

DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA CLÍNICA

JHÉSSICA LUARA ALVES DE LIMA
(Organizadora)

Rayza Jerônimo Gonçalves
Prefaciadora

**DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS
EM PERSPECTIVA CLÍNICA**



JHÉSSICA LUARA ALVES DE LIMA
(ORGANIZADORA)

**DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS
EM PERSPECTIVA CLÍNICA**

1ª Edição

QUIPÁ EDITORA
2022

Copyright © de Jhébssica Luara Alves de Lima. 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 normalização: a autora.

Preparação e diagramação: Quipá Editora

Conselho Editorial:

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito penal e direitos humanos em perspectiva clínica / Organizado por Jhébssica Luara Alves de Lima. — Iguatu, CE : Quipá Editora, 2022.

235 p.: il.

ISBN 978-65-5376-080-6

DOI 10.36599/qped-ed1.181

1. Direito penal. 2. Direitos humanos. I. Lima, Jhébssica Luara Alves de.
II. Título.

CDD 340

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

Obra publicada pela Quipá Editora em setembro de 2022.

Quipá Editora
www.quipaeditora.com.br
@quipaeditora

Dedicamos esta coletânea a todo(a)s o(a)s estudantes da Universidade Federal de Roraima, como incentivo à pesquisa e integração ensino, pesquisa e extensão. Essa coletânea foi elaborada em período pandêmico de COVID-19, com aulas remotas. É necessário esforço para dedicar-se aos estudos em um contexto de tragédia humana, quando a prioridade nº 1 é a vida/sobrevivência. Parabéns aos autores e autoras.

Jhéssica Luara Alves de Lima

PREFÁCIO

A presente coletânea é parte de um importante projeto desenvolvido pela Prof.^a Dr.^a Jhéssica Luara Alves de Lima no âmbito da Universidade Federal de Roraima (UFRR), qual seja, Projeto Clínica Jurídica, código PIJ370-2022. Esse projeto está sendo desenvolvido em conjunto com os discentes e a equipe de monitoria.

Os discentes da turma de Direito Penal II, semestre 2022.1, da Universidade Federal de Roraima aceitaram o desafio de escrever artigos científicos enquanto se dedicavam aos estudos de Direito Penal. O objetivo era ressignificar o aprendizado e garantir a memória e disseminação dos estudos desenvolvidos no decorrer da disciplina. O projeto pretende trazer significativa contribuição no âmbito das Ciências Jurídicas Criminais e Humanas.

Dessa forma, a coletânea está inserida em momento histórico onde o Direito Penal possui importante papel social para efetivar a Justiça. Assim, o projeto possui um olhar crítico-reflexivo, levando em conta as lacunas da lei penal e a falta de efetivação dos deveres e garantias de pessoas que são tuteladas pelo Direito Penal, trazendo sugestões para resolução de conflitos na lei penal e formas para auxiliar na efetivação de direitos constitucionais, penais e humanos.

Nesse contexto, os capítulos trazem temas atuais, voltados para o Direito Penal, que levam em conta a interdisciplinaridade, uma vez que são abordados assuntos que envolvem Direitos Humanos, Direito Constitucional, Sociologia, Filosofia, entre outras matérias. É evidente o esforço e dedicação do(a)s autore(a)s, tendo em conta o cuidado e zelo para desenvolver de forma clara e precisa suas temáticas.

É fascinante como operadores de direito tão jovens conseguem trabalhar com facilidade temas tão delicados e caros à nossa sociedade como a pena de fome, violência de gênero e direitos dos encarcerados. Não seria possível esperar menos, tendo em vista as metodologias participativas e o trabalho didático e árduo da professora Jhéssica Luara durante toda a disciplina de Direito Penal. É nítido o cuidado e a dedicação da professora para formar juristas humanos, críticos e competentes.

Boa leitura!

Rayza Jerônimo Gonçalves

AGRADECIMENTOS

Agradecemos aos discentes autores e autoras desta obra, por terem aceitado o desafio de escrever sobre temáticas tão relevantes e que necessitam de ampla discussão no mundo jurídico. Essa é a minha primeira turma de Direito Penal em todos esses anos de docência e, portanto, guardam um lugar especial no meu coração e na minha memória pela construção mútua de conhecimento, como deve ser o processo de ensino-aprendizagem em Direito. Durante todo o semestre 2022.1, mesmo em período pandêmico, com aulas remotas e com as dificuldades de concentração que naturalmente esse período apresenta, posso afirmar que essa turma se mostrou resiliente e dedicada frente aos desafios que lhes foram apresentados e o resultado desse esforço merece ser compartilhado por meio desta publicação, como incentivo à pesquisa e reflexões jurídicas como contribuição à sociedade brasileira. É importante registrar que o(a)s discentes, além de participar desse projeto de pesquisa, também participaram do projeto de ensino “Semeando ensino jurídico” ao desenvolver *posts* informativos de instagram sobre temas de Direito Penal (@clinicajuridicaufr).

Também agradecemos à Rayza Jerônimo Gonçalves, que atuou no semestre 2022.1 como monitora na disciplina Direito Penal II por sua dedicação em orientar o(a)s discentes em suas dúvidas acadêmicas, minimizando eventuais déficits e incentivando o corpo discente a participar ativamente das atividades de ensino, pesquisa e extensão. Nada mais justo que fosse convidada a elaborar o prefácio desta obra, por conhecer de perto os trabalhos que esta compõe.

Agradecemos, ainda e em especial, aos autores e autoras convidado(a)s a participar desta obra, por enriquecer nosso capital cultural com suas contribuições científicas. Tratam-se de pesquisadore(a)s, mestre(a)s e doutore(a)s dedicado(a)s ao ensino do Direito.

Por fim, agradecemos a todos que se dedicam ao estudo do Direito Penal, de forma humana, crítica e reflexiva.

APRESENTAÇÃO

Com alegria, apresentamos a Coletânea “Direito Penal e Direitos Humanos em perspectiva clínica”. O objetivo é oportunizar a vocês, caros leitores e leitoras, o acesso a estudos científicos, desenvolvidos por estudantes universitários de excelência da Universidade Federal de Roraima e pesquisadore(a)s convidado(a)s. A obra conta com 22 (vinte e dois) capítulos, organizados em duas seções.

Na Seção 1, estão dispostos os trabalhos na área de Ciências Jurídico-criminais e Direitos Humanos desenvolvidos pelos acadêmicos de Direito da UFRR, no caso: Letícia Alencar Ferreira; Vitória Maria Fernandes Dias; Marcell Braga Santiago dos Santos; Karine da Costa Borges; Maryana Sousa de Oliveira; Wanessa Silva Andrade; Isabela Lima Santiago; José Maria Barros Brandão Júnior; Vinícius Mussato Lopes; Ruiz Gabriel Campos de Carvalho; Amanda Mota Costa; Maurício de Souza Colares; Abraão Anderson Barbosa; Klemenson Marcolino; Luiz Cariman Salazar Júnior; Alária Gomes Araújo Felípe; Caroline Campos de Souza; Luanna Emilly dos Santos Rodrigues; Débora Costa Pereira; Susy Karine Silva de Almeida Marques; Vithória Beatriz Silva Vieira; Anderson Araujo Fernandes do Couto; Leila de Sena Blos; Maristhella Nara Alves de Lima; Evelyn Maísa Neves da Silva; Rodrigo Esbell Rodrigues; Matheus do Vale Mota; Vitória Manuella de Sousa Bastos; e Wailerc Comota Silva Brito. Os discentes desenvolveram seus artigos de forma supervisionada durante a disciplina Direito Penal II, ministrada no semestre 2022.1 pela organizadora desta obra.

A Seção 2, por sua vez, é composta por trabalhos também na área de na área de Ciências Jurídico-criminais e Direitos Humanos desenvolvidos por pesquisadore(a)s, mestre(a)s e doutore(a)s convidado(a)s, enriquecendo a obra. São eles: Priscila Elise Alves Vasconcelos; Rhannele Silva de Pieri; Gustavo Américo Máximo Santana Costa; Eduarda Shirley Fernandes de Oliveira Vale Pedrosa; Carmem Tassiany Alves de Lima; Lindocastro Nogueira de Moraes; Nilza Dutra Alves; Rayza Jerônimo Gonçalves; João Gabriel Saldanha de Almeida, Saullo Henrique Chaves de Castro, Rafael Danrley Barra de Menezes e a organizadora da presente coletânea.

Como é possível observar, a Coletânea cumpre com o seu propósito de realizar uma análise clínica dos problemas jurídicos e sociais na seara criminal, tendo como base a educação em direitos humanos. Os bens jurídico-penais são provenientes da Constituição

do Brasil e ao Direito Penal incumbe-lhe a atribuição de proteger e garantir os direitos fundamentais nela dispostos.

Desejamos excelente proveito dos estudos ora publicizados.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

APRESENTAÇÃO

SEÇÃO 1 – CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS

CAPÍTULO 1	12
SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA: CONTEXTO, CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA PRECARIIDADE DO ATUAL SISTEMA PENAL	
CAPÍTULO 2	22
PENAS ALTERNATIVAS COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO	
CAPÍTULO 3	32
O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ENQUANTO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE DIREITOS	
CAPÍTULO 4	41
O PAPEL DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA E DA IGREJA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO	
CAPÍTULO 5	53
ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE FURTO SIMPLES PRATICADO POR REINCIDENTE	
CAPÍTULO 6	64
DIREITO PENAL E O PACOTE ANTICRIME	
CAPÍTULO 7	73
PACOTE ANTICRIME: O AUMENTO DO TEMPO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO DA PENA E SEUS EFEITOS NO SISTEMA PRISIONAL	
CAPÍTULO 8	84
A RESPONSABILIDADE DIRECIONADA À MULHER EM UM CRIME ONDE É VÍTIMA	
CAPÍTULO 9	100
EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO ALTERNATIVA DE PENA NOS CASOS DE CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE	
CAPÍTULO 10	112
PENA DE FOME: A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	
CAPÍTULO 11	122
TRIBUNAL DO JÚRI NA REALIDADE BRASILEIRA: PRÓS, CONTRAS E REFLEXÕES	

CAPÍTULO 12	130
LEGALIZAÇÃO DA MACONHA, CONSEQUÊNCIAS NO CENÁRIO JURÍDICO E SOCIAL	
SEÇÃO 2 – ARTIGOS CONVIDADOS	
CAPÍTULO 13	138
ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO PENAL A CONDUTA PREVISTA NA LEI N.º 12.990/2014: USURPAÇÃO DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS	
CAPÍTULO 14	149
ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O DESAFIO DA PALAVRA DA VÍTIMA	
CAPÍTULO 15	158
DIREITOS HUMANOS E DISCRIMINAÇÃO RACIAL	
CAPÍTULO 16	169
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: UM OLHAR DO CASO XIMENES LOPES <i>VERSUS</i> BRASIL	
CAPÍTULO 17	192
PESQUISA DE CAMPO: PENAS APLICADAS AOS QUE MALTRATAM ANIMAIS	
CAPÍTULO 18	197
REABILITAÇÃO CRIMINAL, RESSOCIALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS	
CAPÍTULO 19	206
IMPORTÂNCIA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA COMO SANÇÃO PENAL	
CAPÍTULO 20	212
A AÇÃO DA FORÇA POLICIAL BRASILEIRA PERANTE OS CIBERCRIMES: CONSIDERAÇÕES E POTENCIALIDADES	
CAPÍTULO 21	222
CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO PENAL	
CAPÍTULO 22	229
PRINCIPAIS ASPECTOS DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES	
SOBRE A ORGANIZADORA	234
INDICE REMISSIVO	235

SEÇÃO 1
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS

CAPÍTULO 1

SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA: CONTEXTO, CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA PRECARIEDADE DO ATUAL SISTEMA PENAL



Letícia Alencar Ferreira¹



Vitória Maria Fernandes Dias²



Marcell Braga Santiago dos Santos³

RESUMO

O presente artigo tem como pano de fundo a realidade do sistema prisional brasileiro atual, regido pelas normas legais e constitucionais acerca da matéria. Partindo daí, ele possui como objetivo geral tratar da problemática brasileira da superpopulação carcerária, levando em conta para tanto as especificidades e particularidades das leis penais e criminais brasileiras, em especial o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, além das demais legislações que versem sobre a questão prisional. O que se busca é fazer uma investigação sobre as causas e motivos que levam o país possuir uma tão expressiva população encarcerada. Para tanto, tratar-se-á de forma breve sobre as funções da pena, apontando a precariedade existente no cenário penal atual, o papel do Estado nessa situação, a realidade no que se refere à garantia dos direitos dos presos, além de uma análise sobre o recorte social daqueles que se encontram dentro do ambiente prisional, no que se refere às suas classes sociais, raças, e demais fatores socioeconômicos que geram uma disparidade na população prisional. Por fim, buscar-se-á apresentar possíveis soluções e melhorias no que se refere a uma minimização ou solução para a situação atual, com o uso de ferramentas legais que buscam ajudar na solução da situação, tais

¹ Discente do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR).

² Discente do curso de Direito da UFRR.

³ Discente do curso de Direito da UFRR.

como programas de ressocialização, educação, trabalho, além de penas alternativas que possam amenizar e desafogar a superpopulação atual. Para tanto, utilizar-se-á de investigação bibliográfica, por meio de artigos, revistas, livros e demais materiais acadêmicos, e através de uma metodologia crítico-reflexiva, gerar uma análise ampla e geral acerca da matéria em questão.

Palavras-Chave: Prisão; População Carcerária; Políticas Públicas; Sociedade Brasileira

INTRODUÇÃO

O Brasil é o sexto país mais populoso do mundo, contando com 213,3 milhões de habitantes em 2021, e é dono da terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas da China e dos Estado Unidos da América, respectivamente (IBGE, 2021). Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o sistema penitenciário (unidades físicas e domiciliares) e outras prisões contam com uma população carcerária de 853.643, tomando por base o período de julho a dezembro de 2021.

As estatísticas revelam ainda, que existem 318,58 presos para cada 100 mil habitantes no país e; segundo o CNJ, essa tendência tem um grande custo para os contribuintes, e nem sempre se reverte numa redução da criminalidade e maior sensação de segurança. A superpopulação carcerária que chegou ao déficit de 212.008 (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2021), faz com que haja a constante necessidade de reformas e construções de novas unidades prisionais que causam um dispêndio cada vez maior do dinheiro público, como o contrato de repasses e recursos estaduais. Em 2021, o Departamento Penitenciário Nacional investiu, para execução entre os anos de 2021 e 2022, cerca de 150 milhões do Funpen na construção e reforma de unidades prisionais em todo o Brasil.

A primeira questão pungente, nesse caso, é: quais os motivos que tornam o Brasil, 6º no ranking de países mais populosos do mundo, um dos três países que mais prende pessoas no mundo, ultrapassando, inclusive, a Índia, que conta com uma população de 1,38 bilhões de habitantes (cinco vezes maior que a do Brasil). Para tanto, o presente artigo há de procurar analisar a teoria penal aplicada no Brasil e como ela se relaciona com os dados previamente apresentados. Uma vez que essa relação tenha sido feita, preocupar-se-á em relacionar a Lei de Drogas – Lei 11.334, principal fator de encarceramento no país. Por fim, discutir-se-á as implicações da superpopulação carcerária, suas consequências e possíveis rotas alternativas para que o problema seja

enfrentado.

Especialistas afirmam que o alto índice de aprisionamento não gera segurança social, e sim, demonstra um conjunto de falhas de políticas públicas quanto à repressão e segurança pública. Portanto, há de se buscar, no presente artigo, uma solução para a diminuição do alto encarceramento no Brasil, que tenha, por fim, a verdadeira sensação de segurança social e o remanejamento dos altos custos com o sistema prisional para setores que realmente necessitem e que, de certa forma, servirão como uma forma de evitar que mais indivíduos entrem no mundo do crime.

SURGIMENTO DA PENA DE PRISÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A pena é uma sanção imposta pelo Estado que visa atingir aqueles indivíduos que descumpriram a lei e ameaçaram bem jurídico, devendo, portanto, estar prevista em lei. Tem o objetivo de retribuir uma sanção para quem praticou o ilícito penal e a prevenção de novos crimes. As penas privativas de liberdade, um dos três tipos previstos no Brasil, podem ser de reclusão, para crimes mais graves, cujo cumprimento já deve iniciar em regime fechado; e de detenção. Por conseguinte, a pena de prisão é, em termos históricos, um fenômeno recente. Na Antiguidade, por exemplo, apenas um criminoso com a privação de sua liberdade, como sanção penal, foi algo quase inexistente. Certamente, o encarceramento de transgressores existe desde tempos imemoráveis, contudo, tal cerceamento não tinha caráter punitivista, sendo utilizado para outras razões, como para garantir a segurança do preso até a definição de sua pena; impossibilitar uma possível fuga, entre outras.

