defendido, uma qualidade técnica do trabalho advocatício, permitindo ao investigado, melhores possibilidades de defesa.

Contudo, ainda não existia regulamentação para uma atuação mais ativa do causídico durante a fase inquisitorial. Surge então a publicação no dia 31 de dezembro de 2018 do provimento 188/2018 do Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, regulamentando a atuação de seus membros na denominada advocacia defensiva. Mostra-se pertinente destacar aqui, que o texto não apresenta novidades legislativas, mas orienta as práticas dos advogados dentro da produção de um inquérito defensivo.

Diante do provimento e comparando-o com o inquérito oficial, surgem questionamentos quanto a sua validade jurídica e adequação ao texto constitucional, em especial ao artigo 144 da Constituição Federal, que atribui às competências aos órgãos da segurança pública.

Consubstanciando a validade jurídica do provimento e da sua repercussão no ordenamento pátrio, a base teórica oferecida por trabalhos como este vem a contribuir com o enriquecimento do tema. De maneira a oferecer substrato para as discussões futuras e fortalecimento na implementação da ideia dentro da própria categoria, apresentando-se como uma nova opção para atuação dos profissionais do direito.

Nota-se ainda que ante a ausência da normatização estatal, a OAB buscou dentro das ferramentas processuais e constitucionais já existentes a formulação normativa da advocacia defensiva, nos termos do provimento 188/2018.

Neste giro, em explicação a presente permissividade legal da investigação à cargo do advogado e seus assistentes, temos a abordagem feita por Alexandre Moraes da Rosa, Aury Lopes Jr. e Gabriel Bulhões em artigo publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico*:

Uma preocupação presente em todo o texto do Provimento 188/2018-CFOAB foi o rígido controle para que não houvesse qualquer inovação do ponto de vista legal. Esse é um ponto nodal. Mas, sem dúvida, outros passos importantes precisam ser dados, a exemplo: i) da criação de manuais deontológicos e de boas práticas profissionais; ii) de certificação específica para formação da advocacia investigativa; e, principalmente, iii) da edição de uma lei que sedimente e amplie as prerrogativas da advocacia a partir da visão da investigação defensiva. E mesmo assim não se impede o avanço do tema, pois com as reflexões acerca destes e muitos outros pontos é que virá a maturidade da classe e da sociedade. (BULHÕES, LOPES e MORAIS DA ROSA. 2019).

Essa estrutura proposta pelos autores, busca acima de tudo, além da base legal já demonstrada, criar ou pelo menos incentivar a criação de elementos teóricos, como exemplo, a criação de manuais e formação específica na área, o que de fato já vem ocorrendo.

Aprofundada essa questão teórica, conforme tem abordado os ilustres professores, surgirá naturalmente uma maturidade jurídica sobre o tema tanto aos próprios advogados, como a sociedade, pois sem dúvidas trata-se de uma mudança social.

Outro ponto de discussão é que o texto constitucional não entra em minúcias quanto as formas de aplicação dos princípios, a Paridade de Armas, mesmo estando no texto constitucional, não possui um regimento de normas e formas específicas para sua aplicação, necessitando de atos como os definidos no provimento para que se efetive.

Concernente a isso, aponta BALDAN (2007), a investigação a cargo do defensor influiria diretamente na capacidade técnica e científica da Polícia e do Ministério Público, que estaria sempre em busca de meios de aperfeiçoarem, pois “competiriam” a valoração da prova técnica com os advogados e sua equipe investigativa.

Na visão do autor, afloraria espaço para disciplinas como a Criminologia, Criminalística e Medicina Legal, que passariam a ser concorridas entre particulares e o

próprio Estado, elevando o nível teórico desses campos, uma melhora sem tamanho não só ao Direito, mas a sociedade como um todo.

Ante esses apontamentos e a ausência de inovação somada a necessidade dos elementos que visam igualar a paridade de armas, permite que a instauração do procedimento de investigação defensiva esteja em concordância com a legislação infraconstitucional. Tendo em vista que não se mostra contrária a normas de direito material ou processual em vigência. Dito isto, cabe analisar o plano constitucional.

Constitucionalidade da advocacia defensiva

Cabe ao Estado por meio dos seus órgãos e instituições, com respeito a sua organização disposta no texto constitucional em instituir os meios em que ocorreram a persecução criminal, no caso brasileiro disciplinado pelo código de processo penal em conjunto com as normas constitucionais, as quais instituí a obrigação à polícia judiciária civil e federal.

Os advogados por sua vez atuam com base constitucional no artigo 130, no entanto toda a gama de direitos individuais que velam sobre a defesa (devido processo, contraditório, ampla defesa, entre outros) refletem diretamente na advocacia e nas suas práticas. Pois são os causídicos por meio do *jus postulandi* que buscam da jurisdição a tutela destes direitos individuais, o que não passou por despercebido ao provimento, conforme artigo 3º, XI, do diploma.

No entanto, por uma análise sistemática do texto constitucional, a doutrina afirma dentro de suas classificações metodológicas, que dado aos princípios e direitos resguardados na constituição, seria ela considerada garantista, no sentido de que vela pelos direitos e garantias fundamentais.

Ante isso, por uma análise garantista, a dinâmica na obtenção de provas e a integral assistência da defesa no processo de elucidação dos fatos, é o que mais se aproxima da paridade de armas, já discutida. Pois, seria esse o ponto mais significativo da implementação da advocacia defensiva, atendendo assim o Contraditório e Ampla Defesa, com clara exposição no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Na verdade, conforme leciona LOPES JR. (2018), o Contraditório seria um diferencial para a constitucionalização do inquérito, pois na ausência deste não há como atingir as diretrizes do sistema acusatório, tornando o nosso direito processual preso ao que parte da doutrina chama de sistema misto, justamente pela fase inquisitória do inquérito policial.

Diante da correlação dos princípios constitucionais que se mesclam na necessidade de equiparação entre as partes processuais, inclusive na fase de investigação, estando as partes igualadas, levando em consideração sempre a vulnerabilidade da defesa, ante o tamanho do aparato estatal, cumpre a investigação defensiva o papel de fortalecer essa dinâmica de procedimentos mais igualitários.

A clareza constitucional em delimitar seus princípios, sobretudo o Estado Democrático de Direito, faz com que os interpretes das normas constitucionais, correlacionem os princípios com os procedimentos a serem adotados, pois destes surgem desdobramentos que nutrem de constitucionalidade, ou pelo menos deveria nutrir, os demais procedimentos estatais, principalmente os ligados a persecução penal.

Os atributos principiológicos da Constituição que influem no tema, de modo algum têm se mostrado contrário à proposta do CFOAB, oposto a isso, o provimento se encaixa como uma resposta a necessidade de complemento a lacunas no processo penal, mitigando o poder inquisitivo da investigação policial e aproximando mais do ideal de sistema acusatório, tão clamado pela doutrina.

Para tanto, a pesquisa aqui entabulada não visualiza óbice a harmonização do texto do provimento comparando-o com o texto constitucional, de modo que se apresenta em acordo com o plano constitucional de normas penais, assim como o infraconstitucional. Constatada essa oposição no campo legal, não há que se dizer em demais impeditivos à implementação daquilo que já existe, ainda que implícito, e veio a ser regulamentado no provimento 188/2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste sentido, ao analisar o instituto jurídico da advocacia defensiva depara-se com uma argumentação ampla acerca dos paradigmas do ordenamento jurídico pátrio e as premissas do direito enquanto ciência.

A advocacia enquanto labor é um exercício de atividade essencial à justiça, alçada no texto constitucional como indispensável num regime democrático de direito. Diante disso, as mudanças que ocorreram ao longo do tempo enfrentam a reflexão desta atividade, quando trazida ao labor no cotidiano, enfrentando alguns desafios.

As discussões quanto a dinâmica das investigações no processo penal, atualmente levadas ao debate com enfoque na Investigação a cargo da defesa, sobretudo

baseada no Provimento 188/2018 do CFOAB, mostram claramente os desafios enfrentados pela militância dos advogados criminalistas.

A luta pelos princípios regentes do Estado Democrático e as não incomuns ingerências propiciadas pelo sistema inquisitivo, com representação precípua pelo inquérito policial, clamam por justiça, em uma clara paráfrase com o texto atemporal de Carnelutti. Estando o advogado diretamente entrincheirado com o réu na batalha que se forma durante a ação penal e sua fase pré-processual.

O surgimento de regramentos normativos como provimento, somados ao subsídio doutrinário e o afloramento de outras disciplinas tecno-jurídicas que se unem em favor das investigações, cumprem a fundamental missão de transformar o nosso arcaico sistema processual em um procedimento mais democrático, com parâmetros constitucionais e modernos, necessários à justiça e suas funções.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDAN, Edson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 64, v. 15, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. RG RE: 769254/SP. Relatoria Ministro Teori Zavascki**. Brasília. 2014.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento 188/2018**. Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília. 2018.

BULHÕES. Gabriel Nóbrega Dias. **MANUAL PRÁTICO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: Um Novo Paradigma Na Advocacia Criminal Brasileira**. 1º edição. Editora Emais. Florianópolis, SC. 2019.

BULHÕES. Gabriel. LOPES Jr., Aury. e ROSA. Alexandre Morais da. **Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania**. 01 de fevereiro de 2019. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Servanda, 2010.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES Jr, Aury. **Investigação preliminar no processo penal** 6ª ed. São Paulo: Saraiva.2014.

CAPÍTULO 9

A LEI MARIA DA PENHA NA DEFESA DOS DIREITOS DAS MULHERES: A EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS ENQUANTO FORMA DE COIBIR E PROTEGER AS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

THE MARIA DA PENHA LAW IN THE DEFENSE OF WOMEN'S RIGHTS: THE EFFECTIVENESS OF PROTECTIVE MEASURES AS A WAY OF RESTRAINING AND PROTECTING THE VICTIMS OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE

*Mylena Alves Aragão*¹⁷

*Antônio Leonardo Amorim*¹⁸

*Paola Flores Serpa*¹⁹

Resumo: Este estudo foi elaborado com a intenção de trazer para a reflexão o assunto da violência doméstica e familiar como problema social, à luz da legislação brasileira, especialmente a Lei Maria da Penha. Optou-se pela pesquisa bibliográfica para a consecução do objetivo proposto que foi o de refletir sobre a eficácia protetivas previstas a Lei citada, enquanto forma de coibir e proteger as vítimas de violência doméstica e familiar. Este tema é relevante em razão de o Brasil continuar no topo das ocorrências de violência doméstica e de gênero no mundo. Foram analisados os fatores da violência; o histórico da cultura de submissão nas relações entre homens e mulheres e o poder advindo dessas relações; foi necessário contextualizar o problema da violência doméstica e familiar para refletir sobre desafios da sociedade e do poder público para lidar com essa forma de opressão, levando-se em conta o caráter estrutural da mesma. A pesquisa possibilitou a conclusão de que as medidas protetivas constituem mecanismos jurídicos importantes para conter a violência além de proteger as vítimas, entendendo que cabe o Juiz a decretação das medidas sempre que necessário para se preservar a mulher que porventura esteja em situação de violência doméstica e familiar.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Gênero; Maria da Penha; Violência Contra Mulheres.

Abstract: This study was prepared with the intention of bringing to the reflection the issue of domestic and family violence as a social problem, in the light of Brazilian legislation, especially the Maria da Penha Law. We opted for bibliographical research to

17 Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), e-mail: mylaaraas@gmail.com.

18 Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

19 Advogada. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) - área de concentração em Diretorias Humanas. Especialista em Direito Processual Penal (2015-2016). Possui graduação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2013), e-mail: paserp@hotmail.com.

achieve the proposed objective, which was to reflect on the protective effectiveness provided for in the aforementioned Law, as a way to restrain and protect victims of domestic and family violence. This theme is relevant because Brazil remains at the top of the occurrences of domestic and gender violence in the world. The factors of violence were analyzed; the history of the culture of submission in the relationships between men and women and the power arising from these relationships; it was necessary to contextualize the problem of domestic and family violence in order to reflect on the challenges of society and public authorities to deal with this form of oppression, taking into account its structural character. The research allowed the conclusion that protective measures are important legal mechanisms to contain violence in addition to protecting victims, understanding that the judge is responsible for enacting measures whenever necessary to preserve women who may be in a situation of domestic violence and familiar.

Keywords: Human rights; Genre; Maria da penha; Violence Against Women.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar é algo que acontece em todo o mundo e é vista como problema de saúde pública. Em todos os tempos encontra-se relatos de violência doméstica praticada contra mulheres. Considera-se violência contra a mulher os atos praticados em razão do gênero, que causem morte, dano, sofrimento físico, sexual, psicológico, material ou moral.

Historicamente tem-se a mulher como ser nascido para obedecer, primeiro ao pai, depois ao marido. Há algum tempo a mulher não tinha direito a voto, não podia ter uma profissão e raramente frequentava uma universidade. Suas atividades se limitavam a cuidar do lar e dos filhos. Essa situação perdurou por muito tempo, criando uma cultura machista que tem reflexos até a atualidade. Nessa cultura a mulher deve ser submissa ao marido, o qual está incumbido de trabalhar e prover o sustento da família.

Além dos aspectos culturais, políticos e jurídicos, a violência doméstica praticada com a mulher representa um problema de saúde pública, revelado como tal em 1994 quando a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos acolheu a Convenção de Belém do Pará.

Mesmo acolhida e divulgada como causa que necessitava de um tratamento específico que pudesse fazer frente à demanda por justiça e freio para o número de casos que só aumentavam no Brasil, foi somente em 2006, com o advento da Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha que o Estado brasileiro criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar, tornando mais rigorosas as

punições para os agressores, além de prever medidas protetivas para afastar o agressor do convívio com a agredida.

MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

É dever do Estado, a garantia de segurança aos cidadãos, conforme prescrito na Constituição Federal. De forma especial o legislador trouxe a previsão da criação de mecanismos como mecanismos jurisdicionais para garantir proteção à família como um todo, quando no artigo 226 da Constituição Federal está determinado que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Por mecanismos, conforme descrito no artigo acima citado, entende-se medidas que tenham como objetivo manter e salvaguardar qualquer membro da família que sofra violência dentro do contexto familiar.

Para dar cumprimento ao disposto na Carta Magna o artigo 1º da Lei Maria da Penha traz as medidas protetivas capazes de reduzir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme descrito, Brasil (2006):

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O artigo acima citado está alicerçado na legislação constitucional e infraconstitucional que tratam da violência doméstica e familiar. Esse tipo de violência, nas palavras de Guilherme Nucci (2010, p, 12) “é a ação (fazer algo) ou omissão (não fazer alguma coisa) baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, o que também está descrito no artigo 5º da Lei Maria da Penha”.

Convém considerar que a violência contra a mulher pode ocorrer tanto em ambiente familiar quanto em ambiente da unidade doméstica ou ainda em qualquer relação íntima de afeto entre agressor e vítima, conforme previstos nos incisos I e III do artigo 5º da Lei 11.340/06, Brasil (2006):

I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; III- em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

No contexto do ambiente doméstico, enquadra-se como violência doméstica as praticadas contra mulheres que se encontrem no âmbito doméstico, mesmo que não tenham vínculo familiar com o agressor.

Observa-se o entendimento do Sergio Ricardo Souza (2009, p. 19):

[...] como ocorre na relação entre empregados domésticos e entre eles e os moradores da residência, quando haja uma razoável estabilidade nessa relação. Assim, uma empregada doméstica que esteja integrada ao contexto familiar do patrão pode ser vítima, para os fins desta lei, quando venha, por exemplo, sofrer violência sexual, moral etc., praticadas por seu patrão.

Independentemente do local onde ocorra a violência, a Lei Maria da Penha traz uma medida específica para proteger os interesses pessoais ou patrimoniais da vítima “sendo possível o afastamento do agressor do lar em que convive com ela, fixação de limite mínimo de distância, restrição à posse de armas, etc., Dias (2015, p. 36). Há que se falar ainda das medidas que “tornam possível a prisão do agressor, mesmo em casos de pouca gravidade, assim como, permite que ele seja preso em caso de descumprimento de qualquer das medidas que lhe for imposta” (DIAS, 2015, p. 37).

Convém destacar que os efeitos trazidos pela lei, se refere tão somente à mulher, importa então, deixar claro quem pode ser tratado como sujeito passivo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para esclarecer o assunto recorre-se novamente a Maria Berenice Dias, (2015, p. 37):

[...] embora esteja expresso no parágrafo único do artigo 5º da Lei 11.340/06 que as relações ali referidas independem de orientação sexual, assim como o artigo 2º da mesma lei refere que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [...], o título da lei expressa que esta é destinada a coibir a violência que ocorre no âmbito doméstico, contra a mulher.

Importante destacar que esta foi a primeira vez que, no âmbito infraconstitucional, referiu-se às famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo. Desta forma protege-se, também as vítimas de violência doméstica advinda de relações homo afetivas. Conforme entendimento de Parodi e Gama *apud* Dias (2015, p. 59):

[...] Ou seja, traz a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim, por vontade dos seus próprios membros. [...] Como é

assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isto significa que o legislador reconhece as uniões de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Entende-se que relação de parentesco, de afinidade, de socioafetividade ou de afeto, ainda existente ou rompida, tenha havido ou não coabitação ou prática de relações sexuais, está protegido pela Lei Maria da Penha.

Ainda, Maria Berenice Dias citada por Pedro Rui Porto (2014, p. 47) assevera que:

No momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção.

O objetivo maior da Lei Maria da Penha é garantir à mulher uma vida sem violência em razão de sua condição feminina. Conforme o autor acima essa proteção não está condicionada à preferência sexual da vítima, se é por pessoa do mesmo sexo ou de sexo diferente do seu. A Lei protegerá igualmente o gênero feminino.

Para a consecução de seu objetivo a lei traz em seu artigo 19 algumas medidas protetivas de urgência, que poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da vítima.

Reforçando então que, cabe à vítima a iniciativa de pedir proteção por meio de medidas protetivas. Somente após o pedido formal da vítima é deflagrada a concessão de tutela provisional de urgência. “Mas, a partir do momento em que a vítima requer medidas protetivas, pode o Juiz agir de ofício, adotando medidas outras que entender necessárias, para tornar efetiva a proteção que a Lei promete à mulher” Dias (2015, p. 63).

Existem diversas medidas elencadas no artigo 22, quais sejam, Brasil (2006):

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

- proibição de determinadas condutas, entre as quais:

aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

- restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; [...].

Todas as medidas apresentadas por meio do artigo acima citado estão à disposição do juiz, que poderá deferir de ofício, entro do seu poder, observada a interpretação das normas.

Sobre a interpretação das normas recorre-se ao entendimento de Sergio Ricardo de Souza (2009, p. 125):

Será necessário que o intérprete esteja atento aos casos que evidenciem a necessidade da aplicação dos princípios e métodos que regem a interpretação das normas, com ênfase para o princípio da proporcionalidade e a ponderação de bens e valores, buscando aplicar a dose certa do remédio cautelar no caso concreto, para que não ocorram desnecessários excessos.

O autor sugere que as medidas urgentes de prevenção e proteção à mulher devem ser aplicadas de acordo com cada situação em particular, para isso conta-se com a coerência do magistrado que optará por aquela que melhor se adequa ao caso específico e que tenha maior eficácia para a segurança da vítima.

A SUSPENSÃO E RESTRIÇÃO DO PORTE DE ARMAS DE FOGO COMO INSTRUMENTO DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Quando se registra ocorrência em que o objeto é violência doméstica, deve-se de imediato, verificar se o agressor possui arma de fogo, em caso positivo deve-se suspender ou restringir o porte de armas.

Para Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 38):

O objetivo da retirada da arma da posse do agressor, não está relacionado ao seu uso para a prática da violência doméstica, mas sim de prevenir uma tragédia maior. Se o marido agride a esposa, causando-lhe lesão corporal, possuindo arma de fogo, é possível que, no futuro, progrida para o homicídio.

Oportuno comentar, com base no entendimento do autor acima citado, a retirada da arma de fogo do agressor é medida adotada em caráter preventivo, para que algo pior não aconteça.

Ainda como medida preventiva, nos casos em que o agressor possua permissão para portar arma de fogo em razão de sua atividade profissional, conforme previsto no § 2º [...] “o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas” (BRASIL, 2006).

Compreende-se que, nos casos em que o acusado pela prática de violência doméstica e familiar possua autorização administrativa ou legal para portar arma de fogo, o juiz encaminhará, imediatamente ao responsável legal pela autorização para que proceda a busca e apreensão da arma.

AFASTAMENTO DO AGRESSOR: DO LAR, DOMICÍLIO OU LOCAL DE CONVIVÊNCIA COM A OFENDIDA

O afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida é medida de prevenção, prevista no inciso II do artigo 22 da Lei Maria da Penha, e como tal deve ser adotada se houver a prática de algum crime ou risco de que isso possa vir a acontecer.

Para reforçar o comentário, recorre-se a Pedro Porto (2007, p. 49) que afirma:

[...]só será possível o afastamento do lar se houver alguma notícia da prática ou risco concreto de algum crime que certamente irá justificar o afastamento, não apenas como mero capricho da vítima, pois se sabe que muitas vezes o afastamento do lar extrapolará os prejuízos a sua pessoa. Tal medida pode ser considerada violenta, por privar os filhos do contato e do convívio com o pai.