Cabe citar, que as penas utilizadas nesses tempos eram de natureza oposta as que vemos hoje, sendo, naquela época a pena de morte, mutilações, banimento, etc. práticas comuns e efetivas penalizações dos delinquentes. Muito do que se vê nos dias de hoje, como forma de aprisionar os apenados, têm influência da religião, que via na reclusão e no isolamento formas de punir e reeducar o cidadão, que refletiria acerca de suas ações no asilo obrigatório. Segundo Cleber Masson, durante a Idade Média surgiram diversas divisões de delitos, principalmente com o vocábulo “penitência”, que contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão contemporânea, derivando assim os termos “penitenciária” e “penitenciário”. Sobre o cárcere, Masson (2019, p. 170) ainda diz: "O cárcere, como instrumento espiritual de castigo, foi desenvolvido pelo Direito Canônico, uma vez que, pelo sofrimento e pela solidão, a alma do homem se depura e purga o

pecado."

Com influências iluministas, Cesare Beccaria entendia que a pena deveria ser proporcional ao crime e ter a finalidade de isolar o indivíduo, para que o mesmo não viesse a se tornar, futuramente, prejudicial ao meio social. Logo, o isolamento permitiria ao infrator um tempo de reflexão, enquanto a ética e a moral da sociedade seriam reestabelecidas. No entanto, a prisão foi reduzida a um depósito de pessoas, considerando-se que ela não ressocializa os indivíduos de maneira eficaz.

A "guerra às drogas", instaurada nos Estados Unidos, de forma evidente, atacou e marginalizou populações inteiras de pessoas negras, hispânicas e latinas, que já eram historicamente desassistidas pelo Estado, e tornaram-se vítimas de uma política que, em nome do Bem-Estar da população, encarcerou e estigmatizou ainda mais pessoas, simplesmente por sua etnia, raça, cor ou nacionalidade. Ademais, um dos efeitos dessa política segregacionista é o fato de que a proporção de negros presos é 5 vezes maior que a de brancos, enquanto a de latinos é de 1,3 vezes maior que a de brancos (NELLS, 2021). Tamanha análise histórica faz-se necessária para que se compreenda o estado e a situação do sistema prisional brasileiro. Tendo em vista que, muito do que vemos hoje no Brasil, no que se refere ao sistema penitenciário, foi importado dos Estados Unidos Da América, o país que possui a maior população carcerária do mundo e que mais prende atualmente.

A forma como os EUA lida com seus presos é fortemente vista e reproduzida ao redor do mundo, incluindo o Brasil. No entanto, as políticas de superencarceramento, desde muito se sabe, não são capazes de ressocializar o preso, atividade essa que deveria ser a principal missão do presídio. Nesse sentido, é verificado um quadro de violação generalizada e sistêmica de diversos direitos fundamentais perante o sistema prisional, motivado pela incapacidade reiterada e inerte das autoridades públicas para modificarem tal conjectura.

Sob o enfoque da evolução social alcançada, ressalta-se que, não poder-se-ia, em hipótese alguma, ocorrer o descumprimento de direitos previstos na Constituição Cidadã. Mesmo que o aprisionamento tenha como uma de suas implicações a supressão da liberdade, conforme os ditames do processo legal, por outro lado, jamais poder-se-ia privar os encarcerados de quaisquer outros direitos fundamentais, como o direito básico da dignidade.

Evidenciado pela superpopulação carcerária e pela incapacidade do Estado em cumprir com os objetivos da ressocialização dos indivíduos transgressores de infrações penais, o sistema prisional brasileiro torna-se incerto e, por seu turno, cria-se um ciclo de violações múltiplas de direitos humanos dificultando a reintegração do egresso à uma vida social plena. Assim sendo, transparece a incapacidade estatal de cumprir com os seus objetivos diante da sanção penal. (PEREIRA,2017, p. 169).

A pena de prisão, como conhecemos, não funciona em nenhum dos países em que é aplicada. A função reabilitadora da prisão simplesmente não possui nenhum êxito. A função do cárcere tem sido seletiva, silenciadora, neutralizadora daqueles que cometem crimes, porém não de todos os indivíduos e, muito menos, de todos os crimes. Essa determinada cultura de prender alguém como forma de punição, vai além de regimes políticos sociais, e evidencia uma

estreita relação de poder, onde aqueles que controlam os setores de toda a sociedade impõe sua autoridade através da prisão e do exílio daqueles considerados indesejados no meio social.

Para Bitencourt (2017), a prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível, e sua história não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. O autor também reconhece que a prisão reforça os valores negativos do condenado. Por essa razão, recomenda-se que as penas privativas de liberdade se limitem às penas de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação.

A POLÍTICA DA GUERRA ÀS DROGAS NA LEI 11.343/06 E A SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA

O crime que mais prende no Brasil é o tráfico de drogas, sendo responsável por 28% dos encarceramentos no país (BRAZILIENSE, Correio, 2016). Isso pode ser justificado pela política de guerra às drogas adotada pela Lei 11.343/06, um reflexo da Constituição Federal de 1988, que considera os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (BRASIL, 1988). Dessa forma, os crime de drogas são quase equiparados aos crimes hediondos, o que demonstra que o legislador quis atribuir a essas condutas uma intervenção estatal mais severa, demonstrando com isso, que a violação à “saúde pública” possui um grau de reprovabilidade maior perante a sociedade, mas tal fundamentação para explicar o rigor ao tráfico pode estar enraizado em “uma ideologia já formada e estabelecida de que o traficante é um ser violento, trafica o mal para o seio da sociedade” (VALOIS *apud* MARUBAYASHI, 2020).

Impende destacar que por conta da inabilidade do Estado para tratar a questão de drogas no Brasil, a sua rigidez pode ser tomada como a “única medida possível na esfera do direito penal, porque politicamente os Estados não conseguem perceber ou aceitar outra forma de tratar a questão das drogas” (VALOIS *apud* MARUBAYASHI, 2020). Segundo VALOIS, conforme citado por Vanessa Marubayashi, a guerra contra as drogas, que inflige penas tão severas, se perpetua por tantos anos porque “em nome da guerra às drogas nossos valores têm sido desvirtuados, e o nosso sistema jurídico, que deveria ser baseado em princípios, se deteriora, porque a própria guerra às drogas se converteu em princípios”.

Desse modo, pode-se chegar à conclusão de que por conta da severidade da luta contra as drogas, que mal se preocupa com a distinção entre usuários e traficantes, ou com a diferenciação entre um pequeno, médio e grande traficante, muitas pessoas são severamente colocadas por trás das grades, numa necessidade desesperada de conter o crescimento do tráfico. Por isso, pode-se destacar que a guerra em vigor se voltou mais contra as pessoas, e se justifica na necessidade de eliminar o traficante, e não as drogas em si. Nesse sentido, é notável que as pessoas presas nem são os “verdadeiros traficantes”, servindo apenas para aplacar o medo da sociedade no geral, já que o tráfico em si vem acompanhado, normalmente, de diversos outros crimes. Isso pode de ser expresso da seguinte forma:

Essa guerra não tem feito grande coisa a não ser encher as cadeias com pequenos usuários, criar um problema crônico de saúde pública e levar centenas de bilhões de dólares ao ano para as mãos de terroristas e criminosos. A única coisa que a guerra às drogas não conseguiu fazer no mundo ocidental foi cumprir seu objetivo: que as pessoas parassem de usá-las (GLENNY *apud* MARUBAYASHI, 2020).

Além disso, a guerra às drogas, que já se demonstrou guerra às pessoas, demonstra por meio dos dados que tem preferência por pessoas já marginalizadas na sociedade. Essa seletividade prisional é clara quando os dados apontam que 58,1% da população carcerária é preta e parda. Ademais, os dados também mostram que a maioria dos presos nunca finalizou nem o ensino fundamental. (INFOPEN, 2019 *apud* Marubayashi, 2020).

Ademais, a política de drogas inspirada nos EUA, já pode ter seus fundamentos derrubados ao analisarmos que o próprio país “modelo” é aquele que possui umas das maiores populações carcerárias do mundo, demonstrando que políticas severas de combate à criminalidade não são sinônimas de redução de criminalidade (MARUBAYASHI, 2020).

CONSEQUÊNCIAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS DA PENA DE PRISÃO

As consequências geradas pela superpopulação carcerária atingem não só os apenados, mas como toda a sociedade brasileira. A Constituição Federal assegura, que a todos os presos, deve-se haver o respeito à sua integridade física e moral. Contudo, por conta da lotação de celas, os apenados não gozam dessa premissa básica, convivendo diariamente em um espaço mínimo, altamente insalubre, muitas vezes sem o básico sanitário, estando assim expostos a toda sorte de doenças e malefícios.

O Estado, ao permitir uma população exacerbada, seja por inércia ou desinteresse dos gestores públicos, acaba gerando para si própria um problema que poderia ser evitado, causando um ciclo de desarmonias, o que acentua a criminalidade, a reincidência e anula todo o objetivo reintegrador da cadeia. Esse ambiente propicia a realização de rebeliões, como forma dos detentos chamarem atenção do Estado, o que demanda mais gastos com reforços e toda uma situação que poderia e deveria ter sido evitada previamente.

Essa desatenção do Estado é uma das principais causas de reincidência daqueles que saem do presídio e que, desassistidos pelo Estado durante a permanência e também após serem liberados, veem na criminalidade como única forma de sobrevivência, visto o preconceito e aversão a figura do ex-presidiário, que é fortalecida pelo Estado, que deveria ser o responsável por garantir uma ressocialização e reintegração do cidadão na sociedade.

Com isso, gera-se um verdadeiro ciclo vicioso, onde aquele que é condenado e preso, passa por situações degradantes durante sua estadia na prisão, e quando liberado, continua a praticar delitos e gerar prejuízos para com a sociedade, retornando para a cadeia, e gerando mais custos e continuando a superlotação. Percebe-se que a pena de prisão, como é hoje adotada, é ineficiente para o Bem-Estar da sociedade, pois não cumpre um objetivo básico, o de diminuir os níveis de criminalidade.

Em verdade, a pena de prisão em situações tão precárias como as que vemos hoje, faz o contrário, acentua os níveis e casos de criminalidade, indo contra os princípios mais básicos de eficiência, e por consequência contra os princípios mais básicos da Administração Pública, que deveria zelar por um serviço eficaz e eficiente. Nessa seara, deveria ser objetivo maior das políticas penais, a introdução de um sistema que de fato fosse eficiente, e que diminuísse de forma eficaz os níveis de criminalidade no país.

Como o objetivo da pena é observar o delinquente, para garantir que não cometa novos crimes, e evitar seu convívio em sociedade, caso gere algum perigo, é possível que se alcance tais objetivos sem necessariamente condenado ao exílio social, focalizando na ressocialização, fazendo com que esse indivíduo de fato não se sinta sequer tentado a cometer mais delitos. As medidas alternativas à prisão são várias, e já previstas na legislação penal, conhecidas como penas restritivas de direito. O desafio é fazer valer suas aplicações, adaptando e moldando a cada caso e situação específica.

O Artigo 44 do Código Penal afirma que as penas restritivas de direito podem ser aplicadas em substituição à prisão nos casos de pena menor a quatro anos de prisão, em casos em que o crime não seja considerado violento ou de grave ameaça, podendo ser aplicada também nos casos de crime culposos.

Nos casos de pena menor a um ano, o réu pode ter a pena substituída por multa ou pena alternativa, já se superar um ano, a pena pode ser substituída pelos dois anteriores, concomitantemente. Entre as penas alternativas previstas pode-se citar a prestação pecuniária, que consiste no pagamento de um valor ajuizado pelo juiz para a vítima, dependentes, ou instituição determinada pelo magistrado.

Existe também a perda de bens e valores, que é o confisco de bens do condenado, que serão destinados ao Fundo Penitenciário Nacional. A prestação de serviços à comunidade mais conhecida como serviço comunitário, que é a prestação de trabalhos de forma gratuita para estabelecimentos e entidades estatais, a critério do juiz, de forma que consiga cumprir essas tarefas e seu turno de trabalho tradicional.

A interdição temporária de direitos é outra medida que impede que o condenado exerça determinadas atividades, suspenda direitos e licenças, como a de dirigir, ou proíba a pessoa de frequentar determinados lugares. Por fim, a limitação de fim de semana estabelece que o condenado permaneça, aos sábados e domingos, em estabelecimento determinado pelo juiz, podendo nesse ínterim realizar cursos e palestras que o auxiliem e eduquem sobre as políticas criminais.

Tais medidas citadas anteriormente são de grande auxílio e necessidade para o Estado ser capaz de desafogar as celas prisionais, e separar aqueles que cometeram delitos de menor teor ofensivo daqueles que de fato geram malefícios na sociedade, e não podem conviver em sociedade. Nesses casos, a pena de prisão faz-se necessária, devendo então, prestar seu verdadeiro objetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tudo que foi discutido e posto em tela, conclui-se que de fato, o Brasil possui uma séria disfunção no que se refere a suas políticas penais e processuais. O Sistema Penitenciário Brasileiro é deficiente em vários aspectos, mas em especial, é ineficiente na concretização do seu objetivo, a diminuição da criminalidade e ressocialização do apenado.

Existem diversos fatores aqui analisados que geram esse cenário, como uma superpopulação carcerária, a inobservância de princípios fundamentais básicos, a falta de assistência estatal, a inércia dos órgãos responsáveis. É uma verdadeira sequência de erros que, no final, só geram mais custos, despesas e insegurança para a população em geral, que assiste apática à ineficiência do Estado.

É com isso em mente que, deve-se cobrar dos legisladores e responsáveis, uma verdadeira revolução do Sistema Penitenciário, com vistas a exaurir e solucionar as disfuncionalidades inerentes ao sistema que existe hoje. Deve-se haver uma atenção maior a aplicação das medidas alternativas à prisão, visto que elas podem ser o ponto de partida é uma aliada para uma efetiva solução visto que por sua natureza cumprem vários quesitos, em especial a figura da ressocialização.

Além disso, dentro dos presídios, para aqueles que de fato devem permanecer afastados do convívio social pela natureza de seus atos, deve-se garantir que os preceitos mínimos, previsto na Constituição e na legislação específica, sejam respeitados, evitando problemas de superlotação, ambientes inóspitos e outras situações vistas atualmente, o que resolve em grande parte a questão das rebeliões, indisciplina e demais conflitos dentro do ambiente prisional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2022. Acesso em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>> Acesso em: 30/06/2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeções e estimativas da**

População do Brasil e das Unidades da Federação, 2021. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 21/07/2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Cintessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. 479p.

BOTELHO, Vinícius. Brasil gasta quase quatro vezes mais com sistema prisional em comparação com educação básica. **Jornal da USP**, 2022. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/brasil-gasta-quase-quatro-vezes-mais-com-sistema-prisional-em-comparacao-com-educacao-basica/>> Acesso em: 30/06/2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Pedro Elói Duarte. São Paulo, Edições 70, 2013.

MARUBAYASHI MOURA, Vanessa Christiane. Políticas Públicas Antidrogas e Superpopulação Carcerária. **FEMA**, 2020. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/extrafema/buscarTccCurso.jsp?id=3989>> Acesso em: 30/06/2022.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo, Vol. 1, 2019.

MENDES JÚNIOR, Ernesto Miguel. **A Aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/2798/1/ErnestoMiguelMendesJunior.pdf>> Acesso em: 20/07/2022.

NELLIS, Ashley. The Color of Justice: Racial and Ethic Disparity in State Prisons. **The Sentencing Project**, 2021. Disponível em: <<http://cdn.cnn.com/cnn/2021/images/10/13/the-color-of-justice-racial-and-ethnic-disparity-in-state-prisons.pdf>> Acesso em: 20/07/2022.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos - RIDH**, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, 2017.

CAPÍTULO 2

PENAS ALTERNATIVAS COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Karine da Costa Borges⁴Maryana Sousa de Oliveira⁵Wanessa Silva Andrade⁶

RESUMO

As penas alternativas são institutos jurídicos destinadas aos criminosos não perigosos e às infrações de menor potencial ofensivo, visando substituir as penas detentivas de menor impacto social com relação a lesividade ao bem jurídico, a aplicação desse mecanismo facilita a ressocialização do apenado que, por delito menor, acaba preso em cela comum com infratores de todo tipo. Além disso, ajuda a diminuir a superlotação carcerária, em compasso com o caráter ressocializador da pena alternativa. Por tanto, a assunção de penas alternativas, além do caráter educador reduz a população carcerária e consolidam a sistemática progressiva impressa no ordenamento jurídico. Sendo assim, o objetivo do presente trabalho é de estudar as penas alternativas no sistema penitenciário brasileiro como instrumento de ressocialização de apenados, com vias verificar as principais características e benefícios dessa para a conjuntura penitenciária do Brasil. Como método de estudo foi utilizado pesquisa bibliográfica, envolvendo desde livros, artigos científicos e sites referentes à temática. É relevante o estudo à medida que mostra esse meio alternativo de punição, pois do mesmo jeito que o Estado tem o direito de punir a prática criminosa, também tem o dever de amparar e oferecer meios adequados de ressocializar o apenado.