Como medida de garantir segurança à vítima e seus familiares, o juiz determinará esta medida, a fim de evitar que agressões e ameaças se repitam, causando desconforto moral e psicológico, especialmente quando se tratar de relação conjugal.

Outra reflexão quanto a aplicação da medida protetiva que visa afastar o agressor do lar, diz respeito à condição financeira do agressor de manter um novo local de moradia.

Nesse sentido, cita-se Carlos Eduardo Rio Amaral (2018, p. 1):

[...]a medida protetiva de urgência de afastamento do lar, também em razão de seu reflexo na esfera econômica do agressor, deve subsistir apenas e tão-somente o quanto for necessária. Cessado inteiramente o risco de novo episódio de violência doméstica e familiar, a medida deve ser revogada, autorizando o exercício da posse por ambos os cônjuges, até o ulterior desfecho da partilha de bens no juízo de família competente.

Convém observar que, ao juiz cabe a análise da situação financeira do agressor além de ter que preservar a vítima. Então, conforme o autor acima citado, a decretação da medida está determinada em razão da necessidade de proteção da vítima, porém sua revogação deve ocorrer tão logo cesse o perigo de novas agressões. Até a partilha dos bens, ambos os cônjuges voltam a ter direito de usufruir do bem destinado a moradia.

Importa comentar que se trata de medida de muita relevância no que se refere à proteção e segurança da vítima, por considerar que o lar deve ser o lugar de aconchego e de descanso, não podendo se transformar em armadilha para a mulher que não poderá mais desfrutar do ambiente doméstico onde impera o clima de desconfiança e medo. Porém, apesar de o agressor se tornar um perigo para a vítima, deve-se atentar também para sua condição enquanto ser humano. Logo imagina-se que esse afastamento deve perdurar somente o tempo necessário para que o agressor repense seus atos e procure se melhorar e a vítima se sinta segura para voltar a habitar o mesmo lar, até a conclusão do processo de separação e devida partilha dos bens.

PROIBIÇÃO DE PRÁTICA DE DETERMINADAS CONDUTAS PELO AGRESSOR

As condutas que serão proibidas com base nas alienas „a“, „b“ e „c“, do item III, art. 22, se referem a aproximação física do agressor à vítima, familiares ou testemunhas e tem como objetivo manter a integridade física e emocional de todos os envolvidos.

Essa aproximação pode se dar de várias formas, daí a importância de observar o ensinamento de Sergio Ricardo de Souza (2007, p. 119):

Consistem todas as medidas, portanto, em sérias limitações às liberdades públicas do suposto agressor(a) e, com exceção da segunda, as demais limitam mesmo a sua liberdade de locomoção, uma das garantias mais caras ao ser humano, razão pela qual, as notas características da fixação dos espaços proibitivos ao suposto agressor devem ser a prudência e a necessidade, aplicadas dentro do princípio da razoabilidade, de forma que as restrições ocorram efetivamente dentro daquilo que se mostre imprescindível à segurança da vítima e das demais pessoas protegidas pela norma.

Conforme a colocação do autor deduz-se que a aplicação da medida de proibição de determinadas condutas, talvez mais que as outras, deve ser aplicada com muito critério dentro das necessidades da vítima, de forma que não interfira no direito de ir e vir do agressor.

Convém aqui comentar que a finalidade das medidas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favoreçam. Nos esclarece Lima (2011, p. 28), que “elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas”.

Nesse aspecto, a Lei Maria da Penha foi categórica ao determinar que as medidas visam a “proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio” (art. 19 § 3º), e continua asseverando que devem ser aplicadas “sempre que os direitos

reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados” (art. 19 § 2º) e, “sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem” (art. 22, § 1º).

Destaca-se, que as medidas protetivas diferem das cautelares criminais tradicionais quanto à finalidade, já que enquanto a segunda visa garantir o processo e ajudar na apuração do crime, as primeiras buscam proteger a própria integridade da vítima, em outras palavras, os direitos humanos mais básicos.

Aproximação do agressor da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre eles

A previsão contida na alínea „a“ do inciso III, traz a proibição fixando o limite de distância que deve manter o agressor da vítima, seus familiares e das possíveis testemunhas. Aqui o que se pretende é a preservação física e psíquica, já que estando distante fisicamente haverá que reduzir o risco de ação do agressor. Fica proibida a “aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor” (BRASIL, 2006).

Assim sendo Cunha Pinto (2018, p. 87):

Em situações traumáticas de evidente animosidade entre as partes, envolvendo agressões e outros ataques que se estendem ao local de trabalho da vítima, bem como a lugares por ela frequentado, pode o juiz fixar uma medida protetiva de limite mínimo entre vítima e agressor. [...] nem sempre será fácil a observância desta limitação e, portanto, se faz mister que o juiz imponha limites bem claros.

Possível comentar, com base nos autores acima que ao analisar o pedido o magistrado deve agir com urbanidade, observando o caso específico já que existem casos em que o local em que a vítima e agressor residem é o mesmo local de trabalho do agressor, ou seu local de trabalho é muito próximo. Todos estes dados devem ser analisados antes de ser determinada a distância a ser tomada entre um e outro.

Contato do ofensor com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação

Além do afastamento físico o juiz poderá ainda determinar o afastamento por qualquer meio de comunicação do agressor. Essa medida visa a tranquilidade mental da vítima, seus familiares e testemunhas.

Sobre esta medida, cita-se Dias (2008, p. 85):

A proibição de contato, ao impedir a interação do agressor com a ofendida, seus parentes e testemunhas, por quaisquer meios de comunicação, mostra-se como uma restrição extremamente fundamental e benéfica, pois gera a paz e tranquilidade mental da vítima.

Considerando a citação acima, compreende-se a importância da adoção desta medida protetiva, uma vez que o contato por meio dos meios de comunicação, seja internet, telefone, redes sociais, cartas etc., facilitariam para o agressor praticar ameaças e ainda prejudicar a colheita de provas na causa penal.

Julga-se oportuno comentar que se trata de medida relevante para que cesse a violência, seja verbal, emocional ou psicológica que pode ocorrer por meio do uso de tecnologias. A tranquilidade da vítima deve ser observada para que a mesma possa continuar suas atividades sem sobressaltos de há qualquer momento receber ameaças a sua integridade física e mental.

Frequência de determinados lugares, pelo ofensor, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida

A frequência aos mesmos ambientes, podem provocar desconfortos à vítima, já que nutre sentimento de insegurança com relação ao agressor. Daí a importância da adoção da medida protetiva constante na alínea „c“, inciso III do artigo 22 da Lei Maria da Penha.

Segundo o doutrinador Sérgio Ricardo Souza (2009, p. 129-130):

[...] esses lugares devem ser aqueles que regulamente a vítima frequenta, como o seu local de trabalho, a escola onde ela ou as pessoas sob sua guarda estudam, a academia de ginástica e outros lugares, dentro dessa linha restritiva...De qualquer sorte esses lugares devem ser minuciosamente expostos na decisão que determina a medida e também na notificação entregue ao suposto agressor, para não gerar dúvidas, não bastando mera alusões como “não frequentar o bairro onde a vítima reside”, ou “não se aproximar da vítima”, devendo ser especificado o espaço específico (não passar pela rua tal; não chegar a menos de 100 metros da vítima quando estiver em tal local, etc).

Verifica-se por meio da colocação do autor acima que, para que seja deferida esta medida em favor da vítima, é de grande relevância que ela, ao fazer o pedido, indique quais os locais em que frequenta regularmente a fim de que o agressor possa ser impedido de frequentá-los, sem, contudo, ser privado do seu direito de ir e vir. Regras claras e locais muito bem identificados para não gerar dúvidas ou argumentos que justifiquem o descumprimento.

Trata-se de medida que não serve somente como proteção à vítima, mas também como forma de garantir a ordem e a paz social nos ambientes públicos, impedindo tumultos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe avanços significativos no que se refere aos direitos humanos. Percebe-se que o Constituinte se ocupou em enfatizar a igualdade entre homens e mulheres, tanto em direitos quanto em obrigações, e foi além quando no artigo 1º, inciso III, traz a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. No entanto, apesar de ser previsão constitucional, percebe-se que ainda persistem as desigualdades, principalmente de ordem sociocultural, que reduzem a mulher à condição de submissão e discriminação perante os homens.

Com os dados sobre a situação de violência contra a mulher no Brasil, o que apontou para uma situação de agravamento da mencionada violência no país, fato que leva a refletir sobre a relevância de se estudar a temática a fim de buscar maneiras de coibir tal situação,

Para fazer frente à demanda por proteção às vítimas de violência doméstica e familiar, em 22 de setembro de 2006 entrou em vigor a Lei nº 11340/06, batizada como Lei Maria da Penha, com o intuito de preencher as lacunas deixadas pelos diplomas legais anteriores que não apresentavam medidas específicas de proteção à mulher vítima de violência. O segundo capítulo adentrou nas discussões acerca do artigo 7º da Lei 11.340/06 e definiu melhor cada uma das formas de agressão que podem ser experimentadas pelas vítimas da violência doméstica. São elas a violência física, a violência psicológica, a violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral. Composta por 49 artigos a Lei Maria da Penha provocou uma verdadeira revolução na forma de se combater a violência doméstica, se posicionando de uma maneira conceitual inovadora e procedimental.

Por todo o exposto, é possível concluir que a Lei Maria da Penha, com todas as suas inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente as medidas protetivas de urgência, uma vez aplicadas corretamente pode ser capaz de promover a adequação entre as sanções estatais e a gravidade dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher e dessa forma reduzir o número alarmante de casos desse tipo de violência.

Finaliza-se este estudo com a certeza de ter alcançado o objetivo proposto que era de refletir sobre a eficácia das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, enquanto forma de coibir e proteger as vítimas de violência doméstica e familiar, além de responder ao questionamento sobre a eficácia das medidas protetivas, afirmando que, conforme leituras e análise dos ensinamentos citados elas são as principais formas de coibir e proteger as vítimas de violência doméstica e familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL. Carlos Educar do amaral. **Lei Maria da Penha: agressor afastado do lar não pode cobrar aluguel**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68436/lei-maria-da-penha-agressor-afastado-do-lar-nao-pode-cobrar-aluguel-da-vitima>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em jan. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em fev. de 2021.