Palavras-chave: Código Penal; Penas alternativas; Ressocialização; Penitenciária do Brasil.

⁴ Discente do curso de Direito da UFRR. Endereço eletrônico: karineborges-rr@hotmail.com.

⁵ Discente do curso de Direito da UFRR. Endereço eletrônico: marryanasousa@gmail.com.

⁶ Discente do curso de Direito da UFRR. Endereço eletrônico: wanessa070906@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como finalidade, ofertar uma proposta de solução para o que se tornou conhecido como penas privativas de liberdade ao propor em seu lugar, a aplicação das penas alternativas cujo objetivo é a ressocialização do apenado.

A reforma do Código Penal feita pela Lei nº 7.209/84 trouxe grande inovação em relação ao Código Penal de 1940, uma vez que incluía como espécies de pena as restritivas de direitos, verdadeiras alternativas à prisão, sendo elas, a prestação de serviço à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Mas foi a Lei nº 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas) que no artigo 44, inciso I, modificou de maneira sobrepujante o sistema jurídico-penal ao determinar aplicação de penas restritivas de direitos em substituição à pena privativa de liberdade “não superior a 04 (quatro) anos e se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”. (BRASIL, 1998).

As penas alternativas são chamadas de penas restritivas de direitos, e essas estão inseridas nos artigos 43 a 48 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Elas podem substituir as penas privativas de liberdade, quando presentes os requisitos subjetivos, que se referem à conduta do indivíduo, e requisitos objetivos, que se refere à forma que o delito foi praticado.

Essas penas alternativas, destinam-se aos infratores de menor potencial ofensivo, que não representam perigo social, por isso sua execução é mais rápida, e consente que a própria sociedade fiscalize o cumprimento da pena. Por ser mais célere, é possível que o magistrado reserve maior tempo para resolver os crimes de maior complexidade. Por tanto, o objetivo das penas alternativas não é promover a ilicitude, por transparecer a impunidade, pelo contrário, é fazer à verdadeira ressocialização, tirando o criminoso do mundo marginal e inserindo-o de volta ao meio social, sem, contudo, representar ou trazer qualquer perigo à sociedade.

Desta forma, é necessário conhecer um pouco mais sobre como é organizado o sistema penal no Brasil, quais os princípios que são considerados relevantes para a aplicação das normas, quais espécies de penas são utilizadas, para então, discutir sobre as penas alternativas e as consequências sociais para o apenado.

Por fim, como objeto de estudo, por meio de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais, e normas jurídicas pretende-se analisar acerca das penas alternativas:

como as normas são aplicadas, quais os requisitos necessários para o cumprimento das medidas alternativas, como os apenados são acompanhados pelo Estado nesta fase e se há eficácia como função ressocializadora, a fim de evitar o cometimento de novos ilícitos.

AS PENAS NO BRASIL

O termo pena oriundo do latim, “*poena*”, “*pinna*” e do grego “*poine*”, remete a ideia de repressão ao agente quando se impõe de forma contrária ao Estado colocando em risco a ordem social. Ou seja, pena é a resposta do Estado à conduta da pessoa que age em desacordo com as normas jurídicas vigentes, sendo um castigo imposto ao agente/criminoso que tem atitude negativa, reestabelecendo o bem comum da sociedade, tomando o caráter punitivo a fim de prevenir a reincidência.

Conforme Beccaria (2012, p. 37), “o objetivo da pena, portanto, não é outro que evitar que o criminoso cause mais danos à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito”. Segundo a teoria da pena no Brasil, a pena possui tríplice finalidade, sendo elas a retributiva, a preventiva e, mais recentemente, a finalidade reeducativa. A inserção da finalidade reeducativa da pena vem em um momento em que se passa a discutir acerca da necessidade de que o agente condenado pela prática de um crime, e que tenha privada a sua liberdade, deva, durante o cumprimento da sanção a ele imposta, receber tratamento e meios adequados (educação, aprendizagem de ofícios e socialização), seguindo princípios ligados à dignidade da pessoa humana e diretrizes para uma política criminal eficiente, e que possibilitem a sua reinserção gradual na sociedade de modo a garantir o seu sustento sem a necessidade de fazer do crime o seu meio de vida, o seu ganha-pão.

Uma vez que a pena tem a finalidade de coibir a prática de novos crimes e reforçar a ideia de um Direito Penal eficaz, já que é de determinado conhecimento, que o ato praticado em desacordo com a norma, é crime e está acarretara, eventualmente uma sanção, uma pena. A pena aplicada deve corresponder ao tipo penal da condenação. A lei deve, portanto, determinar o crime, a presunção e a prova suficiente para sujeitar o acusado à prisão e ao interrogatório (BECCARIA, 2012, p. 90). Ou seja, deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual se deve estabelecer um equilíbrio entre a gravidade da infração praticada e a severidade da pena, seja em abstrato, seja em concreto. Assim, com a prática do crime, nasce para o Estado o dever/poder de punir o

infrator, aplicando-se a sanção penal cominada no preceito incriminador. No entanto, na tarefa de aplicar pena, o Estado-Juiz deverá observar os princípios.

Em relação à pena, estão expressamente previstos no texto constitucional os principais princípios, dentre eles está o princípio da legalidade, de que não existe crime sem lei anterior que o defina. Isto é, para que uma conduta seja considerada um delito é preciso que seu dispositivo e sua hipótese de incidência estejam previstos em lei. Da personalidade, em que ninguém deve ser punido pelo crime que outra pessoa cometeu. Da individualização, onde não pode haver aplicação de penas genéricas, mas apenas as devidamente individualizadas, e da humanização, este com muita importância, porque repreende a conduta do Estado para que não seja um instrumento de vingança e preserve a dignidade humana.

Assim Beccaria (2012, p. 125) diz: “Que a pena não seja um ato de violência de um ou de muitos contra um membro da sociedade. Ela deve ser pública, imediata e necessária, a menor possível para o caso, proporcional ao crime e determinada pelas leis.”

Nesse diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro prevê três tipos de pena, as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a pena pecuniária. As penas privativas de liberdade tolhem do criminoso ou contraventor o seu direito de ir e vir, o seu direito à liberdade, ou seja, mantêm-no preso, sendo ela de reclusão (delitos mais graves), detenção (delitos menos graves) e prisão simples (contravenções penais). As penas restritivas de direitos são sanções penais autônomas e substitutivas, conhecidas também como penas alternativas, o espírito deste tipo de pena é evitar o cerceamento da liberdade de alguns tipos de criminosos, autores de infrações penais com menor potencial ofensivo. E a pena pecuniária que é uma sanção penal que consiste no pagamento de quantia previamente fixada em lei ao Fundo Penitenciário.

As penas alternativas

Como teor principal da temática do presente artigo, as penas restritivas de direitos são também conhecidas como penas alternativas, em que parte do caráter substitutivo das penas restritivas de liberdade, e visa recuperar o agente que praticou o crime através da restrição de alguns direitos. Sendo assim, tendo o juiz aplicado pena privativa de liberdade, poderá substituí-la por pena restritiva de direito por igual período.

Para Nucci (2020, p. 575): “São penas alternativas expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos.”

Ou seja, as penas alternativas são, sanções penais autônomas e substitutivas. “São substitutivas porque derivam da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade” (NUCCI, 2020, p. 576). E são autônomas porque “subsistem por si mesmas após a substituição” (NUCCI, 2020, p. 576). O artigo 43 do código penal (BRASIL, 1940) prevê a existência de cinco modalidades de pena restritivas de direito as quais são: 1- prestação pecuniária; 2- perda de bens e valores; 3- prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública; 4- interdição temporária de direitos; e 5- limitação de fim de semana.

Nucci (2020, p. 577), conceitua cada uma:

1- A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de uma importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário-mínimo nem superior a 360 salários-mínimos. 2- A perda de bens e valores consiste na transferência, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos licitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio, tendo como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior. 3- A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais. 4- A interdição temporária de direitos é a mais autêntica pena restritiva de direitos, pois tem por finalidade impedir o exercício de determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida, frequentar determinados lugares ou inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos. 5- A limitação de fim de semana consiste na obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em Casa do Albergado ou lugar adequado, a fim de participar de cursos e ouvir palestras, bem como desenvolver atividades educativas.

Existem três requisitos para a concessão da pena privativa de direito em substituição da pena privativa de liberdade, os quais são: 1- Aplicação de pena privativa de liberdade com pena não superior a quatro anos, quando não se tratar de crime doloso; 2- Não aplicação de violência ou grave ameaça no cometimento do crime; e 3- Condições pessoais do criminoso favoráveis, as quais são culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do criminoso, motivos e as circunstâncias do cometimento do crime. É no próprio momento em que profere a sentença condenatória que o juiz deve verificar a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, de acordo com estes requisitos mencionados (GONÇALVES, 2021, p. 367).

Nos termos do art. 55 do Código Penal (BRASIL, 1940), as penas restritivas têm a mesma duração da pena privativa de liberdade aplicada na sentença. Por isso, se o réu tiver sido condenado a 2 anos de reclusão, o juiz poderá substituir tal pena exatamente por 2 anos de prestação de serviços à comunidade, limitação de fins de semana etc.

A pena de multa também é chamada de pena alternativa, sendo uma sanção penal que consistente no pagamento de uma determinada quantia em pecúnia, previamente fixada em lei, destinada ao Fundo Penitenciário. O art. 60, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940) permite a substituição da pena privativa de liberdade por multa quando a pena fixada na sentença não for superior a 6 meses, desde que o réu não seja reincidente em crime doloso e que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940) lhe sejam favoráveis.

Conforme Cunha (2020, p. 591), o Código Penal adota o sistema de dias-multa, baseado tanto nas circunstâncias do crime quanto na capacidade econômica do sentenciado. Por tanto, este sistema acaba sendo vantajoso porque considera a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima, além de outras circunstâncias que agravem, atenuem, aumentem ou diminuam a pena, em conjunto com a fortuna do condenado.

RESSOCIALIZAÇÃO X REINTEGRAÇÃO

É importante conceituar a ressocialização e a reintegração enquanto finalidade da pena. A reintegração social, apesar de ser utilizada como sinônimo de ressocialização, não pode ser considerada como tal. Isso porque, a ressocialização consiste na transformação do apenado por parte da instituição prisional, cuja função é transformar o modo de ser e o comportamento do indivíduo, como condição para ser aceito pela sociedade.

Em contrapartida, a reintegração social significa a relação entre o preso e a sociedade, cuja finalidade não consiste na transformação ou readequação do preso. Braga (2014, p. 7) sustenta que a reintegração social tem sido vista como sinônimo de ressocialização, reabilitação, recuperação, entre outros, porém, defende que, em seu sentido estrito, a expressão reintegração deve ser empregada para fazer frente às tradicionais ideologias “res”.

Assim, faz-se necessário diferenciar, pois na reintegração o preso é visto como um indivíduo normal, diferenciando-se dos demais somente pelo fato de estar preso; é sujeito

que pode manifestar suas vontades e a sociedade é vista como corresponsável para reintegração social. Ela buscar diminuir a distância sociedade e prisão com propostas de inclusão social e, principalmente, reconhecendo a dignidade da pessoa e sua normalidade. Afirmar que os apenados possuem dignidade, que o fato de estar preso não os minora e que são seres humanos normais, como qualquer outro, possibilita que o ideal de reintegração social possa ser alcançado.

PENAS ALTERNATIVAS COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

O nosso código penal adotou a chamada teoria mista, que tem como finalidade precípua a retribuição, prevenção (especial e geral) e a ressocialização. Conforme o artigo 59 do Código Penal, a pena será estabelecida “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1940). Por tanto a ressocialização deverá ser feita respeitando a individualização da pena, em ambiente prisional saudável, com assistência social, assistência médica etc. Uma vez ressocializado o autor do fato delituoso, a finalidade da pena estará parcialmente cumprida, já que este não é o único fim dela.

Pode-se dizer que não adianta apenas castigar o indivíduo. É necessário lançar mão de medidas importantes, orientando o apenado, a fim de que ele possa ser reintegrado novamente a sociedade. O Estado tem que proporcionar um amparo integral a esses indivíduos para que, dessa forma, consigam resgatar os seus valores e princípios, retornando para o convívio familiar e, sobretudo, para a sociedade, evitando assim a reincidência.

As penas alternativas consistem então, em uma mera humanização da pena imposta, sendo que, por meio dela o apenado terá a oportunidade de mostrar seu valor, bem como sua capacidade de ressocialização através do cumprimento de sanção ao fato ilícito que lhe foi imputado. Desta forma as penas alternativas são instrumentos facilitadores para a positivação do ensejo de ressocializar. Com isso, Paoliello (2019), diz que:

A aplicação da pena alternativa permite que o condenado exerça ocupação lícita, aprendizado, lazer e ao mesmo tempo, esteja em contato com pessoas estranhas à marginalidade, afeita às condutas e normas de cidadania, o que protege o apenado da contínua e isolada convivência com marginais de todas as espécies, fato que por si só, desvaloriza sua imagem.

Pode-se dizer que não seria proporcional a aplicação da punição merecida referente à pena privativa de liberdade a uma pessoa que cometeu um ato ilícito não possuindo intenção, ou nem mesmo ameaçando a vítima de forma grave, sendo colocada a força no convívio com delinquentes e infratores possuidores de frieza para matar, roubar, dentre outros crimes com maior potencial ofensivo. A importância das penas alternativas está no caráter ressocializador que pode ser alcançado com sua aplicação (PAOLIELLO, 2019).

VANTAGENS DA APLICAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA AO APENADO

O objetivo das penas alternativas é recuperar o condenado e não o tornar pior. Nessa linha de pensamento, podemos verificar que a pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado vai gerar além da superlotação carcerária, gravíssimas consequências, insegurança e uma verdadeira faculdade do crime. Nesse contexto, as penas restritivas de direitos, visam substituir as penas privativas de liberdade e representam o melhor remédio na busca da ressocialização, já que não retiram o condenado do convívio em sociedade, além de serem menos onerosas para o Estado.

Com a aplicação das penas alternativas, o Estado terá muitas vantagens, além da realização do seu principal objetivo, que é ressocializar. Assim, com a redução da superlotação carcerária, menor gasto do Estado, diminuição do processo de reincidência; a aplicação das penas alternativas tem como vantagem, identificar a alternativa de trabalho, em vez de encarceramento, proporcionando desenvolvimento social ao infrator e contribuição a sociedade; afastando o infrator do ambiente nocivo do sistema prisional, evitando o convívio com detentos mais perigosos e os horrores que se sucedem no dia-a-dia dentro do universo carcerário; e sendo sinônimos de impunidade que não irão resolver o problema da criminalidade no país, mas atinge sua finalidade de punir e reeducar sem ferir a dignidade do condenado e sem retirá-lo do convívio social e familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que para a pena de prisão, é imprescindível a importância da aplicação de novos métodos no tratamento penitenciário, com ênfase na ressocialização do apenado, fazendo com que ele possa voltar ao convívio social com respeito e dignidade. Tendo em vista, que tal cenário contribuiria para a diminuição da reincidência criminal,

ocasionada principalmente pelo preconceito, pela exclusão social, pelo despreparo educacional e profissional e pela falta de oportunidade de trabalho. Deste modo, o Estado tem o dever de punir e prevenir o crime e, em contrapartida, tem a obrigação de ressocializar e reintegrar o preso na sociedade.

Este trabalho buscou demonstrar que as penas alternativas trazem inúmeros benefícios, tanto para o Estado e a sociedade, quanto para quem as recebe. Do ponto de vista da ressocialização dos presos, as penas alternativas têm se mostrado mais eficiente, econômica e não exclui o condenado do convívio dos seus familiares e afazeres normais. E que, a utilização de penas alternativas é uma importante ferramenta à disposição dos operadores do sistema penal, principalmente magistrados, para que se possa promover a ressocialização do apenado, fazendo cumprir assim o papel estatal respeitando o que dispõe o texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELIM, Augusto Cleriston de Castro Lustosa. **Penas alternativas como instrumento de reintegração social do apenado no sistema penal brasileiro**. Âmbito Jurídico. 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/penas-alternativas-como-instrumento-de-reintegracao-social-do-apanado-no-sistema-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 28 de junho de 2022.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade**. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 107, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 de julho de 2022.

BRASIL. Lei nº 9.714 de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. **Lei das Penas Alternativas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9714.htm>. Acesso em: 04 de julho de 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. Hunter Books, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Geral V. 1**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

DA SILVA OLIVEIRA, Getúlio; DE MORAIS, Maria Cezilene Araújo. **A ilusão da ressocialização: o direito penal como sistema de segregação**.

DEPIERE, Vanessa Cristina. **Ressocialização versus reintegração social do apenado: considerações sobre a função da pena privativa de liberdade no estado democrático**

de direito. 2015. 68 f. Trabalho de Conclusão do Curso- Direito. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. 2015.

DIAS, Aline da Silva. **Penas alternativas: aplicabilidade na ressocialização do Apenado.** 2019. 43 f. Monografia de Pós-Graduação (Especialista em Criminologia e Psicologia Investigativa Criminal.) UNIPÊ/João Pessoa, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal, v. 1: parte geral.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES BRITO, R. G.; FERREIRA RIBEIRO, J. R.; BARRETO OLIVEIRA, T. **A ressocialização do apenado por meio da participação da sociedade: o trabalho como instrumento no processo de reintegração.** Revista Vertentes do Direito, v. 5, n. 1, p. 190-212, 14 jun. 2018.

MAGALHÃES, Rafaela Gomes De. **As Penas Alternativas No Sistema Penitenciário Brasileiro.** 2019. 22 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de Direito: Faculdades Doctum de Guarapari / ES. 2019.

MARTINS, Paula Regina Pereira de Almeida et al. **A importância das medidas de ressocialização ao apenado no sistema prisional brasileiro.** 2022. Dissertação de Mestrado.

MOREIRA NETO, Nereu. **Penas alternativas como instrumento de reintegração social do apenado.** 2022.

NETO, Nereu Moreira. **Penas alternativas como instrumento de reintegração social do apenado.** 2022. 16 f. Artigo Científico. Pontifícia Universidade Católica De Goiás, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIANI, Taionara Cristine; SILVA, Carlos Roberto da. **A aplicabilidade das penas alternativas no âmbito social.** Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3, n.3, p. 1565-1581, 3º Trimestre de 2012.

PAOLIELLO, Márcia Carvalho de Lacerda. **Direito Processo Penal: As penas alternativas como meio de ressocialização.** 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53276/as-penas-alternativas-como-meio-de-ressocializao#:~:text=As%20penas%20alternativas%20permitem%20que,condi%C3%A7%C3%B5es%20subumanas%20oferecidas%20nas%20penitenc%C3%A1rias>>. Acesso em: 28 de junho de 2022.

SILVA, Celina Ribeiro Coelho da. **Penas alternativas: uma análise a partir da ineficácia das penas privativas de liberdade no Brasil.** 2007.

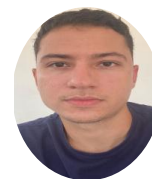
VON JHERING, Rudolph. **A luta pelo direito.** São Paulo: Hunter Books, 2012.

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ENQUANTO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE DIREITOS



Isabela Lima Santiago⁷



José Maria Barros Brandão Júnior⁸



Vinícius Mussato Lopes⁹

RESUMO

O presente artigo possui como escopo a abordagem de um dos princípios fundamentais do Direito Penal, o Princípio da Insignificância, como instrumento limitador para o reconhecimento da tipicidade, tanto formal como material. Nesse sentido, tal norma limita o *ius puniendi* estatal, incidindo sobre casos concretos que não deveriam ser tutelados pelo Direito Penal, observados os critérios da aplicabilidade do princípio. Ademais, há tipos penais sobre os quais o princípio da bagatela não pode incidir, devido à não-subsunção do fato social aos critérios. Outrossim, por se tratar de um dos princípios gerais do Direito Penal, também se relaciona com seus semelhantes, como o princípio da proporcionalidade e o princípio da fragmentariedade. Desse modo, nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores encontram-se pautas nas quais a tipicidade material não deveria ser reconhecida, evidenciando o Direito Penal como a *ultima ratio* e, portanto, fazendo valer a garantia de direitos à população.

Palavras-chave: princípio; direito penal; jurisprudência.

⁷ Discente do curso de Direito da UFRR. Endereço eletrônico: isabelalsantiagoo@gmail.com

⁸ Discente do curso de Direito da UFRR. Endereço eletrônico: juninhoobrandao@hotmail.com

⁹ Discente do curso de Direito da UFRR. Endereço eletrônico: mussato2004@gmail.com

INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância está inserido no Direito Penal, este tem como função fazer valer um dos princípios penais mais importantes, a *ultima ratio*, que é a último instrumento do Estado para fazer valer a norma.

Com isso, este princípio vem com o intuito de considerar acasos que a lei abrange, buscando evitar injustiças que podem acontecer ao se seguir a norma de maneira objetiva. Ainda mais, considerar as circunstâncias do ato ilícito, indo a fundo nas aspirações da ocorrência de determinado fato, ou a realidade social do agente.

Este trabalho tem o intuito discutir o princípio da insignificância enquanto instrumento de garantia do direito penal mínimo, abordando desde o reconhecimento da jurisprudência, e os casos em que o princípio é utilizado, até suas particularidades e os casos em que o princípio não é reconhecido, buscando esclarecer a visão do STF sobre a objetividade da norma e a necessidade da bagatela no Direito Penal para garantir a imparcialidade da lei.

São utilizados tantos acórdãos visando um melhor entendimento do uso do princípio, no que se refere aos casos concretos, visto que este princípio é baseado na tipicidade do fato, além de validar o direito penal como último recurso.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA/BAGATELA

Originado do Direito Romano, com regra no brocardo *minimus non curat praetor*, o princípio da insignificância se relaciona com o grau de lesão ao bem jurídico protegido, tendo como objetivo considerar a relevância de certos atos ilícitos, visto que além de considerar o agente que é julgado, busca compreender o porquê do ato e o prejuízo deste para o Estado ou para a pessoa física, fazendo valer o princípio da intervenção mínima, um dos princípios fundamentais do Direito Penal, reconhecendo que a matéria penal, possui como característica a imposição das mais graves penas previstas no ordenamento jurídico. Sendo assim, o Direito Penal deve ser utilizado somente quando necessário, intervindo o mínimo possível.

Nessa perspectiva, de acordo com Prado (2019), “A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade

da conduta em caso de danos de pouca importância ou quando afete intimamente a um bem jurídico-penal.”

Nesse sentido, a bagatela veio a ser usada após a Segunda Guerra mundial, uma vez que, devido às dificuldades econômicas enfrentadas, baseado na quantidade de desemprego e de falta de alimentação, através de outros fatores, houve o aumento da criminalidade de bagatela, assim, como uma forma de reafirmar a imputabilidade da lei, afirmando que uma padronização da norma era prejudicial para o direito, prejudicando a alguns e tornando a lei uma espécie de vingança contra o acusado. Além disso, a insignificância buscou evitar o encarceramento indiscriminado.

Aplicabilidade da insignificância

O princípio da insignificância encontra-se baseado na tipicidade, a qual é analisada sob dois aspectos, a tipicidade formal e a tipicidade material. Nesse contexto, tipicidade formal refere-se à correspondência entre a conduta praticada e a norma penal. E a tipicidade material refere-se a real lesividade, ou a ameaça de lesão da conduta. É válido ressaltar que não basta a existência de tipicidade formal para a configuração de tipicidade penal, deve estar presente, também, a tipicidade material.

Nesse sentido, o princípio da insignificância possui natureza jurídica de causa supralegal excludente de tipicidade material. Logo, entende-se que o princípio deve atingir condutas que tenham como consequência afetação insignificante ao bem jurídico.

Vale ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à aplicação do princípio da insignificância. Na atualidade, aceita-se a aplicação desse princípio como causa excludente de tipicidade material, pelo entendimento de que, na lesão ou conduta, o fato que pode ser formalmente típico pode, todavia, não ser materialmente.

O Ministro Celso de Mello, por meio do mencionado HC 84.412-0/SP, concedeu uma liminar, impetrada no Supremo Tribunal Federal. Nesta liminar o Ministro idealizou quatro requisitos objetivos para a aplicação do princípio da insignificância, e tais requisitos são adotados tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, afirma o Supremo Tribunal Federal (HC 84.412-0/SP, rel. Min. Celso De Mello), que:

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a

inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal.

Diante disso, para a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o princípio da insignificância, somente será aplicado se estiverem presentes os requisitos cumulativos.

Existem, ainda, os requisitos subjetivos, que não se relaciona ao fato, mas sim ao agente e à vítima. Eles devem ser analisados e podem impedir a aplicação de tal princípio. Os requisitos subjetivos são: o valor sentimental do bem; a condição econômica da vítima; condições pessoais do agente; circunstâncias do delito e consequências do delito.

Nesse sentido, de acordo com Luiz Regis Prado (2019), *defende-se um exame de cada caso concreto mediante uma interpretação restritiva orientada ao bem jurídico protegido.*

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA RELACIONADO COM OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

O Direito é uma área complexa, pois nela são consideradas as circunstâncias, o fato, assim como o motivo do indivíduo cometer algum delito. No que se refere ao princípio da bagatela, esta realidade é levada em consideração, visto que este foi criado para atender a toda a população, mas tem foco numa parcela mais específica, as pessoas de baixa renda.

Com isso, a bagatela veio com o intuito de evitar a prisão de pessoas que cometessem certos delitos, e que não possuíssem maus antecedentes. Ou seja, no caso de um furto, de um objeto de valor irrisório, ou que o intuito deste furto fosse somente subsistência, a bagatela seria aplicada, visto que o Direito Penal deve ser aplicado como *ultima ratio*. Logo, a prisão de indivíduos que cometessem furtos somente por necessidade, se tornava uma opção inviável, tanto por se tornar caro para o Estado, ou por ser desproporcional a pena para o fato.

Princípio da insignificância

A Igualdade prevê que todos são iguais perante a lei, ou seja, esta prevê que haja equidade no Judiciário, no julgamento dos indivíduos. O ponto principal em que estes dois princípios se relacionam é que a norma trata do fato concreto, contudo, mesmo este fato

possui exceções, e julgá-lo sem balancear a conduta, o motivo, ou a classe social do indivíduo, não seria igualdade, visto que há uma ocorrência maior de casos de furto para subsistência em classes sociais mais baixas, ou seja, dependendo da insignificância do fato, ou o valor do objeto, a igualdade permite que o princípio da bagatela seja utilizado.

Princípio da razoabilidade

A Razoabilidade analisa a relevância de um fato praticado através da interpretação da norma, ou seja, no caso de furto de um bem insignificante, estes dois princípios podem ser unidos, pois a pena seria maior que o fato, acarretando uma quebra do princípio da razoabilidade, em que um determinado fato, considerado insignificante, não é desconsiderado.

Princípio da proporcionalidade

Este princípio é baseado na proibição de excessos, ou seja, a pena não pode ser maior que o fato, assim como o inverso. Logo, este princípio se atrela a insignificância, no caso em que, a proporcionalidade entende que julgar determinado fato, de acordo com a norma, será julgar um fato de maneira desproporcional.

Princípios da fragmentariedade e subsidiariedade

Uma conduta considerada socialmente intolerável, mesmo que relacionada com um bem, é considerada uma criminalização, pela fragmentariedade, ou seja, para que determinada conduta seja considerada pela insignificância, deve-se considerar a tipificação do bem furtado, logo, a insignificância evita a interpretação restritiva, considerando os atos insignificantes. Na subsidiariedade, ocorre que esta considera que uma punição excessiva não garante a proteção do bem jurídico, e não somente isto, mas se utiliza do sistema como meio simbólico para punição.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL QUANTO À INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BAGATELA

É indiscutível a importância do Direito na vida cotidiana em sociedade. Segundo ensinamentos do jurista Reale (2002, p. 2), “O Direito é, por conseguinte, um fato ou

fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social”.

Assim sendo, o Direito atua nos mais diversos eixos da sociedade, e os juízes, revestidos, cada qual, em sua determinada competência, julgam os fatos sociais praticados pelos indivíduos em sociedade, verificando se ocorre a subsunção do fato à norma e a materialidade no caso concreto.

Nesse raciocínio, mediante a possibilidade de um fato estar atrelado à norma, mas não provocar lesão ao bem jurídico tutelado, os magistrados, seguindo a jurisprudência de casos com teor semelhante, analisam se o princípio da insignificância pode ser aplicado ao caso, cumpridos os requisitos.

Quanto à incidência do princípio mencionado alhures para Carneiro:

Logicamente que alguns tipos penais excepcionalmente podem ser analisados abstratamente no sentido da impossibilidade do cabimento da bagatela, mas isso não é a regra, como vem acontecendo em alguns acórdãos, nos quais a Corte considera genericamente a impossibilidade da aplicação do princípio a um grupo de crimes que não sofrem de nenhuma limitação teórica de incidência do referido postulado (CARNEIRO, 2009, p. 34).

O legislador, ao definir os atos ilícitos positivados na legislação, não estabeleceu uma taxa de ofensividade para cada crime, de modo que diversas condutas podem estar submetidas à tipicidade formal, mas não à material. Por isso, com o objetivo de afastar a materialidade dos crimes com ínfima lesividade ao bem jurídico, os Tribunais Superiores aplicam o princípio da insignificância se houver procedência para tal, com a possibilidade de haver ou não a incidência do princípio para o mesmo tipo penal.

No julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 141.440, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, o objeto de discussão foi a aplicação do princípio da insignificância ao crime de furto qualificado, tipificado no Código Penal no artigo 155, §4º. Nesta ocorrência, o agente furtou bens alimentícios apreciados em R\$ 116,50.

Diante do exposto, o Relator Ministro Dias Toffoli alega que:

Na espécie, as circunstâncias e o contexto que se apresentam permitem concluir pela ausência de lesão significativa a invocar a intervenção do direito penal, mormente se considerarmos a inexpressividade dos bens subtraídos (avaliados em R\$ 116,50) e o fato de o ora agravante não ser, tecnicamente, reincidente específico, já que a única ação penal à qual responde não transitou em julgado. Há de se ponderar, ainda, a condição de hipossuficiência do agente, além do fato de que a sua conduta foi praticada sem violência física ou moral a quem quer que seja, sendo certo, ademais, que os bens furtados foram restituídos à vítima, afastando-se, portanto, o prejuízo efetivo (STF, 2018, p. 13).

O Direito Penal, ao se incumbir com seu *ius puniendi*, não deve tutelar condutas que não acarretem lesões consideráveis ao bem jurídico. Nesse sentido, tendo em vista que os bens subtraídos foram parcialmente ressarcidos ao proprietário original e que o autor do crime não goza de condições financeiras razoáveis, é viável a aplicação do princípio da insignificância ao caso, como foi decidido por unanimidade de votos no STF.

Por outro lado, em se tratando de crimes de ordem fiscal, a discussão possui sentido diverso. Os crimes de ordem tributária, incluindo os crimes de colarinho branco, são tutelados, em um primeiro momento, pela Administração Pública. Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem, majoritariamente, entendimentos idênticos quanto à incidência do postulado da bagatela para tais tipos penais, qual seja:

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Para crimes de descaminho, considera-se, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art 20 da Lei n.º 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 3. Na espécie, aplica-se o princípio da insignificância, pois o descaminho envolveu elisão de tributos federais que perfazem quantia inferior ao previsto no referido diploma legal. 4. Ordem concedida (STF, 2014, p. 1).

Portanto, a jurisprudência demonstra que a efetiva aplicação do princípio da insignificância ocorre quando esta não é realizada segundo moldes fixos para todos os fatos típicos, porém após a análise de todos os critérios. Ademais, faz-se necessário que o princípio da bagatela seja corolário ao princípio da lesividade, de modo que somente sejam reconhecidos como insignificantes o fato que, no caso concreto, não acarretar ameaça ou lesão a bem jurídico.

CONCLUSÃO

Com tudo em tela, percebe-se que o Direito é importantíssimo para a vida em sociedade, por meio de suas regras obrigatórias permite a convivência social ao estabelecer limites para a ação de cada indivíduo. No entanto, diante das infrações penais, o Estado tem o dever de impor sanções a quem praticar o ato ilícito.

Nessa perspectiva, evidencia-se que o princípio da insignificância é um importante mecanismo do Direito Penal, que evidencia a *ultima ratio*, tudo conforme o conceito de

Direito Penal Mínimo. A bagatela atua excluindo a tipicidade material, atingindo condutas que tenham interferido minimamente o bem jurídico.

Para a jurisprudência, há requisitos cumulativos que devem estar presentes no caso para a aplicação do princípio. Nesse sentido, cada caso concreto deve ser analisado, visando proteger o bem jurídico. Sendo assim, o princípio da insignificância é aplicado quando a conduta se encaixa no fato típico, entretanto possui mínima ofensividade, não possui periculosidade na ação, possuindo baixo grau de reprovabilidade e lesão jurídica inexpressiva.

Buscou-se entender o contexto da aplicação do princípio, por meio da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, entende-se que o Direito Penal, não deve tutelar condutas que acarretem lesões inexpressivas ao bem jurídico.

Ademais, observou-se que o princípio da insignificância é integrado a outros princípios do Direito Penal, como a igualdade, razoabilidade, fragmentariedade e subsidiariedade. Nesse contexto, percebe-se que é necessário analisar individualmente cada caso concreto, observando o grau da lesão causada e a condição do réu.