DIAS. Maria Berenice. **Lei Maria da Penha na Justiça**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

DIAS. Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS. Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PORTO. Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentário a Lei de Combate à Violência Contra a Mulher**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CAPÍTULO 10

DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIRO E A RELEVÂNCIA COMO DISCIPLINA NA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO

BRAZILIAN MILITARY CRIMINAL LAW AND RELEVANCE AS A SUBJECT AT THE STATE UNIVERSITY OF MATO GROSSO

*Mizael de Faria Silva*²⁰
*Anderson Rocha Rodrigues*²¹

Resumo: Esta pesquisa procurar conhecer e entender a relação do direito penal militar entre a universidade estadual de mato grosso, através de pesquisa bibliográficas buscará conhecer a matriz curricular dessa universidade e entender o motivo que o direito penal militar não está inserido como disciplina no curso bacharel em direito. Será abordado o contexto histórico dos militares das forças armada e estaduais bem como o cronograma da justiça militar no brasil e seus graus de hierarquias, comparando com outros segmentos da justiça especializada que são lecionada nos cursos de direito da UNEMAT. Partindo dessa linha de pesquisa o intuito é descobrir se a falta de profissionais na seara do direito penal militar e a não implantação dessa disciplina na universidade acima mencionada, faz com que o militar que está sob essa justiça especializada, sofrera com falta de uma aplicabilidade efetiva, podendo ter seus direitos constitucionais cerceado no tocante a ampla defesa. E não mais importante também, essa pesquisa buscar esclarecer o fato ocorrido entre 1964 a 1984 se é determinante para que esse pré-conceito, essa resistência principalmente nessa universidade que é objeto de pesquisa.

Palavras-Chave: Direito penal militar; constituição federal; militares.

Abstract: This research seeks to know and understand the relationship of military criminal law between the state university of Mato Grosso, through bibliographical research, will seek to know the curricular matrix of this university and understand the reason that military criminal law is not included as a discipline in the Bachelor of Law course. . The historical context of the military in the armed and state forces will be addressed, as well as the timetable of military justice in Brazil and its hierarchies, comparing it with other segments of specialized justice that are taught in the law courses at UNEMAT. Based on this line of research, the aim is to discover whether the lack of professionals in the field of military criminal law and the non-implementation of this discipline in the aforementioned university, makes the military that is under this specialized justice, suffer from a lack of effective applicability , being able to have its constitutional rights curtailed with regard to broad defense. And no more importantly, this research seeks to clarify the fact that occurred between 1964 and 1984 if it is decisive for this prejudice, this resistance, especially in this university that is the object of research.

20 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso, tecnólogo em segurança, Policial Militar, e-mail: mizaelsilva@pm.mt.gov.br.

21 Mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, RJ. Professor de Crime e Sociedade, Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Miguel Pereira. Professor contrato temporário na UNEMT. E-mail: profandersonrocharodrigues@gmail.com

Keywords: Military criminal law; federal Constitution; military

INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem a finalidade de expor o contexto histórico do direito militar atual está em vigência desde 1969, há relatos histórico que com a chegada da família real, no período imperial, foi organizado o primeiro tribunal, sendo assim nominado como supremo conselho militar e de justiça. A elaboração desse código penal se deu através de um decreto 1001, do presidente Arthur Costa e Silva, presidente atual daquela época, este estatuto penal militar alcança os militares da união e estaduais, forças armadas, policiais militares e bombeiro militar. Com advento da nova constituição federal de 1988, foram criados alguns artigos, específicos, sobre procedimentos com os militares, exemplo artigo 142 CF88 que define e disciplina sobre as atividades, conduta e atuação dos militares das forças armadas. Poucas evolução o código penal militar sofre, a mais recente foi em outubro de 2017, com a lei 13491/17, que altera a o parágrafo 2º artigo 9º CPM, competência para julgar os crimes cometidos por militares em serviço, passa ser competência da justiça militar da união, processar e julgar todos os crimes cometidos por militares federais em serviço, e os crimes comuns cometido por militares estaduais em serviço, exceto crime contra a vida, tribunal do júri, no âmbito estadual será competência da justiça comum.

Neste contexto, a temática central do trabalho discorre sobre o Direito penal militar brasileiro e a relevância como disciplina na Universidade Estadual de Mato Grosso. Tendo como problema central de pesquisa a o direito militar, suas aplicabilidades, o porquê não são estudados na universidade estadual de mato grosso.

Neste contexto, a partir da hipótese que o período vivido no brasil, durante 1964 a 1984, sobre a administração dos militares, seria uma barreira, principalmente nas universidades estaduais. Sendo que, o fato de que, para certo seguimento histórico, esse período foi de grande retrocesso para sociedade e com isso lecionar essa disciplina, poderia entender como apoio ao que ocorreu naquela época. Segundo os dados da Global Firepower em 2015, o Brasil está na 22º no ranking de militares das forças armadas, 327 mil militares na ativa e 3,4 milhões na reserva, sem contar os militares estaduais que aproxima dos 500 mil. Sendo assim a demanda na seara da justiça militar torna-se, de difícil acesso, levando em consideração a falta de implantação nas faculdades pública do estado.

Neste contexto, o objetivo geral deste trabalho é conhecer o contexto histórico do direito penal militar brasileiro e compreender as causas da não aplicação como disciplina nas universidades públicas estaduais mato-grossense. Tendo como objetivo específico: Identificar a evolução histórica, desde a elaboração desse código até os dias atuais, com base em análise dos dados relatados em jornais, publicação em livros, entrevistas no intuito de trazer com detalhes a historicidade sobre esse tema. Conhecer como se manifestam a organização da justiça militar brasileira, jurisdição, competência entre processar e julgar os militares dos estados e união.

A justificativa deste trabalho, esta pautada na no contexto em que o Brasil um país que possui um considerável efetivo de militares, federal e estadual, é perceptível a falta de divulgação sobre esse assunto, direito militar. Em setembro de 1992 foi criado a lei nº 8.457, que define a organização da justiça militar, no 1º artigo e respectivos incisos, os órgãos da justiça militar, sendo eles: o Superior Tribunal Militar; a Auditoria de Correição; os Conselhos de Justiça; os Juízes-Auditores e os Juízes-Auditores Substitutos. A constituição federal de 1988 deixa claro no Inciso LIV do Artigo 5º que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou seus bens sem o devido processo legal, partindo desse pressuposto, fazendo um paralelo entre a justiça comum e justiça militar, é nítido que esse tema não é discutido, os casos julgado nessa competência, devido a escasseis de profissionais qualificado, ou até mesmo o desinteresse dos juristas em trabalhar essa seara, faz com que o processo deixa a desejar na sua aplicação concreta.

Para a realização deste estudo, utilizou-se o Método Empírico, ou seja, “conhecimento adquirido independentemente de estudos, pesquisas, reflexões ou aplicações de métodos” (FACHIN, 2002)

Para atingir o objetivo do trabalho utilizou-se a pesquisa exploratória, e dentro desta utilizar a pesquisa bibliográfica, legislação específica e documental. Será utilizado a pesquisa quantitativa. “A pesquisa quantitativa se centra na objetividade. Influenciada pelo positivismo, considera que a realidade só pode ser compreendida com base na análise de dados brutos, recolhidos com o auxílio de instrumentos padronizados e neutros” (FONSECA, 2002)

JUSTIÇA BRASILEIRA: ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

O Poder Judiciário brasileiro é um dos três poderes que são definidos na Constituição Federal Brasileira de 1988, este tríplice poder é definido no art. 2º da CFB que consagra o princípio da separação dos poderes preconizando o relacionamento harmônico e independente, esta organização tem a finalidade de garantir a efetividade e independência dos poderes em suas respectivas áreas de atuação (LOUREIRO FILHO, 2013).

Esta organização está explícita na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 92:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional (BRASIL, 1988).

O Judiciário deve se preparar para resolver conflitos de natureza multidisciplinar, em que o bom senso e a boa vontade de fazer justiça preponderarão sobre a intenção de qualquer legislador. Surgem opiniões conflitantes e polêmicas acerca da postura do Judiciário, ou seja, como instituição formal e tradicional, que aplica leis, e como poder político e democrático, que aplica a justiça de acordo com os princípios da Constituição Federal de 1988 (DONATO, 2006, p. 09).

Segundo Coelho (2018) O poder judiciário brasileiro tem a função de garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado através da autonomia administrativa e financeira garantidas pela Constituição Federal. Cabe destacar que a justiça brasileira é dividida em dois grupos, a saber: Justiça Comum e Justiça Especial, sendo esta última formada pela justiça eleitoral, trabalhista e militar.

JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA

Oliveira (2015) ao escrever o artigo para o noticiário do exército brasileiro expõe que a Justiça Militar da União é uma justiça especializada no Brasil, assim como são a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho. Desde sua fundação, em 1808, até o ano de 1972, o STM teve sua sede no Campo de Santana, no Rio de Janeiro. A partir dessa data, transferiu-se para o seu atual endereço, na Praça dos Tribunais Superiores, em Brasília.

O direito militar brasileiro é ainda é uma parte da ciência jurídica pouco divulgado, mas com a elaboração da nova constituinte de 1988 é notório as modificações sofridas. O militar é um cidadão que integra a sociedade, tem responsabilidade de zelar e preservar a segurança, externa e interna, preceitos fundamentais sem a qual seria impossível a soberania de um país no que tange a concretização de seus objetivos nacionais.

A organização da Justiça Militar está definida na Constituição Federal Brasileira de 1988:

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar (BRASIL, 1988).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2019) a Justiça Militar da União é constituída pelo Superior Tribunal Militar (STM) e pelos Conselhos de Justiça especiais e permanentes, sedes das auditorias militares. Neste contexto, cabe destacar que a necessidade de uma justiça especial se dá pelo perfil do cidadão que executa suas atividades laborais como militar, assim em conformidade com a Constituição Federal

Brasileira de 1988, são militares instituições que são regidas com base na hierarquia e disciplinas, definidos nos artigos 42 e 142 da CFB:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios [...]

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem [...] (BRASIL, 1988).

Como supracitado na Constituição Federal Brasileira de 1989, onde são definidos quem são os militares no Brasil, observado as particularidades dos mesmos em sua atuação cabe destacar que a necessidade de uma justiça especial é justificada pela abrangência dos mais variados temas da legislação militar, assim a Justiça Militar trata desta temática, sendo sua composição feita por juízes militares que atuam em primeira e segunda instância e por ministros que julgam no Superior Tribunal Militar (STM).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2019) a Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal é representada pelo Tribunal de Justiça Estadual (TJE), além de ser composta por juízes de direito togados. Em Estados onde o efetivo militar é maior que 20 mil, a representatividade se dá pelo Tribunal de Justiça Militar (TJM). A Justiça Militar Estadual é competente para julgar os militares dos Estados (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros) nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares.

Como definidos na Constituição Federal Brasileira de 1988:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito de o juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares (BRASIL, 1988).