Em suma, observou-se que o Direito Penal deve ser aplicado como último recurso, fazendo valer a *ultima ratio*, aplicando as penas na medida dos crimes cometidos, evitando-se injustiças e a utilização do Direito Penal como vingança ou o excesso do poder estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 181.389 São Paulo**. Ministério Público Federal e Michel Carvalho da Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 14 abr. 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865409300/agreg-no-habeas-corpus-agr-hc-181389-sp-sao-paulo-0086506-8920201000000/inteiro-teor-865409310>>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 141.440 Minas Gerais**. Agravo regimental em Habeas Corpus. Penal. Furto qualificado (CP, art. 155, §4º, inciso IV). Pretendido reconhecimento do princípio da insignificância. Possibilidade excepcional, à luz das circunstâncias do caso concreto. Agravo provido. Alexander Andrade da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli, Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768162464/agreg-no-habeas-corpus-agr-hc-141440-mg-minas-gerais-0002203-5020171000000/inteiro-teor-768162472>>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: Hc 84412- São Paulo**. Bill Cleiton Cristovão, Luiz Manoel Gomes Junior e Superior Tribunal De Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 nov. 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>>. Acesso em: 04 jul. 2022.

CARNEIRO, H. M. L. O verdadeiro princípio da insignificância. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 21, n. 9, p. 33-40, set. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25240>>. Acesso em: 22 jul. 2022.

MOREIRA, A. L. N. O Princípio da Insignificância e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro: alguns apontamentos. *Âmbito Jurídico*, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-no-direito-penal-brasileiro-alguns-apontamentos/>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPÍTULO 4

O PAPEL DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA E DA IGREJA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO



Ruiz Gabriel Campos de Carvalho¹⁰

RESUMO

O presente trabalho abordará temas relacionados ao sistema penitenciário, à execução penal e à sua efetividade, fazendo uma análise do tratamento que os presos recebem no cumprimento de suas penas e se são cumpridos os seus objetivos. Também será analisado se entre a Lei de Execuções Penais e a execução penal brasileira há uma concordância ou, pelo contrário, uma discrepância entre fato e norma. Além disso, tratará das penas alternativas e das formas de assistência que o preso pode receber, que o ajudarão a tornar-se apto para a vida em sociedade novamente, ou seja buscará meios mais efetivos, que trarão um resultado mais satisfatório na ressocialização do preso. Como objetivo principal, investigará o papel da assistência religiosa, da religião e da igreja na ressocialização e como ela cumpre esse papel por meio das atividades promovidas e dos ensinamentos aprendidos dessa religião milenar. Ao tratar da religião, salientará o pressuposto da dignidade humana, tanto no âmbito jurídico, normativo, positivado como no âmbito filosófico e teológico, pois é evidente que antes de existir no direito, tal princípio já norteava o cristianismo. A argumentação será a partir das leis e de autores que abordam o tema, bem como uma análise da realidade, isto é, de como os fatos se dão na realidade concreta. Em suma, o trabalho analisa a Igreja como um elemento civilizador, ressocializador e transformador da conduta do apenado, a sua eficiência e suas consequências no ambiente carcerário e a sua contribuição com a sociedade ao ressocializar e transformar a conduta dos presos.

Palavras-chave: Lei de execução penal. Sistema carcerário. Religião. Assistência religiosa.

¹⁰ Discente do curso de Direito da UFRR.

INTRODUÇÃO

Mais manifesto do que nunca, hoje, é a falência do sistema carcerário brasileiro. A política criminal de encarceramento em massa, isto é, de colocar os apenados atrás de grades como uma forma suficiente de punição, semelhantemente às feras, já mostrou-se não só ineficiente, mas, também, contraproducente. Muitas vezes um sentimento de vingança por parte da própria sociedade, alimentada por uma sensação de impunidade, de insegurança e crescente criminalidade, vem se tornando algo comum e alimentando essa política. De fato, um povo constantemente injustiçado não aguenta mais sofrer e espera que caia sobre alguém que foi condenado por um crime a mais pesada mão do Estado. Todo esse cenário pode dar uma explicação do porquê de muitas partes da sociedade compactuarem e exigirem das autoridades uma vigilância mais constante e uma punição mais severa.

As prisões hoje parecem já não cumprir nenhum outro papel além de transformar o ser humano numa besta. O cenário já denunciado à exaustão é esse, um amontoamento de presos em uma penitenciária, onde o convívio com outros indivíduos mais perigosos ainda tornam o preso cada vez mais perigoso ou cada vez mais vulnerável. Muitos presos são violentados, torturados pelos próprios presos, envolvem-se em brigas, em facções em esquemas criminosos dentro do próprio presídio e assim, vai-se por água a baixo toda a esperança que se teve de ressocializar o sujeito, de torná-lo uma pessoa melhor do que era quando entrou. Chega a ser irônica essa discrepância entre o que diz o direito e o que acontece na realidade: É comum em manuais de direito penal o autor gastar uma boa quantidade de páginas explicando o processo histórico, a evolução das penas, mostrando como a brutalidade que muitas vezes punia os presos do passado, penas corporais, foram deixadas de lado e passaram a ser rejeitadas no nosso direito penal contemporâneo. O irônico é que ao mesmo tempo que o direito rejeita como desumanas as penas corporais, torturas, etc., na prática é isso o que ocorre em qualquer presídio. O preso não apenas sofre com a perda de sua liberdade, mas também sofre na prática com maus-tratos, doenças, vivência em locais insalubres e perigosos, onde há, guardadas as devidas proporções, por detrás de tudo isso, a velha forma de punir condenada séculos atrás.

Visto esse cenário de forma geral, são cada vez necessários outros meios, meios alternativos de cumprimento de pena e recursos que tornarão o preso realmente uma pessoa recuperada, apta para voltar a viver em sociedade novamente. Há recursos

previstos na Lei de Execução Penal (LEP), e um deles é justamente o ponto deste trabalho: a assistência religiosa. Segundo a Lei de Execução Penal nos artigos 10 e 11:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.
Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será:
(...)
VI - religiosa. (Brasil, 1984)

Coloca-se, portanto, como objetivo a prevenção de crimes e colocar o preso em condições de retornar à sociedade.

Refletindo brevemente: o que se busca, no longo prazo, com aplicação da pena? Ora, visto que no Brasil não há a pena de morte nem prisão perpétua, a conclusão lógica é que um dia a pena acabará, o preso cumprirá aquilo que é devido ao Estado e à sociedade e, assim, voltará a ter a sua liberdade. De que terá adiantado todo esse tempo sem liberdade? Qual o saldo da sociedade com isso? O que se pretende que o preso se torne uma vez que cumpra a sua pena? As respostas são evidentes, e a consequência lógica é óbvia: Não se deve pensar apenas na punição do preso, mas também no estado em que ele vai sair de lá. É de interesse da sociedade que isso ocorra, caso contrário, o encarceramento é só postergar um grande problema que se retroalimenta.

Eis a importância da assistência religiosa. Uma verdadeira mudança de comportamento, não apenas dos presos, mas dos seres humanos em geral, deve ser interna. Não podemos confiar que alguém agirá desta ou daquela maneira a não ser que acreditemos que ela tenha motivos para fazer aquilo. Esse é o papel da religião, nisso consiste o papel civilizador da Igreja: uma mudança interna, não algo meramente sentimental ou místico, mas uma mudança de convicções, de princípios de vida, e esses são os que norteiam as vidas de todos os indivíduos. A Igreja cumpre um papel importantíssimo na ressocialização por conta desse aspecto: possui os meios mais poderosos para transformar a conduta de um homem, não como um rato de laboratório que responde a meros impulsos de dor e prazer e que age apenas no interesse de ser beneficiado e não prejudicado, mas como um ser humano que tem o livre arbítrio e busca escolher o bem, como um indivíduo que escolhe aquilo e sabe muito bem o porquê. Ações propositadas, conscientes, baseadas em princípios são formas poderosíssimas de uma real transformação. Em suma, neste trabalho o que se busca é investigar e esclarecer esse papel da igreja como uma efetiva forma de ressocialização.

INEFICIÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO

É fato que há na legislação brasileira dispositivos mais que suficientes para proteger a dignidade do preso. Há normas na constituição, no código penal, que estabelecem os direitos deveres e princípios da execução da pena e também buscam resguardar a dignidade dos presos, por exemplo, a Constituição Federal no art. 5º, XLIX diz:

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

(...)

XLIX. é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (Brasil, 1988)

Assim, direito constitucional assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, e também fundamenta, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos princípios essenciais da Constituição, a dignidade do preso. O Código Penal dirá a mesma coisa sobre a integridade física e moral dos presos no art. 38 “Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.” (Brasil, 1940). Esse trecho, aliás, ressalta muito bem Rogério Greco, é, talvez, um dos mais desrespeitados de nossa legislação penal. (GRECO, 2017)

E, por último, a Lei de Execução Penal vai tratar no artigo 40 sobre o dever das autoridades de tratarem os presos e condenados com respeito “Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.” (Brasil,1984) e no artigo 41 elencará os seus direitos “ Constituem os direitos do preso: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; Previdência Social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação

que não comprometam a moral e os bons costumes; atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Portanto, sem dúvidas há leis, há um fundamento jurídico, há uma preocupação do direito com a dignidade do preso. A grande questão é como isso pode se tornar possível na prática, fazer com que essas garantias sejam asseguradas e a pena seja eficiente, cumprindo o seu objetivo. O que vemos na realidade hoje não é apenas uma mera imperfeição na aplicação da lei, pois uma mera imperfeição faz parte da condição humana, o direito jamais será perfeito. Mais do que mera imperfeição, vemos em alguns casos o exato oposto daquilo que a lei procura proteger. Há a violência policial, abandono do poder público, corrupção, falhas na justiça criminal, desumanização, falência gritante do sistema penitenciário.

Em frente a todos esses problemas, as consequências não poderiam ser diferentes. As penas não cumprem mais o seu papel na vida dos presos. Pode-se ter uma impressão de que seu papel está sendo cumprido, mas só se analisarmos o primeiro aspecto que é a punição. De fato, a punição está ocorrendo, mas, há também outros fins da pena que, se olhados com atenção, não estão sendo alcançados, como por exemplo a prevenção dos crimes e a ressocialização do apenado. Desumanizar o preso, tratá-lo igual a uma fera, puni-lo além da justa medida imposta pela lei não é só injusto como contraproducente. Essa mesma atitude pode custar muito caro à sociedade, e há muito tempo vem custando. O resultado é o aumento da criminalidade, a reincidência dos presos libertos em novos crimes, e conseqüentemente a volta para os presídios, a superlotação, a criminalidade dentro dos próprios presídios etc.

Em face disso, é necessário procurar outros caminhos para a ressocialização do preso. Um preso uma vez ressocializado, não irá mais causar mal à sociedade e passará a contribuir com ela, diferentemente daquele que foi apenas desumanizado. Para isso, pode-se recorrer a alguns recursos que o próprio direito nos dá, seja por meio do Código penal seja por meio da LEP, como por exemplo a progressão de regime, o trabalho, e a assistência, seja social, educacional, médica, material, jurídica ou religiosa. São essas que podem e têm, na lei, o objetivo de prevenir o crime e orientar o preso ao retorno à sociedade.

Há diferentes tipos de assistências para os diferentes tipos de necessidade dos presos. Aqui, aborda-se a assistência religiosa. Cada assistência tem o seu papel, mas é inegável que algumas podem ser mais eficientes do que outras na ressocialização, e quando combinadas são um poderoso meio para alcançar isso. Por exemplo, assistir o

preso de forma meramente material, embora seja medida positiva, não tem tanto poder na mudança de vida dele do que uma assistência educacional, e essa também pode não ser tão poderosa quando uma assistência religiosa, que como dito, é capaz de transformar completamente um sujeito. Como diz na Bíblia no livro de 2 Coríntios, por meio da conversão o indivíduo se torna nova criatura: “Se algum, pois, está em Cristo, é uma nova criatura; passaram as coisas velhas; eis que tudo se fez novo.”(2Cr 5,17). E dessa forma, fica evidente, então, a importância da assistência religiosa na reabilitação do preso.

A VISÃO DA RELIGIÃO CRISTÃ SOBRE OS PRESOS: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS

Cabe, nesse ponto, elucidar como a igreja aborda a questão dos presos, o que há em sua doutrina e em seus grandes líderes que possa ajudar-nos a entender o posicionamento da igreja. Isso se dará brevemente de três modos, primeiro mostrando os pressupostos filosóficos, segundo, mostrando exemplos históricos de grandes nomes da Igreja, terceiro, partindo das próprias palavras do livro sagrado dessa religião.

Não é falso que a religião exerce algum tipo de controle social, embora talvez não seja de uma forma sistematizada e propositada como alguns propõem. O motivo é claro: a religião fornece regras para que um indivíduo baseie a sua conduta, fornece-o valores acima de si mesmo que ele deverá observar para ser um bom praticante. Então, por fornecer regras, diretrizes, princípios para os indivíduos basearem as suas condutas, a Igreja deve necessariamente ser capaz de julgar moralmente essas condutas.

Na perspectiva filosófica, vê-se que a visão cristã a respeito dos presos deve ser temperada, evitando os extremos. Com base em toda a tradição da Igreja Católica nos últimos dois milênios, podemos fazer inferências acerca dos ensinamentos de seus grandes nomes para chegarmos a conclusões sobre o tratamento do preso. Na teologia católica as virtudes obedecem a justa medida, o justo meio, e vemos aqui uma clara influência Aristotélica na filosofia moral católica. Um dos principais motivos é que no Concílio de Trento, entre 1545 e 1563, a filosofia de Santo Tomás de Aquino foi declarada a doutrina oficial da igreja, sendo então muito consultada, tida como referência, autoridade nas universidades por séculos. Santo Tomás de Aquino era, de fato, um grande admirador de Aristóteles, e um grande comentador. Porém, longe de ser um mero comentador, ele desenvolveu pontos de sua própria filosofia, mas na questão moral, nota-se claramente a influência aristotélica consagrada no seu *Ética a Nicômaco*: o justo como o justo meio.

Também é nessa época em que a famosa fórmula da justiça “*suum cuique tribuere*”, ou seja “dar a cada um o que é seu” vivia seu auge. Então para ser justo, é necessário dar a cada um o que lhe é devido. Essa posição é chamada de aristotélica-tomista, ou sob o nome de realismo jurídico, e é, há séculos a posição de que a Igreja Católica mais se aproxima teologicamente e filosoficamente.

Embora não tão explorada no direito moderno, suas implicações são importantes, principalmente no âmbito religioso. Segundo o jurista Michel Villey, desse ponto de vista, o direito penal como uma de suas funções distribuir as penas a quem as merece, nas palavras do jurista “um júri ou o Código Penal distribuem as penas, a cada um a pena que lhe cabe.” (VILLEY, 2003), ou seja, uma perspectiva penal da fórmula da justiça. É evidente que reina aqui a justa medida, cada um deve ser punido apenas por aquilo que merece, e caso alguém ultrapasse essa justa medida, pratica injustiça. Javier Hervada, grande jurista e doutor em direito canônico, ao fazer um estudo sobre essa fórmula da justiça, explica que a justiça é dar a cada um exatamente aquilo que lhe é devido, nem mais, nem menos, pois a justiça está no meio termo:

O direito, já vimos isso repetidamente, é o justo, o justo é o ajustado, o que se ajusta a uma medida. Essa medida do direito foi chamada tradicionalmente a igualdade, de modo que o direito é o igual” e por isso o justo também é chamado de “igual. (HERVADA, 2008, p 144)

O justo está no igual, em grego “*íson*”, pois o justo deve ser idêntico ao que é devido, nada mais, nada menos, ou seja, igual ao que é devido. As implicações penais dessa filosofia são claras: a cada um deve-se dar a pena que merece, nem mais, nem menos. O magistrado, por meio da prudência e análise do caso concreto vai atribuir àquele que foi condenado a sua pena justa.

É fácil notar o contraste entre essa doutrina e o que vemos na prática do direito penal, pois, por exemplo, o que mais se vê é a pena extrapolar seus limites, o preso sofrer o dobro daquilo que seria o justo, o preso não só sofrer a privação de liberdade, pagar multa, mas também sofrer psicologicamente e fisicamente. Além da pena extrapolar aquilo que o preso deveria pagar, extrapola-se, muitas vezes, também, o sujeito que sofre essas penas, pois muitas vezes a família é onerada, ou mesmo sofre com o sofrimento desnecessário e desumano de seu familiar na prisão. Vê-se, portanto, sob o aspecto filosófico e religioso que não há margem para um extrapolarmento injusto das penas, mas cabe a cada um apenas a pena que lhe é devida. O uso do conceito do justo meio já é, hoje, consagrado na igreja, e, fornece-nos uma ferramenta para que raciocinemos

moralmente sob o seu ponto de vista. Assim, os presos devem ser tratados com justiça, com dignidade. Aliás, eis outro ponto importante da religião, especialmente do cristianismo: o homem é visto como imagem de Deus, portanto, deve ser tratado com altíssima dignidade.