DIREITO MILITAR NO ESTADO DE MATO GROSSO

O direito Militar no Estado de Mato Grosso é organizado em similaridade com o sistema nacional, a Constituição Estadual defini que as seguintes prerrogativas, no capítulo IV, Sessão I do Poder Judiciário, no artigo 91:

Art. 91 São órgãos do Poder Judiciário Estadual:

- I - o Tribunal de Justiça;
 - II - o Tribunal do Júri;
 - III - os Juízes de Direito;
 - IV - os Conselhos de Justiça Militar Estadual;
 - V - os Juizados Especiais;
 - VI - as Turmas Recursais;
 - VII - os Juizados de Menores;
 - VIII - a Justiça de Paz;
 - IX - as Varas Distritais;
 - X - as Varas Itinerantes;
 - XI - outros órgãos instituídos em lei.
- (MATO GROSSO, 1989).

Neste contexto, cabe destacar as ações desenvolvidas pela justiça militar no Estado de mato Grosso, como determina a Constituição Estadual.

Em relação aos militares no Estado de Mato Grosso, cabe destacar o que está previsto na Constituição Estadual, logo as ações dos juízes têm a finalidade de garantir a execução das atividades dos militares, bem como a garantia de seus direitos fundamentais. Neste contexto, cabe destacar que diante as várias atividades desenvolvidas pelos militares cabem destacar que:

Art. 101 Aos Conselhos de Justiça Militar, constituídos na forma da Lei de Organização Judiciária, compete, em primeiro grau, processar e julgar os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, nos crimes militares assim definidos em lei.

Parágrafo único Os Conselhos de Justiça Militar comporão a Vara Especializada da Justiça Militar, dirigida por juiz de direito de entrância especial integrante da magistratura de carreira.

Art. 102 Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juiz com competência exclusiva para questões agrárias.

Parágrafo único para o exercício das funções previstas neste artigo, o juiz se deslocará até o local do conflito, sempre que necessário à eficiência da prestação jurisdicional (MATO GROSSO, 1989).

Neste contexto, como observado a atuação da justiça militar possui algumas variações em relação a justiça comum, cabe destacar que as peculiaridades que as demandas da mesma, bem como as exceções que a mesma possui como definido no artigo 102, supracitado.

A complexidade da justiça militar no estado de Mato Grosso, pode ser definida nos artigos 80 a 82 da Constituição do Estado, onde está exposto as atividades que os mesmos executam bem como suas práticas profissionais.

Art. 80 A Polícia Militar, instituição permanente e regular, força auxiliar e reserva do Exército, organizada com base na hierarquia e na disciplina, é dirigida pelo Comandante-Geral.

[...]

Art. 81 À Polícia Militar incumbe o policiamento ostensivo, a preservação da ordem pública e a polícia judiciária militar, além de outras atribuições que a lei estabelecer.

Art. 82 Ao Corpo de Bombeiros Militar, instituição permanente e regular, força auxiliar e reserva do Exército, organizada com base na hierarquia e na disciplina, e dirigida pelo Comandante Geral, compete:

I - realizar serviços de prevenção e extinção de incêndio;

II - executar serviços de proteção, busca e salvamento;

III - planejar, coordenar e executar as atividades de defesa civil, dentro de sua área de competência, no Sistema Estadual de Defesa Civil;

IV - estudar, analisar, exercer e fiscalizar todo o serviço de segurança contra incêndio e pânico no Estado;

V - realizar socorros de urgência;

VI - executar perícia de incêndios relacionada com sua competência;

VII - realizar pesquisa científica no seu campo de ação;

VIII - desempenhar atividades educativas de prevenção de incêndios, pânicos coletivos e de proteção ao meio ambiente (MATO GROSSO, 1989).

Como exposto na Constituição do Estado, cabe destacar que tanto a Polícia Militar quanto o Corpo de Bombeiro estão sujeitos estão organizados na hierarquia e disciplina, dirigidos por comandantes. Porém, cabe destacar que as atividades dos militares estão ligadas diretamente ao direito comum, assim, existe a necessidade de analisar o direito militar juntamente com o direito comum é de extrema necessidade, logo que a interação destes profissionais tem ligação direta com todos os segmentos da sociedade bem como o Direito Comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da construção deste trabalho, ao analisar o contexto da justiça militar brasileira, observa-se em relação às normas jurídicas, este ramo do direito está em defasagem as outras áreas do direito tendo em vista a sua interdependência e variedade com a justiça comum, logo que sendo a Justiça Militar especial, sua legislação muitas vezes é deixada de lado em relação a outros princípios que são adotados pela jurisprudência brasileira tais como direitos humanos, direitos trabalhistas e alguns princípios constitucionais.

Ao se tratar da organização acadêmica da formação de bacharéis em direito, essas normas jurídicas entram em maior defasagem em relação às outras áreas do direito, logo que o direito militar não são abordados nos cursos de ciências jurídicas, neste contexto, necessitando o mercado de trabalho de profissionais especializados nesta área, portanto, dentro do contexto do estado do Mato Grosso a Universidade Estadual de Mato Grosso se enquadra nessas características, logo que no curso de Bacharelado em Direito o direito militar não possui abordagem no âmbito da formação de novos bacharéis.

Portanto, diante desta realidade cabe destacar que é preciso que o direito militar dentro das formações jurídicas. Outro fator importante a se destacar é que a organização e as atualizações das normas jurídicas dentro do próprio direito militar necessita de revisões, com a finalidade de garantir que a todos os indivíduos que são caracterizados como militares tenham seus direitos constitucionais garantidos fazendo jus a Constituição Federal Brasileira de 1988, nas quais se enquadram que todos são iguais perante a lei, portanto para que ocorra maior organização dessas normas jurídicas é preciso que a o direito militar seja estudado a fundo e atualizado inserido nas grades curriculares dos cursos de formação em direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHIN, Odília. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. Saraiva 200 p, São Paulo: 2002.

BENFICA, Tiago Alinor Hoissa. **História do ensino superior em Mato Grosso: das iniciativas frustradas à criação de um sistema universitário**. Revista Brasileira de Historia da Educação, Maringa, ano 2019, v. 19, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbhe/a/PWG6qWWQ8ZcR7p59FKKTGGLL/?lang=pt>. Acesso em: 11 nov. 2020.

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

_____. Lei de 11 de agosto de 1827. nº Lei de 11 de agosto de 1827., de 11 de agosto de 1827. Crêa dous Cursos de ciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. [S. l.], 1827.

CNJ (Brasil). Conselho Nacional de Justiça. **CNJ Serviço: o que é Justiça comum e a Justiça especializada?**. Agência CNJ de Notícias, Brasil, v. 1, p. 1 - 1, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-e-justica-comum-e-a-justica-especializada/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

COELHO, Adriano Diogo. **A Lei 13.491/2017 e os seus reflexos na Justiça Militar**. JUSBrasil, Brasil, 2020. Disponível em: <https://adrianodiogo.jusbrasil.com.br/artigos/827268780/a-lei-13491-2017-e-os-seus-reflexos-na-justica-militar?ref=serp>. Acesso em: 4 nov. 2020.

CORRÊA, Getúlio (Org.). **Direito Militar: história e doutrina**. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002, p. 113-128.

COSTA, Leandro Dos Santos. **Constitucionalização do Direito Penal e do Direito Penal Militar**. In: *Constitucionalização do Direito Penal e do Direito Penal Militar*. Brasil, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53537/constitucionalizacao-do-direito-penal-e-do-direito-penal-militar>. Acesso em: 13 nov. 2020.

DANIELA, Coelho. **Breve resumo do Poder Judiciário Brasileiro e Jurisdição**. JUSBrasil, [s. l.], 2018. Disponível em: <https://danicoelho1987.jusbrasil.com.br/artigos/586188207/breve-resumo-do-poder-judiciario-brasileiro-e-jurisdicao>. Acesso em: 13 nov. 2020.

DONATO, Verônica Chaves Carneiro. **O poder judiciário no brasil: estrutura, críticas e controle**. 2006. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - UNIFOR, Fortaleza, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Teoria da norma jurídica: princípios e regras? distinções e interseções**. Genjuridico, Brasil, 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/12/06/teoria-da-norma-juridica-principios-e-regras-distincoes-e-intersecoes/>. Acesso em: 2 nov. 2020.

MATO GROSSO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Mato Grosso**. Cuiabá: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Luiz Andrade. **Organograma do Poder Judiciário**. Noticiário do Exército, Brasil, v. 1, p. 1 - 1, 2015. Disponível em: http://www.eb.mil.br/web/midia-impressa/noticiario-do-exercito?p_p_id=56&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=_118_INSTANCE_JnQ6_column-1&p_p_col_count=1&_56_groupId=16541&_56_articleId=6499410. Acesso em: 13 nov. 2020.

PISTORI, Milena Ines Sivieri. **Expansão e interiorização dos cursos de direito em mato grosso do sul?** 1965-2002. 2004. 183 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Programa de Pós-Graduação ? Mestrado em Educação da Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2004. Disponível em: <https://site.ucdb.br/public/md-dissertacoes/7794-expansao-e-interiorizacao-dos-cursos-de-direito-em-mato-grosso-do-sul.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Aplicação dos princípios constitucionais no direito militar**. São Paulo: Cortez, 2007.

UNEMAT. **Projeto Curso Direito Parceladas**. Pró-reitoria de ensino., Cáceres, 2015.

VITOR, Frederico Vitor. **Brasil cai quatro posição**: Quarta-feira 30 de setembro de 2015 edição 2099. Disponível em: <https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/brasil-cai-quatro-posicoes-e-agora-e-a-22a-maior-potencia-militar-do-mundo-47164/>.

CAPÍTULO 11

O AUMENTO DO ENCARCERAMENTO FEMININO: UMA REALIDADE NO BRASIL E NO MUNICÍPIO DE ALTO ARAGUAIA/MT

THE INCREASE OF INCARCERATION FEMALE: A REALITY IN BRAZIL AND IN THE MUNICIPALITY OF ALTO ARAGUAIA/MT

*Andréa Rodrigues Silva*²²
*Stefânia Fraga Mendes*²³

Resumo: A criminalidade no Brasil tem ganhado evidência nos meios de comunicação social, envolvendo delitos de diversas naturezas. Entre tais crimes, o tráfico de drogas praticado por mulheres tem ficado cada vez mais em evidência. O trabalho aponta o aumento vertiginoso do número de encarcerados, especialmente no que diz respeito a figura da mulher. Com as mudanças advindas da Lei de Drogas (Lei 11.343/06), os casos de prisões por tráfico de drogas aumentaram, e entre este aumento o que chama atenção são as prisões de mulheres envolvidas nesse crime. Todavia, há necessidade de mais estudos sobre a criminalidade feminina, que ainda se encontra em número reduzido. Parte-se do princípio de que os próprios presídios foram construídos e destinados a figura masculina, transparecendo um tratamento diferente entre homens e mulheres encarcerados. Dessa forma, o presente trabalho analisa especialmente dados no Estado de Mato Grosso e no município de Alto Araguaia, a fim de identificar o aumento do encarceramento feminino. A problemática do trabalho gira em torno de identificar o ingresso das mulheres na criminalidade, especialmente diante da prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas, buscando descobrir o que possa ter incentivado a inserção da figura feminina na prática delituosa. Para uma melhor compreensão, foram analisados dados dos índices de reclusas a nível nacional, estadual e municipal.

Palavras-chave: mulheres; tráfico de drogas; criminalidade; encarceramento

Abstract: Crime in Brazil has gained evidence in the media, involving crimes of different natures. Among such crimes, drug trafficking committed by women has been increasingly in evidence. The work points to the vertiginous increase in the number of prisoners, especially with regard to the figure of women. With the changes arising from the Drug Law (Law 11.343/06), the cases of the cases of arrests for drug trafficking have increased, and among this increase what stands out are the arrests of women involved in this crime. However, there is a need for more studies on female crime, which is still in a reduced number. It is assumed that the prisons themselves were built and destined for the male figure, showing a different treatment between incarcerated men and women. In this way, the present work analyzes especially data in the State of Mato Grosso and in the municipality of Alto Araguaia, in order to identify the increase in female incarceration. The issue of the work revolves around identifying the entry of women into criminality, especially in the face of crimes related to drug trafficking,

22 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: andrearodrigues1987@hotmail.com

23 Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Professora da Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: stefania.mendes@unemat.br.

seeking to discover what may have encouraged the insertion of the female figure in criminal practice. For a better understanding, data from inmate rates at national, state and municipal levels were analyzed.

Keywords: women. drug trafficking. crime. incarceration

INTRODUÇÃO

A criminalidade em nosso país tem ganhado grande destaque nas mídias, envolvendo crimes das mais variadas naturezas. Entre tais crimes, um tem ganhado grande destaque, o tráfico de drogas praticado cada vez mais por mulheres. (HELPEES, 2014, p.16).

Segundo Cleber Masson (MASSON, 2019, p. 23) a Constituição Federal institui no art. 5º, inc. XLIII, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Assim o referido autor frisa que a Lei Suprema, no art. 1º da Lei 8.072/1990 atribuiu ao legislador ordinário um julgamento mais severo nos crimes hediondos, e entre estes crimes está o crime de tráfico de drogas, tortura e terrorismo.

Deste modo, para uma melhor análise da criminalização foi promulgada a Lei 11.343/06, chamada Lei de Drogas, que revogou as leis anteriores, 6.368/1976 e 10.409/2002, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. A Nova Lei, segundo Masson (MASSON, 2019, p. 23) apresentou muitas novidades, como mudanças na pena privativa de liberdade a pessoas que possuem drogas para consumo pessoal (art. 28), criação do tráfico privilegiado (art. 33, §4º), entre outras.

Com essas mudanças na lei os casos de prisões por tráfico de drogas aumentaram, e entre este aumento o que chama atenção são as prisões de mulheres envolvidas nesse crime. As mulheres presas por tráfico de drogas, muitas vezes ocupava a função de mula (aquele que, geralmente transporta drogas em seu corpo). No entanto, nos últimos anos estudos têm mostrado que as mulheres estão alcançando postos de comando e autoridade de bocas de fumo, deixando assim aquela função antes predominante de exercer tarefas inferiores. (HELPEES, 2014, p. 17).

Essa mudança no cenário da criminalidade muitas vezes é decorrente do fato das mulheres serem provedoras de suas famílias, muitas precisam sustentar seus filhos.

Abordando esse tema, a juíza Kenarik Boujikian (2016, p. 16) faz a seguinte colocação:

O envolvimento delas (mulheres) na criminalidade relaciona-se com a sobrevivência, com a necessidade de manter o mínimo de subsistência para si e a família. Às vezes, como atividade única e às vezes para complementar a renda. A maioria das mulheres presas é chefe de família, pobre com filhos pequenos, muitas são vítimas de violência doméstica. (KENARIK BOUJIKIAN, 2016. p. 16)

De acordo com uma pesquisa coordenada pela professora Ana Gabriela Braga, professora de direito penal da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (Unesp), campus de Franca, no ano de 2016, a população carcerária feminina aumentou significativamente, pois entre 2000 e 2012 o ingresso de homens foi de 130%, enquanto de mulheres foi de 246%.

Os dados analisados são dos últimos 04 (quatro) anos, ou seja, 2018, 2019, 2020 e o primeiro semestre de 2021, pois estes são os dados presentes no sistema de informação da Cadeia Pública do Município. Anos anteriores a estes não eram relatados eletronicamente no sistema, mas por meio de pastas e documentos impressos.

A pesquisa quantitativa se emprega instrumentos estáticos, tanto na coleta como no tratamento de dados e que tem como propósito medir relações entre variáveis, sua preocupação é com a representatividade numérica, isto é, com a medição objetiva e a quantificação dos resultados. (ZANELLA, 2012, p. 95).

Desse modo, por meio das pesquisas queremos analisar se os casos de mulheres reclusas em nosso país, estado e município de Alto Araguaia tem sofrido um declínio ou acréscimo com relação ao crime de tráfico de drogas.

O TRÁFICO DE DROGAS E A LEI 11.343/06

Para um debate acerca do crime de tráfico de drogas se faz necessário alguns pontos conceituais sobre o tema. Dessa forma, Masson (MASSON, 2019, p. 24) observa que a Lei de Droga 11.343/06 mudou a nomenclatura de substância entorpecente ou que cause algum tipo de dependência física ou psíquica para a terminologia mais simples e de acordo com a Organização Mundial de Saúde, drogas.

Deste modo, o art. 1º, parágrafo único, determinou que drogas são: as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Masson (2019, p. 25) enfatiza que a Lei de drogas determina que drogas são as substâncias classificadas pela Portaria SVS/MS 344/1998, isto é, substâncias conforme portaria do Poder Executivo.

Todavia, Masson (2019, p. 25) frisa uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que determina que mesmo a substância causando dependência física ou psíquica, ela deve estar prevista na Portaria SVS/MS 344/1998, pois caso não esteja, não estará de acordo com o elemento normativo da Lei 11.343/06 que frisa “drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Inicialmente, emerge a necessidade de se analisar o preceito contido no parágrafo único do art. 1º da Lei de Drogas, segundo o qual “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Em acréscimo, estabelece o art. 66 da Lei de Drogas que, “Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substância entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”. Verifica-se, assim, que, sistematicamente, por uma opção legislativa, o art. 66 ampliou o universo de incidência dos comandos proibitivos penais. Portanto, a definição do que sejam „drogas”, capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei nº 11.343/06, advém da Portaria nº 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Nesse contexto, por ser constituída de um conceito técnico-jurídico, só será considerada droga o que a lei (em sentido amplo) assim o reconhecer. Desse modo, mesmo que determinada substância cause dependência física ou psíquica, se ela não estiver prevista no rol das substâncias legalmente proibidas, ela não será tratada como droga para fins de incidência da Lei nº 11.343/2006. (MASSON, 2019, p. 26 apud STF)

Vale ressaltar conforme cita o autor, que se alguma pessoa for presa portando substância proibida, e se posteriormente tal substância for excluída do rol de drogas proibidas da Portaria SVS/MS 344/1998, a retroatividade é obrigatória pois deve obedecer ao art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, gerando a supressão do crime, isto é, *abolitio criminis*.

Todavia, a Lei de Drogas 11.343/06 ao mudar tanto a nomenclatura como também artigos e penas privativas de liberdade trouxe consigo um problema social catastrófico, o grande aumento de prisões por tráfico de drogas, ressaltando os números alarmantes de mulheres reclusas por tal crime. De acordo com a Lei 11.343/2006, art. 2º, caput:

Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso (BRASIL, 2006).

Bruna Angotti (2015), no artigo “O encarceramento feminino como ampliação da violação dos direitos” menciona que entre os fatores responsáveis por esse aumento está o fato do Poder Judiciário apresentar um rigor extremo punitivo com relação as prisões por tráfico, isto é, a problemática da Lei de Drogas não deixar claro a quantidade de drogas que se configura tráfico, ou as circunstâncias do crime acarretaram um aumento significativo de mulheres presas.

Isto acontece, segundo a autora porque a interpretação da lei acontece de maneira subjetiva e seletiva, tornando as prisões desigual, ocasionando o encarceramento em massa de pessoas enquadradas como traficantes.

Bruna Angotti (2015) ressalta que tais mudanças na lei geraram um encarceramento em massa de mulheres, e com isso consequências que envolvem políticas públicas e saúde pública. Entre tais consequências, a referida autora cita: aumento de presas provisórias, superlotação prisional, falta de assistência à saúde das reclusas, principalmente nas cadeias públicas e onde ficam as presas provisória, o enorme risco de contágio de doenças infectocontagiosas, e também o problema da falta de vagas que possibilitem um regime mais favorável as reclusas.

A autora enfatiza que com o intuito de ajudar a diminuir esses dados de uma realidade tão triste, entidades que trabalham com o encarceramento feminino têm buscado chamar a atenção das autoridades para buscar juntos tentarem buscar soluções eficazes para essa problemática.

A FIGURA FEMININA E O ESTUDO DA CRIMINALIDADE

A Criminalidade sempre foi algo de muito debate nas mais variadas ciências. Entre essas, destacamos a Sociologia que discutia tal assunto com o objetivo de retirá-la da esfera individual e patológica, e inseri-la na esfera social. Isso porque, segundo muitos sociólogos como Marx (1974) o capitalismo impõe aos trabalhadores uma violência que pode ser surda e disfarçada, sob as relações de trabalho, a disciplina, as relações jurídicas, ou ainda, uma violência direta que ficam a cargo do judiciário, polícia e prisão. Marx (1974), desse modo faz a seguinte reflexão acerca da criminalidade:

Filósofo produz ideias, poetas poesias, pastor prédicas, professor compêndios e assim por diante. Um criminoso produz crimes. Se mais de perto observarmos o entrosamento deste último ramo de produção com a sociedade como um todo, libertar-nos-emos de muitos preconceitos. O criminoso não produz apenas crimes, mas também o direito criminal e, com este, o professor

que produz preleções de direito criminal e, além disso, o indefectível compêndio em que lança no mercado geral mercadorias, as suas conferências. (...) O criminoso produz ainda toda a polícia e a justiça criminal (...) O criminoso quebra a monotonia e segurança cotidiana da vida burguesa. Por conseguinte, preserva-a da estagnação e promove aquela tensão e turbulência inquietantes. Estimula assim as forças produtivas. (...) (HELPEES, 2014, p. 22 apud MARX, 1974)

Diante do cenário já observado por um sociólogo tão importante como Marx (1974), com colocações precisas de que a sociedade precisa mudar, tirar a vida burguesa da estagnação, pode-se fazer uma reflexão acerca das mudanças que ocorreram com o panorama feminino.