Do ponto de vista histórico, traremos a imagem de São Leão Magno, sumo pontífice da Igreja nos anos 440 a 461, diz, por exemplo, em seus sermões, que é necessário encontrar o Cristo no outro (LEÃO, 1996), ou seja, o que faz com que o outro possa ser assim identificado senão o fato de que ele é imagem de Deus? O cristianismo vê, portanto, cada ser humano como digno, cada alma como valiosa. O próprio Catecismo da Igreja Católica, onde está a Doutrina oficial, que o próprio papa João Paulo II declarou como “instrumento válido a serviço da comunhão eclesial e como uma norma segura para o ensino da fé” (JOÃO PAULO II, 2017), diz:

Hoje, no entanto, está cada vez mais viva a consciência de que a dignidade da pessoa não se perde, nem mesmo após ter cometido crimes gravíssimos. Além disso, difundiu-se uma nova compreensão acerca do sentido das sanções penais por parte do estado. Por fim, foram desenvolvidos sistemas de detenção mais eficazes que garantem a devida defesa dos cidadãos sem, ao mesmo tempo, tirar definitivamente ao réu a possibilidade de se redimir. (CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA, 2017, p. 590)

E no mesmo catecismo é citada uma fala do Papa Francisco na qual considera a pena de morte “inadmissível, porque atenta contra a inviolabilidade da pessoa”. Além disso, o papa Leão Magno e seu “Décimo Sermão sobre a Quaresma” declara:

Que ninguém permaneça detido nas colônias penais e que cessem os tristes gemidos dos réus nas prisões tenebrosas. Se alguém detiver tais prisioneiros, por alguma falta não pode duvidar que é pecador; e para que ele mesmo receba o seu perdão, alegre-se por ter encontrado alguém a quem perdoar (LEÃO, 1996, p. 114).

Analisados o ponto de vista filosófico e o que a tradição cristã diz, resta consultar na fonte primária do Cristianismo, o seu livro sagrado, o que diz nele sobre os encarcerados. No livro Hebreus 13-3 o autor diz-nos que devemos nos lembrar dos presos como se nós mesmos estivéssemos ali. Nas palavras do Livro: Lembrai-vos dos presos, como se estivésseis presos com eles, e dos maltratados, como sendo-o vós mesmos também no corpo. Em Mateus 25.36, Jesus contou uma parábola e nela exorta os ouvintes à caridade, onde no juízo final cada um seria retribuído conforme suas obras: “Estava nu, e vestistes-me; adoeci, e visitastes-me; estive na prisão, e foste me ver.”. Fundamentado, então, no livro sagrado, pode-se concluir que há, sim, uma preocupação social da igreja com os presos. Há, sim, um dever de visitá-los, acolhe-los e ajudá-los a recuperarem-se por meio da doutrina aprendida.

Cabe menção aqui um último exemplo concreto: O próprio papa João Paulo II sofreu uma tentativa de assassinato por parte de um homem de nacionalidade turca chamado Mehmet Ali Ağca. Ele deu dois tiros na tentativa de matar papa João Paulo Segundo no dia 13/05/1983. O próprio papa foi visitar o homem que tentou matá-lo para perdoá-lo pessoalmente.

Vemos portanto, com fundamentação filosófica, teológica, histórica e bíblica a disposição da Igreja na ajuda em recuperar os presos. A igreja reconhece a dignidade dos presos e se esforça, na medida do possível para ajudá-los. A ressocialização do preso é uma importante tarefa, e é cumprida desde sempre pela Igreja. Nos dias de hoje, uma forma comum, prevista em lei, é justamente a assistência religiosa, que embora não se limite a apenas uma religião, é exercida em sua maioria por igrejas cristãs, sejam protestantes ou a Igreja Católica.

A ASSISTÊNCIA RELIGIOSA PREVISTA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Como já foi visto, os presídios, quando se trata do mero encarceramento, são muito ineficientes na recuperação e ressocialização do preso. Para isso, a LEP vai dispor de alguns recursos, recursos que ela mesma os coloca em prol de um objetivo. Qual objetivo é esse? Segundo o artigo 10 da LEP “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”, ou seja, buscar-se que o preso seja orientado no seu retorno à sociedade. A lei de execução penal garante a assistência ao preso em suas diversas formas, conforme o 11, que discrimina as assistências em 6 tipos “A assistência será: material; à saúde; jurídica; educacional; social; religiosa”. Além disso, no artigo 41, VII diz que “Constituem direitos do preso: (...) assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;”. No artigo 24 da mesma lei, uma descrição geral e breve de como se dará essa assistência. Destacamos aqui o art. 24, §1º:

A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa; No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos (Brasil, 1984).

Além da LEP, também vale ressaltar a Lei nº 9.982 de 14 de julho de 2000 que foi instituída com o objetivo de dispor sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares. No seu artigo 1º diz:

Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis ou militares, para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com seus familiares no caso de doentes que já não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais. (BRASIL, 2000)

Percebe-se, então, a atenção que assistência religiosa recebeu, e como ela vem sendo vista como uma importante forma de ressocialização do preso.

A assistência religiosa pode se dar de algumas formas, na prática, mas, principalmente por meio de cultos ou celebrações religiosas, e por isso, a LEP prevê um local apropriado para os cultos. Há essa necessidade, pois, por exemplo, a Igreja Católica dá um altíssimo valor à liturgia, a prática litúrgica, e entende que a celebração deve ser celebrada num local adequado. Na própria missa já é feita a leitura da bíblia, mas também é uma opção que o preso possa lê-la também em outros momentos, como prevê a lei ao autorizar a posse de livros religiosos. Além disso, a Igreja Católica ainda pode prestar outros tipos de serviços por meio dos sacerdotes, serviços que fazem muito bem para a consciência do preso e o ajudam na sua reconciliação, na sua mudança de mente em relação a determinadas práticas consideradas pecados. É isso o que ocorre no sacramento da confissão, por exemplo, onde o preso pode, por meio do arrependimento e da confissão dos pecados, receber a absolvição de um padre, assim, tomando uma decisão livre e espontânea de abandonar tais práticas e progredir na vida religiosa. É evidente que tal prática é uma poderosa forma de mudança na conduta do preso, e além disso, de uma mudança meramente exterior em sua conduta, uma mudança na mentalidade. Como dito antes, só há um jeito perene de se recuperar uma pessoa: convencendo-a a fazer o que é certo, dando-lhe motivos para agir dessa forma e não de outra contrária, não por pressão de quem quer que seja, mas por uma decisão interna, fruto de uma transformação de caráter. Como disse Rogério Greco, aqueles que tem experiência na área penal, entende a importância e a diferença entre um preso convertido para outro que ainda não teve essa experiência pessoal. Enquanto o primeiro é transformado, o outro provavelmente continua com os mesmos pensamentos que o levaram a praticar os crimes que o levaram à prisão (GRECO, 2017).

No ponto anterior, vimos preciosas lições sobre o pensamento da Igreja sobre a forma de tratamento do preso, sua dignidade, seu valor. É evidente, também que além dos benefícios citados, a assistência religiosa tem muito poder de efetividade justamente por estabelecer um diálogo com o preso. Se para os outros, para a sociedade e até para os outros condenados, o preso é alguém desprezível, indigno, na assistência religiosa ele irá

ouvir um discurso mais acolhedor. O líder religioso, seja um pastor ou um Padre, por exemplo, deverá abordá-lo com olhos diferentes daqueles que tem a sociedade. O preso que está acostumado a ser maltratado, será tratado com mansidão e respeito. Assim, dessa forma, é muito mais provável que ele se abra, sinceramente, e reconhecendo um diálogo, possa ser convencido dos valores da religião ao ponto de decidir agir livremente segundo ela. Na assistência religiosa, sendo o preso tratado com igual dignidade, sendo considerado imagem de Deus e digno tanto quanto os outros seres humanos, a possibilidade de um convencimento e mudança genuína é muito maior do que qualquer outra forma de punição, castigo e maus-tratos.

A ASSISTÊNCIA RELIGIOSA COMO UMA FORMA DE COLOCAR EM PRÁTICA OS IDEIAS DA RELIGIÃO: DIÁLOGO ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Vimos então, sobre a perspectiva filosófica e teológica da igreja, mas apesar disso, é inegável a discrepância entre a realidade e a prática. Vimos também aquilo que diz a lei sobre os direitos do preso e as assistências às quais ele tem direito. Mas, apesar disso, não estariam totalmente errados aqueles que disserem que não adianta nada todo um corpo teórico que não tem efetividade prática, que de nada serve um lindo discurso sobre a dignidade dos presos, leis e mais leis sobre seus direitos, sendo que não têm efetividade alguma. Isso é verdade, concedemo-lo. Mas eis a resolução dessa questão: a assistência religiosa por meio da igreja pode ser uma forma de colocar a teoria em prática, uma forma de trazer os mais sublimes ensinamentos abstratos tornarem-se realidade. Claro que há imperfeições, sempre haverá. Há muitos relatos das dificuldades práticas na assistência religiosa, principalmente no que se trata da estrutura para tal. Porém, na medida do possível, é necessário prosseguir, trazendo aos presos os preciosos ensinamentos da religião cristã, e por meio dessa mensagem, transformá-los, fazê-los aptos a voltarem a viver novamente em sociedade, ressocializa-los efetivamente. Não há dúvidas do poder e da efetividade da assistência religiosa na recuperação do preso.

CONCLUSÃO

Como considerações finais, vimos após essa pesquisa não apenas uma crítica da execução penal, mas também como a assistência religiosa pode ajudar da recuperação do preso, e como a Igreja vê essa questão. A execução penal no Brasil, hoje, é muito falha. É

mais uma forma de desumanização do que de recuperação. Vimos também que as penas geralmente ultrapassam a pena justa. Dessa forma é necessário encontrar outros caminhos na execução penal para uma efetiva ressocialização do preso.

De fato, a Igreja, hoje tem um posicionamento muito favorável aos presos. Não como uma forma de admitir a impunidade, claro, mas como uma forma de defender a sua dignidade e sua capacidade de mudança. A assistência religiosa, prevista em lei tem esse papel de recuperar o preso por meio dos ensinamentos da religião. Por meio da prática da religião, o preso pode ser gradualmente reabilitado, ter seus hábitos mudados, suas inclinações e disposições transformadas, contribuindo, assim com a sociedade. Entre a teoria e a prática há um caminho. Defendemos aqui que embora a visão da Igreja seja ideal demais, a assistência religiosa é um meio de torná-la realidade na medida do possível. A assistência religiosa é fundamental na ressocialização, trazendo e ensinando ao preso valores preciosos que a religião tem a ensinar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 19ª. Ed. Petrópolis: Loyola, 2017

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HERVADA, Javier. Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito. São Paulo: WWMF Martins Fontes, 2008.

VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEÃO I, o Grande. Sermões. São Paulo: Paulus, 1996

CAPÍTULO 5

ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE FURTO SIMPLES PRATICADO POR REINCIDENTE



Amanda Mota Costa¹¹



Maurício de Souza Colares¹²

RESUMO

O presente artigo possui a finalidade de analisar o Princípio da Insignificância em face ao indivíduo reincidente que pratica o delito contra o patrimônio em sua forma simples, descritos no Código Penal Brasileiro de 1940, desconsiderando a tipicidade material dos fatos de menor expressividade em desfavor da vítima, no qual este ato não geraria um dano patrimonial ou relevância perante à sociedade. Neste artigo analisam-se algumas possibilidades de aplicação deste princípio, além de defender sua incidência diretamente ao caso concreto, em se tratando de delitos praticados por reincidentes. Para isso, será desenvolvida pesquisa bibliográfica e uma abordagem metodológica crítico-reflexiva e interseccional, que articula métodos quantitativos e qualitativos a fim de melhor compreender os critérios para aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito Penal; Bagatela; Furto; Reincidência.

INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância, também conhecido como crime de bagatela, ocorre quando uma ação tipificada como crime, é considerada irrelevante, por causar lesão

¹¹ Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: costamotaamanda@gmail.com

¹² Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: mauriciucollares@gmail.com

mínima à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à própria vítima. Ao aplicá-lo, a conduta deixa de ser classificada como crime, tendo em vista ser o referido princípio uma causa de excludente da tipicidade, levando em consideração a desproporcionalidade do resultado da pena aplicável ao tipo penal.

O Supremo Tribunal Federal (STF), como forma de regular a aplicação do princípio da insignificância determina alguns critérios que devem ser observados, sendo eles: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Tal entendimento, por sua vez, é repercutido em outros tribunais.

Partindo deste pressuposto, o presente artigo tem como objetivo explanar o entendimento do Superior Tribunal Federal, sobre a aplicação do princípio da insignificância, praticado por reincidente no crime de furto simples analisando julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), em que se aplicou o princípio da insignificância em delito de furto, apesar de o réu responder a uma outra ação penal em curso. Para isso, inicialmente, será abordado o conceito do princípio da insignificância de acordo com a doutrina, em seguida furto simples no Código Penal, a conceituação de reincidência, e por fim, será apresentado julgados da Suprema Corte, com os fundamentos utilizados para aplicar o princípio ao caso e, conseqüentemente, absolver o réu.

O método de abordagem utilizado é dedutivo, em pesquisa aplicada de caráter descritivo, visando averiguar as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação a aplicação do princípio da insignificância, desta forma, os resultados serão apresentados mediante abordagem qualitativa, a partir da coleta de informações em fontes secundárias, incluindo livros, artigos e a jurisprudência da Suprema Corte.

Considera-se importante a investigação do presente tema, tendo em vista que em decorrência de o princípio da insignificância não se encontra expressamente previsto na legislação brasileira, a maneira correta de sua aplicação ou restrição acaba sendo construída, concomitantemente, ao seu emprego ou afastamento nos casos concretos, em especial, pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecido brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos

sociais traçados pela moderna política criminal. O princípio da insignificância surgiu para evitar que a norma legal julgasse injustamente os casos de lesividade ínfima, adequando o caso em concreto aos princípios do Direito Penal, aplicando assim uma interpretação subnormativa à lei.

Com relação ao princípio da insignificância, Nucci (2020, p.298) sustenta que, “o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como última ratio, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas”. Ou seja, a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

Gonçalves (2021, p.68) preceitua, que o reconhecimento da insignificância da conduta, leva à conclusão de que o fato é atípico, sendo corolário do princípio da proporcionalidade. Ou seja, o princípio da insignificância ou bagatela, descaracteriza a tipicidade penal de um ato que é insignificante aos olhos do Poder Judiciário, tornando a pena prevista para o mesmo muito desproporcional com as consequências do ato praticado. Deve existir uma proporção entre os crimes e as penas, sendo necessário impor penas de maior gravidade aqueles comportamentos que afetam diretamente o bem-estar social e em menor grau para as condutas que lesam minimamente a sociedade, não devendo o legislador aplicar penas de último grau a delitos pequenos.

Conforme Nucci (2020, p. 80), ocorre o emprego do princípio da insignificância (crime de bagatela), quando se percebe que, em face do bem jurídico patrimônio, a conduta do agente, ainda que se configure em subtração de coisa alheia móvel, é inócua para ferir, na substância, o bem jurídico protegido.

Fachini, diz que o crime de bagatela, precisa seguir alguns critérios para que se configure como tal, excluindo a tipicidade material do delito e, portanto, enquadrando-o no princípio da insignificância, que são:

1. A ação não apresenta perigo social: O delito cometido pelo autor não colocou em perigo ou provocou situação de potencial perigo para a sociedade, para as pessoas e para o patrimônio.
2. A conduta não é ou é minimamente ofensiva: O delito causado pelo autor não ofende moral ou fisicamente a pessoa prejudicada e nem a sociedade, fazendo com que a mesma seja inofensiva.
3. O ato praticado é pouco reprovável: Isso quer dizer que, embora a pessoa tenha cometido um crime, ele não seja reprovado socialmente a ponto de ser significativo.
4. A lesão jurídica é inexpressiva: Ou seja, o ato criminoso deve apresentar inexpressiva lesão jurídica, isso é, ele não deve causar dano expressivo à vida, à integridade física, moral e psicológica das pessoas, aos objetos, ao patrimônio à própria proteção jurídica que se dá sobre esses institutos.

Assim Fachini, explica que o princípio da insignificância, quando aplicado, extingue o processo penal por compreender que não há crime no que foi cometido. Há várias decisões de tribunais pátrios, absolvendo réus por considerar que ínfimos prejuízos a bens jurídicos não devem ser objeto de tutela penal, como ocorre nos casos de furto simples.

CODIGO PENAL: FURTO SIMPLES

O crime de furto está tipificado no art. 155 do Código Penal (BRASIL, 1940), com a seguinte redação: “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel – pena: reclusão de 1 a 4 anos, e multa” (*caput*). O bem jurídico protegido é o patrimônio, incluindo-se a propriedade e a posse legítima de coisa alheia móvel.

À conduta do *caput* dá-se o nome de furto simples. Ela estará presente por exclusão, isto é, o furto somente será simples se não estiver presente nem o privilégio (§ 2º) nem ao menos uma das qualificadoras (§§ 4º, 5º e 6º). A sanção penal aplicável à modalidade simples é a reclusão de 1 a 4 anos, além da multa (cumulativa).