Isto porque a mulher durante muito tempo sempre foi vista pela sociedade como frágil, como uma pessoa que não deveria ter suas opiniões respeitadas ou ouvidas, dependentes ao fato de que deveriam desempenhar somente o papel de mulher, mãe e esposa.

De acordo com Dutra (DUTRA, 2018, p.03) para enaltecer o papel antes atribuído à mulher, podemos citar uma frase de Simone de Beauvoir (1949, p. 13) “*não se nasce mulher, torna-se*”, isto porque a mulher tem como referencial ser subordinada aos padrões da sociedade que a molda de acordo com os valores históricos e culturais, criando rótulos sociais. A autora ainda ressalta:

Os valores atribuídos pela cultura interferem infinitamente na realidade dos seres humanos, à medida que produzem rótulos, influenciando na concepção do papel dos sujeitos e nas funções conferidas a estes, objetivando a assimilação e representação das condições inerentes a cada um. Reproduziram uma imagem discriminatória a respeito da mulher, ressaltando a honra desta como extensão da honra masculina, resultante do controle da sociedade sobre o sujeito. (DUTRA, 2018, p. 03).

Seguindo esse raciocínio, podemos citar a autora Daniela Canazaro de Mello que faz menção ao fato de que ao cometer algum tipo de conduta incoerente com a sua condição de mulher, as mesmas estariam adentrando num meio que compete somente aos homens. O conceito de gênero mencionado por Mello (MELLO, 2016, p. 72) aborda uma reflexão acerca do papel feminino:

O sexo biológico com o qual se nasce não determina, em si mesmo, o desenvolvimento posterior em relação a comportamentos, interesses, estilos de vida, tendências das mais diversas índoles, responsabilidades ou papéis a desempenhar, nem tão pouco determina o sentido ou a consciência de si mesmo/a, nem das características de personalidade, do ponto de vista afetivo, intelectual ou emocional, ou seja, psicológico. Isso tudo seria determinado pelo processo de socialização e outros aspectos da vida em sociedade e decorrentes da cultura que abrange homens e mulheres desde o nascimento e ao longo de toda a vida, em estreita conexão com as diferentes circunstâncias socioculturais e históricas. Os seres humanos tem diferenças sexuais, mas de

maneira semelhante a todos os outros aspectos de diferenciação física, elas são experimentadas simbolicamente. Nas sociedades humanas, elas são vividas como gênero. (MELLO, 2016, p. 72 apud Strey, 1998, p. 182-183).

Segundo a autora Ana Gabriela Mendes Braga (BRAGA, 2015, p. 307) o sistema penitenciário brasileiro, infelizmente é conhecido internacionalmente como um país violador de direitos da dignidade das pessoas presas, e este cenário caótico, a autora ressalta que as mulheres são as mais afetadas. Mesmo sendo minoria no sistema penitenciário, essas mulheres têm seus direitos sexuais e reprodutivos desrespeitados, não tendo suas necessidades específicas atendidas.

Dutra (DUTRA, 2018, p.03) relata que a definição de gênero nasceu com o objetivo de diferenciar não somente, às diferenças fisiológicas e sexuais, mas também as percepções sociais entre estes, firmando como devem ser os comportamentos masculinos e femininos, deste modo, não permitindo às mulheres se distanciarem desses comportamentos.

No entanto, mesmo ganhando esse espaço em meio a sociedade, algumas diferenças ainda são gritantes. Dutra (DUTRA, 2018, p.05) coloca as diferenças salariais de gênero, o que ocasiona uma tensão e frustração entre homens e mulheres. A autora pontua que isso ocorre pelo fato de a grande maioria das mulheres ocuparem empregos terciários com rendimentos inferiores aos masculinos, impulsionando as mulheres a buscarem meios alternativos de auferir renda.

Todavia, toda essa visibilidade feminina também gerou alguns problemas sociais, como o crescente número de mulheres no cometimento de crimes, mas Dutra (DUTRA, 2018, p.06) pontua que não podemos atrelar essa situação feminina somente ao fato da mulher ter adentrado no mercado de trabalho, mas também como resultado de outros fatores sociais.

Para o importante médico psiquiatra renomado, Cesare Lombroso (1836-1909), o criminoso é identificado a partir de fenótipo dos indivíduos, isto é, o mesmo afirmava que era possível evidenciar um criminoso analisando somente o semblante, pautando sua teoria no determinismo biológico.

Helpes (HELPEES, 2014, p. 47) evidencia toda essa teoria de Lombroso (1839-1909), citando:

Para ele, existiria uma “essência” masculina e uma feminina, sendo que a segunda, tem como característica natural a passividade, o que a afasta do cometimento de crimes, principalmente os mais violentos. Assim, as mulheres que fogem a esta regra de sua “natureza” possuem um organismo mais masculinizado do que as mulheres “normais” (HELPEES, 2014, p. 47).

O médico definia a mulher criminosa seguindo um “perfil”, que segundo Helpes (HELPE, 2014, p. 48) se caracterizava da seguinte forma: “assimetria craniana e facial, mandíbula acentuada, estrabismo, dentes irregulares, clitóris e lábios vaginais grandes e sexualidade exacerbada e pervertida”.

Deste modo, a mulher sempre foi julgada e repudiada pela sociedade, e nesse raciocínio de Lombroso (1839-1909), a mulher criminosa seria considerada um monstro. Helpes (HELPE, 2014, p. 49) ressalta que ao cometer qualquer crime, a mulher era duplamente culpada, duplamente criminosa, e com isso deveria pagar pelo erro com castigos duplamente maior.

ANÁLISE DE DADOS ACERCA DO ENCARCERAMENTO FEMININO – NO BRASIL E NO MUNICÍPIO DE ALTO ARAGUAIA/MT

Vimos que o número de mulheres envolvidas no tráfico de drogas cresce a cada dia. Muitas mulheres adentram nesse mundo do crime por influência dos companheiros ou por questões econômicas, pois muitas são provedoras da família.

A autora Daniela Canazaro de Mello (MELLO, 2016, p.230) coloca que o perfil das mulheres reclusas provém de grupos desfavorecidos, ou seja, são mulheres que tem um histórico de vida marcado pela precariedade educacional, afetiva e material. Muitas dessas sofreram violência física e sexual.

De acordo com dados do Infopen (2020) o Brasil tem uma população carcerária de 753.966 (setecentos e cinquenta e três mil, novecentos e setenta e sete) pessoas. Isso coloca o Brasil na 3ª posição com maior número de pessoas encarceradas nos presídios brasileiros. Todos esses dados demonstram uma realidade triste que tem como causa a falta de uma política que olhe para as mazelas sociais do nosso país.

Segundo dados do Infopen (2020) no período de janeiro a junho de 2020 a população carcerária brasileira era de 716.967 (setecentos e dezesseis mil, novecentos e sessenta e sete) do sexo masculino, que corresponde a 95,09%, e 36.999 (trinta e seis mil, novecentos e noventa e nove) do sexo feminino, correspondendo a 4,91%.

Quando olhamos os dados acima e vemos que a população carcerária tem maior predominância de homens, pensamos que então o número de mulheres presas é muito baixo. No entanto, de acordo com dados do Infopen (2020), sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, o número de mulheres presas nos últimos anos tem aumentado significativamente. Para se ter uma ideia, no

ano de 2000 eram 5,6 mil (cinco mil e seiscentos) detentas. De acordo com o órgão, no período de janeiro a junho de 2020, o número subiu absurdamente para 36.999 (trinta e seis mil, novecentos e sessenta e seis) detentas representando quase 5% da população carcerária brasileira.

Vale ressaltar que segundo o Infopen, esses dados são das Unidades de Monitoramento Eletrônico e Patronato Central de Curitiba, e não aborda os dados das Polícias Judiciárias (Federal, Distrital e Estadual), nem dados dos Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

O gráfico abaixo, demonstra um panorama dos números de mulheres na última década, confirmando que a situação dos presídios brasileiros é muito preocupante. Isto porque sabe-se que estes locais não oferecem infraestrutura adequada para essas pessoas com situações muito precárias em todos os setores, principalmente na saúde e higiene, e também não possuem um sistema de ressocialização eficiente para preparar tais mulheres a voltarem para o convívio social.

Gráfico - Número de mulheres presas no Brasil nos anos de 2000 a junho de 2020



Fonte: Infopen, 2020

Para uma melhor comparação de dados sobre mulheres encarceradas no nosso país buscou-se coletar informações na Cadeia Pública do Município de Alto Araguaia. As informações foram pedidas por meio de ofício ressaltando que todos os dados seriam usados na pesquisa em questão.

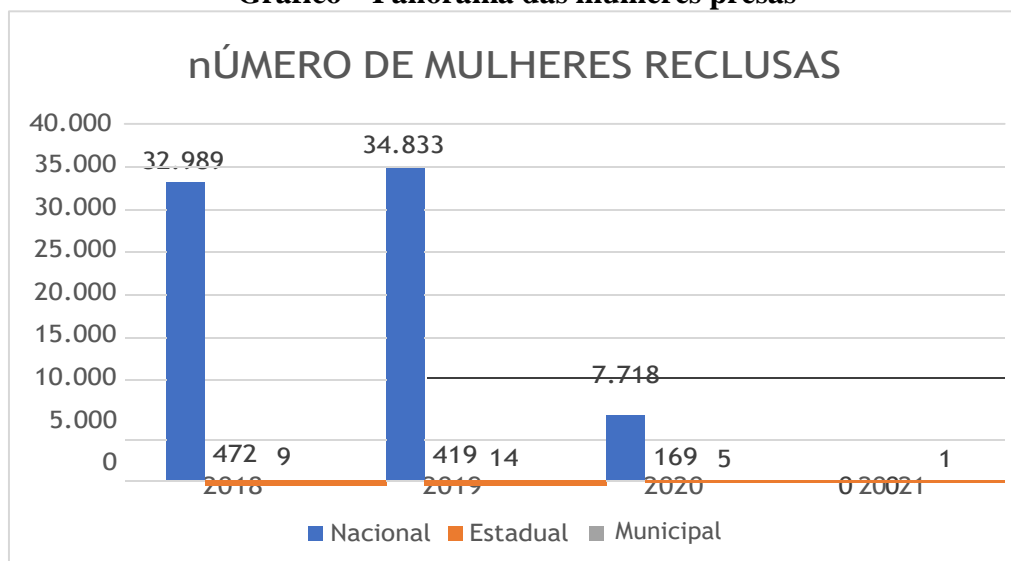
Os dados analisados no município de Alto Araguaia, fornecidos pela Cadeia Pública são dos anos de 2018, 2019, 2020 e início de 2021, pois estes são os anos presentes no sistema de informação do município.