Sem embargo de alguma divergência, o delito de furto constitui crime comum, pois não exige condição especial do sujeito ativo; uni subjetivo, por sua compatibilidade com a conduta de um só agente; de dano, em termos de lesão patrimonial; doloso, por força do artigo 18, parágrafo único, do Código Penal (BRASIL, 1940); material, no sentido de exigir para a consumação a efetiva subtração da coisa alheia móvel; instantâneo, ao coincidir a consumação com o momento da referida subtração.

Qualquer pessoa pode praticar o delito, com exceção do proprietário do bem. A subtração de coisa própria nos remete ao art. 346 do Código Penal (BRASIL, 1940), inserido entre os crimes contra a administração da justiça. Na hipótese de “ladrão que furta de ladrão” persiste a tipicidade do art. 155 do Código Penal (BRASIL, 1940), que abrange de modo explícito, sem abrir exceções, a subtração para si ou para outrem de coisa alheia móvel. Não há o menor indício no Código Penal de irracional abandono dos interesses inerentes ao patrimônio daquele que já fora prejudicado com o primeiro furto.

Portanto, pode-se concluir que o furto simples é quando se pega algo de alguém, indiretamente sem causar nenhuma grave ameaça ou ofensa a pessoa considerada como vítima.

TERMO REINCIDENTE

Nos termos do art. 63 do Código Penal (BRASIL, 1940), torna-se reincidente quem comete novo crime após já ter sido condenado, com trânsito em julgado, no Brasil ou no exterior, por crime anterior. Nucci (2020, p. 654), diz que:

É nítida a distinção feita pela lei penal, no sentido de que é primário quem não é reincidente; este, por sua vez, é aquele que comete novo delito nos cinco anos depois da extinção da sua última pena. Logo, não há cabimento algum em criar-se uma situação intermediária, como o chamado tecnicamente primário, legalmente inexistente. Deixando de ser reincidente, após os 5 anos previstos no inciso I do art. 64 do Código Penal, torna a ser primário, embora possa ter maus antecedentes.

Ou seja, decorrido o período de 5 anos (quinquídio), não é mais possível, caso haja o cometimento de um novo delito, surgir a reincidência. Porque não se trata de decair a reincidência, mas sim a condenação, afinal, quem é condenado apenas uma vez na vida não é reincidente, mas sim primário. O termo quinquídios está relacionado à data da prática do segundo crime, não à data da nova sentença condenatória.

A prova de reincidência só se prova mediante a certidão da sentença condenatória transitada em julgado, com a data do trânsito. Não bastam, desse modo, meras informações a respeito da vida pregressa ou a simples juntada da folha de antecedentes do agente para a comprovação da agravante. Nem mesmo a confissão do réu é meio apto a provar a reincidência.

Resumindo, o conceito de reincidência é a situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado.

STF: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE FURTO SIMPLES PRATICADO POR REINCIDENTE.

Para Nucci (2020, p. 1006), “O direito penal não se ocupa de insignificâncias, deixando de se considerar fato típico a subtração de pequeninas coisas de valor nitidamente irrelevante”. E que a utilização do princípio da insignificância, por se tratar de causa supralegal de exclusão da tipicidade, submete-se, naturalmente, à política criminal do Estado, na hipótese, sob a ótica do Judiciário (NUCCI, 2020, p. 1006).

Para Capez (2020, p. 84):

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm reconhecido a tese da inexistência de tipicidade nos chamados delitos de bagatela, aos quais se aplica o princípio da insignificância, dado que à lei não cabe preocupar-se com

infrações de pouca monta, insuscetíveis de causar o mais ínfimo dano à coletividade.

O Supremo Tribunal Federal assenta em alguns julgados que a aferição do relevo material da tipicidade penal e a consequente aplicação do princípio em tela devem se dar através da satisfação concomitante de alguns requisitos, quais sejam: 1- a mínima ofensividade da conduta do agente; 2- a ausência de periculosidade social da ação; 3- o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; 4- a inexpressividade da lesão jurídica provocada, como já mencionado.

Assim, já está pacificado que não se deve levar em conta apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância (CAPEZ, 2020, p. 85). Até porque, do contrário, deixaria de existir a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º, BRASIL, 1940).

Com isso, CAPEZ (2020, p. 86) diz que, “o furto, abstratamente, não é uma bagatela, mas a subtração de um chiclete pode ser. Em outras palavras, nem toda conduta subsumível ao art. 155 do Código Penal é alcançada por este princípio, algumas sim, outras não.”

A respeito do furto simples praticado por reincidente, vale trazer um julgado recente da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em que determinou que o princípio da insignificância atua como causa de exclusão da tipicidade. Assim, sua incidência não pode ser impedida apenas porque o réu tem antecedentes criminais. E assim, absolveu no dia 05 de abril de 2022, um reincidente condenado por furtar quatro desodorantes e dois aparelhos de barbear estilo prestobarba, no valor de R\$ 114,36.

HC 198.437:

Emenda: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CASOS QUE ENVOLVAM REINCIDENTES, CONFORME CIRCUNSTÂNCIAS DE CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO. DECISÃO: Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública da União, contra decisão proferida pelos Ministros integrantes da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que negaram provimento ao AgRg no AREsp 1.756.622/SE (págs. 97-101 do documento eletrônico 3). A impetrante alega, em síntese, que “[primeiramente], é importante registrar que a conduta em questão se trata de um furto simples de itens de higiene pessoal, consubstanciados em 04 (quatro) desodorantes e 02 (dois) Prestobarbas (e-STJ FL.20). Por conseguinte, o ora paciente foi condenado por crime de furto simples (art. 155, caput, do CP) a uma pena de em 01 (um) ano, 04 (quatro) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, a ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto (e-STJ FL. 126/133 e 249). É de

mister importância ressaltar, ainda, que os objetos furtados foram devidamente devolvidos, não acarretando nenhum tipo de prejuízo à vítima, tratando-se esta de uma rede de supermercados, restando ainda mais comprovada”. (HC 198.437/SE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 02.03.2021. 2ª Turma STF.).

No julgado, para o ministro relator, Ricardo Lewandowski, não seria possível a aplicação do princípio da insignificância em razão da reincidência do réu. Lewandowski destacou que a reprovabilidade do réu é acentuada por ele responder a outras ações penais. Esse entendimento foi seguido pelo ministro Nunes Marques. No entanto, o que prevaleceu foi a divergência aberta pelo ministro Gilmar Mendes. Para Gilmar, o furto de quatro desodorantes e dois aparelhos de barbear não é capaz de lesionar significativamente o bem jurídico protegido, devendo ser afastada a tipicidade da conduta. Em trecho da decisão, ressalta:

Em uma leitura conjunta do princípio da ofensividade com o princípio da insignificância, estaremos diante de uma conduta atípica quando a conduta não representar, pela irrisória ofensa ao bem jurídico tutelado, um dano (nos crimes de dano), uma certeza de risco de dano (nos crimes de perigo concreto) ou, ao menos, uma possibilidade de risco de dano (nos crimes de perigo abstrato), conquanto haja, de fato, uma subsunção formal do comportamento ao tipo penal. Em verdade, não haverá crime quando o comportamento não for suficiente para causar um dano, ou um perigo efetivo de dano, ao bem jurídico (HC 198.437/SE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 05.04.2022. 2ª Turma STF).

Para Gilmar, não é razoável que o Direito Penal e todo o sistema de Justiça se movimentem para buscar punir um homem que furtou itens no valor total de R\$ 114,36. Como o Direito Penal tem caráter subsidiário, deve se guiar pela intervenção mínima, somente atuando para proteger os bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social, declarou. Por fim, o ministro argumentou que não se pode afastar a incidência da insignificância apenas pelo fato de o réu ter antecedentes criminais, mesmo porque uma vez excluído o fato típico, não há sequer que se falar em crime.

Em outro julgado, RHC 210.198:

Decisão: Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus com pedido de medida liminar, interposto por E.G. contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou provimento ao Agravo Regimental no HC 552.039 – DF. Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito descrito no art. 155, caput, do Código Penal (furto de uma peça de picanha, avaliada em R\$ 52,00), à pena de 1 ano de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto. A situação fática posta nos autos chama a atenção pela absoluta irrazoabilidade de ter se movimentado todo o aparelho do estado-polícia e do estado-juiz para se condenar o réu pelo furto de uma peça de picanha avaliada em R\$ 52,00. A hipótese reclama com nitidez a incidência do princípio da insignificância, sobretudo porque a consequência nuclear do crime patrimonial é a crescer o patrimônio do autor e minorar o da vítima, o que acabou por se configurar de forma ínfima no caso em questão. (RHC 210.198/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 14.01.2022. STF).

Neste Recurso Ordinário em Habeas Corpus, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), absolveu a pessoa que havia sido condenada a um ano de reclusão, em regime semiaberto, pelo furto de uma peça de picanha, avaliada em R\$ 52. O caso ocorreu em maio de 2018, no Guará, uma das Regiões Administrativas do Distrito Federal. O homem foi pego pelo fiscal de prevenção de um supermercado quando saía com a peça de carne escondida em suas roupas. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) negou recurso de apelação e manteve a sentença condenatória. Sob o entendimento de que o princípio da insignificância (ou bagatela) não se aplicaria aos casos em que o réu for reincidente, o STJ negou habeas corpus que pedia a absolvição do sentenciado.

No recurso apresentado ao STF, a Defensoria Pública do Distrito Federal argumentou que a conduta não representou uma agressão relevante, pois a peça de picanha tinha valor equivalente a apenas 5,45% do salário-mínimo vigente na época dos fatos. Ainda de acordo com a Defensoria, a reincidência por si só, não afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância.

Na decisão, o ministro Gilmar Mendes afirma que, embora as Turmas do STF tenham se posicionado no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada, o caso tem particularidades que justificam a absolvição do réu. De acordo com o relator, “devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu o delito, e não os atributos inerentes ao agente, como o fato de ser reincidente”. Mendes ressalta que o princípio da insignificância funciona como uma de exclusão da própria tipicidade, e seria equivocado afastar sua incidência unicamente pelo fato de o paciente ter antecedentes criminais. “Uma vez excluído o fato típico, não há sequer que se falar em crime”, argumenta.

No mais, compreende que a presença de reincidência não deve automaticamente ser utilizada para afastar a insignificância, todavia havendo indícios suficientes da prática delitiva contumaz de furtos leves pelo agente, esta poderá impedir o julgador de empregar o referido princípio, nos casos concretos, em vista da ausência do requisito do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento. Por outro lado, a desconsideração automática da tipicidade da conduta, pelo valor insignificante dos bens furtados, resultaria na impossibilidade de condenação do agente que reiteradamente pratique furtos de pequena monta, deixando parte significativa da população fora da tutela de proteção Estatal.

Diante disso, o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal foi de que o princípio da insignificância deve ser analisado de forma ampla ou conglobante, devendo analisar também a reincidência do agente e não somente a lesão material resultante da conduta praticada. Nesse sentido, acolheram a tese de que a reincidência, de forma exclusiva, não afasta aplicação do instituto bagatelar, entretanto considerando o juiz que o emprego do princípio da insignificância resultará em prejuízo penal e/ou social, poderá fazer uso da aplicação de sanção ao indivíduo que cometeu o delito, afastando a aplicação da insignificância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da insignificância é um mecanismo importante para a afirmação do direito penal como direito subsidiário, a ser aplicado em última instância sobre o comportamento ilícito do autor, reafirmando o caráter positivista dos princípios que o fundamentam. Assim sendo, a bagatela é importante para o direito brasileiro e para a sociedade na medida em que não torna o poder punitivo do Estado abusivo, aplicando as penas na medida dos crimes cometidos, analisando os casos concretos ao invés de se firmar na letra dura da lei.

Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa.

No caso do tema abordado, trata-se de crimes referentes ao furto simples, sendo assim são ilícitos cometidos sem violência ou ameaças e sem qualquer teor de lesão a pessoa ou ao bem jurídico tutelado pelo estado. Conclui-se com isso que nos casos de crimes de furtos simples é defeso ao infrator o uso do princípio da insignificância, garantindo o seu direito à liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Bruno Kern. **A descriminalização de condutas formalmente típicas, mediante a aplicação do princípio da insignificância**. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, 2020.

BARROS, Ruan Gonçalves de. **O princípio da insignificância como excludente de tipicidade material**. 2021. 41 f. Monografia Jurídica de Conclusão de Curso. Pontifícia universidade católica de goiás - Escola de direito e relações internacionais. Goiás, 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 01 de julho de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 210198/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 de janeiro de 2022. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1355451179/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-210198-df-0374679-7420193000000> >. Acesso em: 01 de julho de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 198437/SE**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 02 de março de 2021. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1175618290/habeas-corpus-hc-198437-se-0048811-6720211000000/inteiro-teor-1175618294> >. Acesso em: 01 de julho de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 198437/SE – Aracaju. Proc. 0021419-76.2018.8.25.0001, 9ª Vara Criminal, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator) e Nunes Marques. 2ª Turma, 05.04.2022**. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1490915563/agreg-no-habeas-corpus-hc-198437-se-0048811-6720211000000> >. Acesso em: 01 de julho de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Geral- art. 1º a 120**. V. 1, 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **STF: Reincidente em furto de mínima ofensividade pode ser submetido a regime inicial aberto**. Meu Site Jurídico. 2019. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/16/stf-reincidente-em-furto-de-minima-ofensividade-pode-ser-submetido-regime-inicial-aberto/> >. Acesso em: 01 de julho de 2022.

FACHINI, Tiago. Princípios da insignificância: requisitos e aplicações. PROJURIS. Disponível em: < <https://www.projuris.com.br/principio-da-insignificancia/> >. Acesso em: 01 de julho de 2022.

GANEM, Pedro. **STF: a reincidência não afasta obrigatoriamente o princípio da insignificância**. Canal Ciencias Criminais. 2021. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/a-reincidencia-nao-afasta-obrigatoriamente-o-principio-da-insignificancia/> >. Acesso em: 01 de julho de 2022.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; PEREIRA, Maria Fernanda Escobar. **A aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: um estudo empírico sobre os parâmetros do STF e sua relevância nas decisões dos juízes da Comarca de Três Rios/RJ**. Teoria Jurídica Contemporânea, v. 5, n. 2, p. 174-209.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**. v. 1: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GOZZI, Grazielle Ferreira; RAMOS, Letícia Oliveira; SILVA JÚNIOR, Ademos Alves da. **O princípio da insignificância e a análise do caso concreto diante da reincidência**.

Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ, v. 5, n. 1, Nov-Dez/2017, p.302/304 Suplemento Especial, RESUMOS EXPANDIDOS, 3ª Mostra Científica 2017.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6ª Edição de 2020. Saraiva Educação SA, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUES, Guilherme Soares. **Aplicação do Princípio da Insignificância frente a reincidência nos crimes de furto: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 2021. 29 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Universidade Federal de Viçosa, Faculdade de Direito, 2021.

SANTOS, Eline Vieira dos. **Princípio da insignificância: sua aplicabilidade nos crimes de furto simples**. Centro universitário de Brasília - UniCEUB Reitor, p. 319-375. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma aplica princípio da insignificância a tentativa de furto de moedas e garrafas de bebida**. 2020.

VON JHERING, Rudolph. **A luta pelo direito**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

CAPÍTULO 6

DIREITO PENAL E O PACOTE ANTICRIME



Abraão Anderson Barbosa¹³



Klemenson Marcolino¹⁴



Luiz Cariman Salazar Júnior¹⁵

RESUMO

O Crime no país está se cada vez mais complexo e com novas facetas, tornando-se mais difícil de ser interpretado e combatido. Com a finalidade de melhorar o combate aos crimes, foi criada a Lei n. 13.964/19, também, conhecido como Pacote Anticrime, que causou mudanças em detalhes importantes do Código Penal. Este artigo, tem como objetivo demonstrar esses detalhes importantes e suas novas características e impactos que podem ser causados, na luta para uma mudança positiva do cenário do direito penal no Brasil.

Palavras-chave: Crime. Pacote Anticrime.

¹³ Discente do curso de Direito da UFRR.

¹⁴ Discente do curso de Direito da UFRR.

¹⁵ Discente do curso de Direito da UFRR.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar dogmaticamente as alterações provocadas pela Lei n. 13.964/19 ("Pacote Anticrime") no Código Penal. O tema em destaque é de fundamental relevância pois o Pacote Anticrime corresponde à maior alteração da legislação penal brasileira. A lei anticrime, ao se valer da justificativa de combate à criminalidade, trouxe mudanças a 17 legislações, entre elas o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Crimes Hediondos. Logo, torna-se imprescindível discutir e analisar essas alterações, as quais terão notório impacto na aplicação da legislação penal e na vigência do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A problemática se dá exatamente neste aspecto: As modificações provenientes do pacote anticrime Lei 13.964/2019 suprem a necessidade do direito penal do atual momento?

Esse assunto mostra-se especialmente pertinente hodiernamente visto que a teoria do Direito Penal, no ordenamento jurídico nacional, ocorre o surgimento de leis e institutos criminais repressores, como forma de resposta estatal aos crescentes níveis de criminalidade e violência.