No que diz respeito ao número de mulheres reclusas no município de Alto Araguaia, no ano de 2018 foram presas 09 (nove) mulheres pela tipificação de tráfico de drogas, enquadradas nas Lei 6.368/79 e 11.343/06, Nova Lei de Drogas.

No ano de 2019, conforme dados coletados o número de mulheres reclusas no município foi o quantitativo de 14 (quatorze) mulheres, demonstrando um acréscimo ao número do ano anterior. Destas detidas 09 (nove) foram em flagrante, o que comprova o avanço da inserção das mulheres no crime de tráfico de drogas.

Já os dados coletados no ano de 2020 relatam um decréscimo significativo na prisão de mulheres por tráfico de drogas no município, pois foram 05 (cinco) detentas. Deste total de reclusas, 03 (três) foram em flagrante, 01 (um) por portaria, 01 (um) por despacho. Os dados repassados do ano de 2021 são até o mês de maio, e nesse período somente 01 (uma) mulher foi presa por tráfico de drogas na circunstância de flagrante.

Gráfico – Panorama das mulheres presas



Fonte: INFOPEN. Cadeia Pública de Alto Araguaia. 2021

Após todos os dados coletados sobre a incidência de mulheres encarceradas pelo tráfico de drogas percebe-se que ocorre muitas mudanças, pois há anos em que os casos aumentaram, e há anos em que ocorre um decréscimo.

Todavia, não podemos esquecer que mesmo ocorrendo um decréscimo os números são alarmantes, tendo em vista que a situação dos presídios femininos é

péssima, pois é fato que muitos presídios não oferecem nem o absorvente, tornando essas mulheres mais excluídas e desamparadas pelas políticas sociais brasileiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos dados obtidos a partir da análise quantitativa e qualitativa não é possível mensurar as consequências e prejuízos para essas mulheres encarceradas. Sabe-se que a forma punitiva em nosso país é a prisão nos presídios e cadeias públicas, porém sabe-se ainda que tais lugares não oferecem as condições mínimas de dignidade para essas pessoas.

Como mencionado no decorrer do trabalho estudos acerca da criminalidade feminina relatam um aumento significativo no número de reclusas, tendo como suas causas alguns pontos como: aumento da renda familiar, influência dos companheiros, mudanças na legislação.

Diante dos dados coletados, muitas mulheres são provedoras de suas famílias, em que filhos e filhas dependem totalmente delas para sua sobrevivência. Desta forma, muitas começam a praticar pequenos delitos e acabam se envolvendo no tráfico de drogas.

Deste modo, estudos acerca da criminalidade feminina, ou seja, entender o porquê essas mulheres adentram no crime ajudariam, talvez a mudar e auxiliar novas legislações e a criação de políticas públicas voltadas para essa problemática.

Conforme vimos nos dados coletados e analisados nos anos de 2018 a 2021, o número de mulheres reclusas tanto a nível nacional como estadual é muito grande. Mesmo os gráficos demonstrando um decréscimo no número de detentas percebemos que tais dados ainda são altos.

Entre as causas desse aumento nos números pode-se mencionar a legislação que aborda sobre o tráfico de drogas, Lei 11.343/06, pois a lei trata tal crime com maior rigor, e além disso não deixa claro a questão da quantidade de drogas que caracteriza o tráfico de drogas.

Os dados do Infopen e da Cadeia Pública de Alto Araguaia nos demonstram que a maioria dos crimes cometidos por mulheres são por tráfico de drogas, isso porque muitas estão em situação de vulnerabilidade. Se olharmos os dados estatísticos do Estado de Mato Grosso percebemos que a média sempre está mais alta que a média nacional.

Já com relação aos dados coletados no município de Alto Araguaia percebe-se que o percentual de reclusas presas em flagrantes é bem grande, mesmo os números demonstrando um decréscimo. Outro ponto a ser destacado é a falta de escolaridade das reclusas, pois percebe-se que nenhuma das mulheres presas possuíam Ensino Superior, e algumas somente foram alfabetizadas, ou seja, não possuem instrução ou conhecimentos que as ajudem na reivindicação de seus direitos.

Outro aspecto relevante é com relação ao nível socioeconômico, pois a maioria das 26 (vinte e seis) mulheres presas no município de Alto Araguaia, ou estavam desempregadas ou eram mulheres que trabalhavam somente no lar. Já a faixa etária é importante mencionar que o crime de tráfico de drogas está inserido nas diversas etapas da vida, pois algumas mulheres eram menores de idade, e outras já tinham mais de 50 (cinquenta) anos.

Enfim, mesmo com alguns acréscimos e decréscimos com relação ao número de reclusas, sabemos que os presídios brasileiros está muito aquém de ajudar essas mulheres a saírem do crime de tráfico de drogas, pois sabe-se que mesmo depois de cumprirem suas penas muitas continuam no crime por falta de oportunidades que as ajudem a mudar sua história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGOTTI, Bruna. **O encarceramento feminino como ampliação da violação de direitos**. 2015. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/o-encarceramento-feminino-como-ampliacao-da-violacao-de-direitos/>. Acesso em: 04 de julho de 2021

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos** / Gabriel Ignácio Anitua; tradução Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamentos criminológicos; 15).

BIZZOTTO, Alexandre & RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOUJIKIAN, Kenarik. **Mulheres encarceradas, artigo de Kenarik Boujikian**. In EcoDebate. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2016/03/10/mulheres-encarceradas-artigo-de-kenarik-boujikian>. Acesso: 25 de maio de 2021

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 29 de maio de 2021

BRASIL, Lei 11.343 de 24 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm . Acesso: 29 de maio de 2021.

BRASILIA. **Superior Tribunal de Justiça**. 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8610056/habeas-corpus-hc-139667-rj-2009-0118642-1/inteiro-teor-13677987>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

BRASILIA, **Supremo Tribunal de Justiça**. Brasília. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207920770/recurso-especial-resp-1577276-rs-2016-0007134-6>. Acesso em: 25 de maio de 2021

BRASILIA, **Supremo Tribunal de Justiça**. Brasília. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465733221/habeas-corpus-hc-370032-sp-2016-0234059-7/inteiro-teor-465733231>. Acesso em: 25 de maio de 2021

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CONVENÇÃO SOBRE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS DE 1971. Disponível em: http://www.incb.org/documents/Psychotropics/conventions/convention_1971_es.pdf. Acesso: 29 de maio de 2021.

CONVENÇÃO ÚNICA SOBRE ENTORPECENTES DE 1961. Disponível em: http://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf. Acesso: 29 de maio de 2021

Depen (Departamento Penitenciário Nacional). Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso: 20 de junho de 2021

DUTRA, Thaíse Concolato. **A Criminalidade Feminina com relação ao tráfico de drogas, frente à Lei 11.343/06**. 2018. 35 fls. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

MASSON, Cleber. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais** / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: Vivências de mães encarceradas a realidade brasileira e portuguesa.** / Daniela Canazaro de Mello. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STREY, Marlene Neves. Gênero. In: JACQUES, Maria da Graça Corrêa et al. **Psicologia Social Contemporânea**. Editora Vozes, Petrópolis, 1998.

HELPES, Sintia Soares. **Vidas em jogo**: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas / Sintia Soares Helpes. – 2014

SOBRE OS AUTORES

Aldo A. Nunes Filho - Doutorando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Advogado e membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. E-mail: aldofilhoo@outlook.com.

Antônio Leonardo Amorim – Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

Anderson Rocha Rodrigues – Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Especialização em Ciências Criminais pela PUC/MG e Mestrado em DIREITO pela Universidade Católica de Petrópolis (2017). Atua como professor nas seguintes instituições: Faculdade de Miguel Pereira (FAMIPE), nas matérias de Crime e Sociedade, Direito Penal e Direito Processual Penal e no Curso Preparatório às Escolas Militares - CPREM - CONCURSOADM. Atuou na Universidade do Estado de Mato Grosso, nas matérias de Direito Penal, Direito Constitucional e Direito Administrativo em Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino - IESDE BRASIL S/A e foi conciliador no Fórum Regional de Bangu/RJ (2020/2021).

Andréa Rodrigues Silva - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: andrearodrigues1987@hotmail.com

Estephane Maria Forte Bezerra - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: estephane.maria@unemat.br.

Gustavo Barbosa - Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso, e-mail: gusstavobarbosa@gmail.com.

Itamara Lopes Gonçalves - Docente Orientadora no curso de Graduação da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato grosso (UNEMAT). Especialista em Novo Código de Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Mestranda em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: itamaralopesgoncalves@gmail.com.

Joelma Sônia Pereira Barreto - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: jospbarreto@gmail.com

Jheneffer França de Morais Oliveira - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso, email: Jheneffermorais@gmail.com.

Maria Ester Inácio De Melo - Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: meimelo@hotmail.com.

Mizael de Faria Silva - Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso, tecnólogo em segurança, Policial Militar, e-mail: mizaelsilva@pm.mt.gov.br.

Mylena Alves Aragão - Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), e-mail: mylaaraas@gmail.com.

Nathália Rodrigues Corrêa Marques - Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso, pós graduanda em prática criminal e medicina legal, e-mail: nathaliarodrigues1903@hotmail.com.

Paola Flores Serpa - Advogada. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) - área de concentração em Diretorias Humanas. Especialista em Direito Processual Penal (2015-2016). Possui graduação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2013), e-mail: paserp@hotmail.com.

Paulo Eduardo Elias Bernacchi - Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis/RJ (2017) - Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito com área de concentração única em JUSTIÇA, PROCESSO E DIREITOS HUMANOS, na linha de pesquisa Processo e efetivação da justiça e dos direitos humanos. MBA em LLM Direito Corporativo pelo IBMEC-RJ (2006-2007). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2005). Membro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) na Turma de Ética e Disciplina (TED) e membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB/RJ (2018/2021). Atualmente é advogado.

Roberto Ribeiro da Fonseca Junior - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: roberto.ribeirofj@gmail.com.

Stefânia Fraga Mendes - Mestre pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2014-2016). Graduada pela Faculdade de Direito de Franca (2009-2013). É professora da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Foi bolsista CAPES (2014-2016). Foi bolsista do Centro Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq (2010/2011 e 2012/2013). Membro de grupo de pesquisa - Projeto de Extensão. Áreas de pesquisa: Direito Civil - Obrigações, Contratos e Família.

Valdivina Alves Barros - Graduada em Licenciatura em Computação pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Graduada em Direito – Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). E-mail: donadivinabarros@gmail.com.

ISBN 978-655376025-7



9

786553

760257