Como objetivos específicos verificar a existência de dificuldade para as instituições jurídicas em implementar todas as modificações de forma efetiva e pontuar a importância de constantes inovações à legislação criminal.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, por meio da elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento, partindo das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Será analisada, as alterações da Lei 13.964/2019 trazidas ao Código Penal, destacando as principais e mais importantes mudanças, entre elas o tempo máximo de cumprimento de pena que buscou se adaptar a expectativa de vida atual, como também, será abordado as principais alterações advindas do pacote, onde se encontram a grande maioria das inovações desta lei, como, por exemplo a tão repercutida criação do "juiz das garantias".

LEGÍTIMA DEFESA

A primeira alteração ocorrida no Código Penal foi a inclusão de um novo parágrafo ao artigo 25 que trata sobre legítima defesa que é uma das causas excludentes de ilicitude que protege a conduta de repelir, de si mesmo ou de outrem, uma injusta agressão, atual ou iminente. Neste caso, há uma injusta agressão, a qual torna lícita a conduta que visa a neutralizar tal agressão.

A Lei 13.964/2019 inseriu o parágrafo único ao artigo 25 do Código Penal, de seguinte teor:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

O parágrafo incluído dispõe que também estará agindo em legítima defesa o agente de segurança pública que repelir agressão contra a vítima que estiver sendo mantida como refém durante o decorrer de prática criminosa, tal alteração causou bastante repercussão no meio jurídico, pois, o parágrafo acrescentado criou uma hipótese de legítima defesa específica para os agentes de segurança pública já subentendida, uma forma de mensagem política (apoio aos agentes de segurança pública) e nenhuma mudança efetiva na disciplina normativa.

DA EXECUÇÃO DA PENA

O STF decidiu, no dia 13 de agosto de 2018, modificando seu próprio entendimento, que a legitimidade para cobrança da pena de multa é do Ministério Público, sem prejuízo de, subsidiariamente, a Fazenda Pública promover sua execução.

A nova redação do artigo 51 dispõe que após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, e que serão aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública. Tal redação parece reforçar a legitimidade do Ministério Público e afastar a da Procuradoria da Fazenda

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Os parágrafos 1º e 2º que trataram sobre conversão foram revogados.

AUMENTO DO TEMPO LIMITE DE CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

A nova redação do artigo 75, *caput*, do Código Penal amplia o tempo limite de cumprimento das penas privativas de liberdade, de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Segundo o professor Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 30), o legislador levou em conta o significativo aumento da expectativa de vida dos brasileiros para promover essa alteração. De acordo com o IBGE, em 1940, a expectativa de vida do brasileiro era de 45 anos, o que nos leva a entender o limite de cumprimento de pena ser definido em 30 anos. Porém atualmente, segundo o próprio IBGE essa expectativa de vida do brasileiro é de 76,3 anos, o que traz um cenário completamente diferente da década de 1940.

Por oportuno, devemos deixar claro que não se deve confundir limite máximo de cumprimento da pena e tempo máximo de condenação, o qual pode superar os 40 (quarenta) anos no caso concreto. O limite de quarenta anos diz respeito somente ao limite máximo para cumprimento da pena, não se aplicando aos benefícios da execução penal, como o livramento condicional e a remição. Diante dessa situação, cabe ao juiz das execuções penais (LEP, art. 66, III, a) unificar as penas dos delitos diversos, nos termos do § 1º do artigo 75 do Código Penal alterado pela lei anticrime: "Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo" (LIMA, 2020, p. 31).

Logo, no caso de um indivíduo ser condenado pela prática de mais de um crime à pena superior a quarenta anos de reclusão, o cálculo da progressão da pena deve ter como base a pena aplicada, e não os quarenta anos fixados no artigo 75 do diploma penal.

Não obstante, a lei anticrime, ao aumentar o limite de cumprimento das penas privativas de liberdade, busca fomentar o poder punitivo estatal sobre o condenado por meio da maior vigilância e do isolamento social. Nessa conjuntura, deve-se ainda questionar essa alteração tendo em vista que as penas cominadas no Código Penal são significativamente altas, particularmente ao comparar-mos com a de outros países. O crime de roubo no Brasil, por exemplo, possui uma pena que varia de quatro a dez anos de reclusão, enquanto no direito alemão varia de seis meses a seis anos.

Além disso, o sistema de concurso de crimes na hipótese de múltiplos delitos é extremamente rigoroso na legislação pátria, o que leva a penas demasiadamente elevadas. Tal medida impactará consideravelmente o já lotado sistema prisional brasileiro. Por conseguinte, a maior permanência dos presos nesse sistema ocasionará uma clara

piora dessa situação, com a crescente lotação dos estabelecimentos prisionais, sujeitando os detentos a condições degradantes de vida e de convivência com outros prisioneiros, em uma violação direta à sua dignidade e aos direitos humanos.

Outra consequência decorrente do aumento da população carcerária será o considerável crescimento de novos membros recrutados pelo crime organizado e pelas organizações criminosas dentro das cadeias abarrotadas e sem a mínima infraestrutura adequada. Logo, sob uma visão econômica desse encarceramento, a ampliação do limite de tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade levará a maiores gastos com a manutenção de uma progressiva população carcerária. Assim sendo, conclui-se que a alteração do Pacote Anticrime prevista no artigo 75 do Código Penal apresenta impactos significativos na conjuntura social, prisional e econômica brasileira.

DOS REQUISITOS PARA O LIVRAMENTO CONDICIONAL

Instituto utilizado para antecipar a saída do condenado do regime carcerário, o livramento condicional concede a liberdade se preenchidos alguns requisitos e obedecendo condições, ambos encontrados no artigo 83 do Código Penal. Inicialmente, convém esclarecer que o livramento condicional representa a fase final da execução da pena no sistema progressivo. Com o livramento, há uma antecipação precária da liberdade do detento, a qual tem o condão de diminuir os malefícios do cárcere e promover a sua reinserção no meio social (LIMA, 2020, p. 33).

Em sua reforma o inciso III do art. 83, CP, passou a ter quatro alíneas e na modificação deixou de adotar o termo “comportamento satisfatório” e passando a utilizar “bom comportamento”, o que já era adotado na Lei de Execução Penal para progressão de pena. Nesse sentido, conforme atesta Cunha (2020b, p. 27), a liberdade condicional denota um direito público subjetivo do apenado, isto é, se preenchidos os requisitos legais, a sua aplicação não fica sujeita à faculdade do magistrado. No que concerne à exigência de bom comportamento durante a execução da pena, representa um aumento do padrão de comportamento esperado pelo apenado, dificultando assim a concessão do benefício. Além disso, a utilização da expressão “bom comportamento” pode dar ensejo a interpretações conflitantes, o que exalta a carência de uma técnica legislativa mais apurada, infringindo assim o princípio da legalidade (LEQUES, 2020, p. 85).

A discussão acerca da prática de falta grave e o impedimento da concessão do livramento condicional é prévia ao Pacote Anticrime, isso em relação à alteração do não

cometimento nos últimos doze meses. Uma corrente considerava não ser possível a interrupção do prazo para obtenção do livramento condicional por ferir o princípio da legalidade, visto que tal requisito não estava expressamente previsto no artigo 83 do Código Penal. Caminhava também nesse sentido a Súmula n. 441 do STJ: "A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional" (LIMA, 2020, p. 35). Noutro prisma, outros estudiosos defendiam que a prática de falta grave poderia interromper o prazo para obtenção do livramento condicional, uma vez que o artigo 83 do Código Penal previa a necessidade de atendimento a requisitos subjetivos para tal concessão, a exemplo do comportamento satisfatório durante a execução da pena (LIMA, 2020, p. 35).

Assim, com o advento da Lei n. 13.964/19, essa discordância foi superada, visto que o legislador adicionou ao artigo 83 a condição de não cometimento de falta grave nos últimos doze meses a fim de possibilitar ao detento o livramento condicional. Trata-se, pois, de mais uma mudança restritiva, a qual prolonga a permanência do preso no insalutar ambiente carcerário e dificulta ainda mais a sua reinserção na sociedade.

Em relação às questões objetivas, o Pacote Anticrime não promoveu alterações à redação do regramento penal, mantendo o *quantum* de pena a ser cumprido para a referida concessão. Todavia, o artigo 112, VI, "a" e VIII da LEP, foi modificado pela Lei n. 13.964/19, de forma a vedar o livramento condicional ao condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário ou reincidente (BRASIL, 2019a). Além desse dispositivo, também foram alterados o artigo 2º, § 9, da Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013), de forma que o condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá obter o livramento condicional se houver elementos que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Em visto do relatado, Leques critica as inovações provocadas pela lei anticrime à matéria do livramento condicional:

O recrudescimento legal, ao estabelecer requisitos mais fechados, que dificultam e até mesmo vedam a aplicação do instituto do livramento condicional, não se coaduna com a própria finalidade da execução penal, que busca a reintegração social do condenado, conforme expressamente disposto na Lei de Execução Penal [...] (LEQUES, 2020, p. 84).

Com isso, conclui-se que essas alterações detêm caráter estritamente simbólico e punitivo, e vão de encontro à meta da execução penal de ressocialização do condenado.

Pode-se prever, assim, o impacto negativo dessas mudanças no sistema prisional, com o conseqüente aumento da população carcerária, a falta de vagas para o cumprimento de pena em regime fechado e a conseqüente violação aos direitos humanos.

DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Os efeitos da condenação também foram ampliados, podendo agora definir a perda de bens quando se tratar de crime de pena máxima superior à 6 anos de reclusão. O artigo 91-A foi acrescentado pela Lei nº 13.964/2019, e estabelece mais hipóteses de efeitos específicos da condenação, tratando sobre a perda do produto ou proveito do crime. O legislador restringiu a aplicação dos regramentos incluídos pela Lei 13.964/2019 aos crimes cuja pena máxima seja superior a 6 anos de reclusão. Portanto, não cabe a decretação da perda de bens, com base no artigo 91-A do CP, em todos os delitos.

De acordo com o novo artigo, nos casos em que há condenação por infração à qual a lei estabeleça pena máxima superior a 6 anos de reclusão, poderá ser decretada a perda de bens tidos como produto ou proveito do crime, correspondentes ao valor da diferença entre o patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. A ideia é alcançar bens do condenado sem exigência de comprovação de que ele decorre diretamente da atividade criminosa (produto) ou deriva dela, por conversão dos bens (proveito).

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I – de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

A lei exige o pedido expresso do Ministério Público, que deve ser feito por ocasião da denúncia, inclusive com a indicação da diferença apurada entre o patrimônio que o condenado possui e o que seria compatível com sua atividade profissional e/ou econômica lícita.

PRESCRIÇÃO

O artigo 116 dispõe sobre as causas impeditivas da prescrição, ou seja, sobre as circunstâncias que impedem que seu curso. Houve uma mudança nas regras acerca da prescrição penal. Agora a pendência de embargos de declaração ou de recursos que sejam inadmissíveis aos Tribunais Superiores impede a prescrição, assim como o período até o cumprimento ou rescisão de um acordo de persecução penal, ou seja, não correrá prazo prescricional enquanto não rescindido o instituto processual penal do acordo de não persecução penal e, não correrá prescrição enquanto o agente estiver cumprindo pena no exterior, e também, quando houver pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis.

Fato é que, a ferramenta utilizada por muitos processados criminalmente, que visam antes de tudo o fim do processo com a utilização da prescrição se torna mais complexo, recursos descabidos que enchem os tribunais com esse objetivo já não mais serão tão úteis, salvo se procedentes.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a Lei nº 13.964/2019, chamada de pacote anticrime, aperfeiçoou a legislação penal, através das alterações provocadas nos artigos.

De acordo com o Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019) o Projeto Anticrime foi elaborado para aperfeiçoar as normas penais já existentes, a partir de uma análise criteriosa de conjuntos de leis e dispositivos, bem como, da análise dos resultados apresentados com a implementação em países desenvolvidos e com baixo índice de criminalidade e violência.

Pode-se dizer que uma das maiores modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 ao Código Penal, foi a alteração do limite máximo de cumprimento de pena de reclusão e detenção, que agora é de 40 anos.

Além disso, a mudança da pena cominada ao crime de concussão do artigo 316, padronizou as penas dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (peculato, inserção de dados falsos em sistema de informações, concussão, excesso de exação e corrupção passiva) em reclusão de 02 a 12 anos, e multa.

Os itens impeditivos da prescrição também geram boas expectativas, ao evitar que as altas demandas de recurso gerem a impunidade pela prescrição, notadamente sabe-se que várias demandas existem com esse fim, por vezes meramente protelatório, e agora não sendo reconhecidos perante o órgão judicial a que for peticionado, não geram mais o seu objetivo obscuro. Dessa forma, através das mudanças abordadas e tratadas neste artigo, percebe-se que as alterações ocorridas realmente enrijeceram as práticas e penalidades penais aplicáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Adriano. **Comentários à Lei 8.072/990 à luz do “Pacote Anticrime” da Lei 13964/2019**. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/comentarios-a-lei-8-072-990-a-luz-do-pacote-anticrime-da-lei-13964-2019/>>. Acesso em: 28 Set. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 Set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – parte geral. V. 1; 6. ed.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FROZI, Wagner. **Do pacote anticrime (lei n.º 13.964/2019) e as respectivas alterações no Código Penal Brasileiro. 2020**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79601/do-pacote-anticrime-lei-n-13-964-2019-e-as-respectivas-alteracoes-no-codigo-penal-brasileiro>>

PROCOPIO, Michael. **Pacote Anticrime: as alterações do Código Penal pela Lei 13.964/2019**. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/pacote-anticrime-as-alteracoes-do-codigo-penal-pela-lei-13-964-2019>>

LEQUES, Rossana Brum. Livramento condicional: os impactos da Lei nº 13.964/2019. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. **Pacote Anticrime: Reformas Penais**. Florianópolis: Emalis Editora, 2020. p. 75-86.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Atualização: Rejeição de vetos ao Pacote Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2022

CAPÍTULO 7

PACOTE ANTICRIME: O AUMENTO DO TEMPO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO DA PENA E SEUS EFEITOS NO SISTEMA PRISIONAL



Alária Gomes Araújo Felípe¹⁶



Caroline Campos de Souza¹⁷



Luanna Emilly dos Santos Rodrigues¹⁸

RESUMO

O objetivo desse artigo é apresentar a modificação do Código Penal, de acordo com o advento do Pacote Anticrime através da Lei nº 13.964/2019, com ênfase ao art. 75 do CP que sofreu alteração no aumento do tempo do cumprimento da pena passando de 30 (trinta) anos para 40 (quarenta) anos do limite máximo. Além da demonstração das consequências criadas pela mudança no aumento da pena privativa de liberdade, analisando o sistema prisional que se encontra defasado, não exercendo o cumprido de sua função esperada, o estudo apresentado busca conectar análises de violações causadas contra o fundamento da dignidade da pessoa humana elencados na Constituição Federal no seu art. 1º e outros direitos que acabam sendo infringidos de acordo com a nova lei.

Palavras chaves: Código Penal; Pacote Anticrime; Pena; Sistema Prisional.

¹⁶ Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: agfelip@gmail.com

¹⁷ Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: carolinecampos6666@gmail.com

¹⁸ Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: luanna_emilly@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como análise, as variações do sistema penal decorrentes as evoluções históricas, mas que sua procedência possui condições humanas insuficientes de acordo com os dispositivos, onde seus efeitos provocam o resultado contrário para o estado, em observar o aumento gradativo de crimes no Brasil.

Ressaltando as modificações que foram adotadas na Lei nº 13.964/2019 em destaque a alteração na redação do art.75 do Código Penal, nele obteve o aumento do cumprimento da pena privativa de liberdade que determinava nele obteve o aumento do cumprimento da pena privativa de liberdade que determinava em 30 (trinta) anos o tempo máximo, e atualmente de acordo com o novo pacote anticrime está firmado o tempo não superior a 40 (quarenta) anos, tornando-se então uma visão mais severa nas regras de execução penal.

Seguindo aspectos de recrudescimento ao código, teve como justificativa a tentativa de diminuir a taxa de crimes ao seu conectivo de impunibilidade, além da observação ao crescimento da expectativa de vidas dos cidadãos brasileiros no decorrer dos anos.

Entretanto, vale ressaltar que os presídios possuem precariedades nítidas as infraestruturas, vendo que os que adentram ao sistema carcerário podem não obter esta longevidade.

Portanto, será observado a falta de seus direitos, aos quais constam nos padrões constitucionais, e que mesmo com a problemática efetivaram o aumento do limite das penas, prendendo por mais tempo os infratores ao sistema penitenciário.

O questionamento tende visualizar as implicações que fomentam a efetividade de alterações, possibilitando a alta reflexão para com a própria Constituição Federal.

O REFLEXO HISTÓRICO NO SISTEMA PENAL

Preliminarmente, é considerável assentar de forma sintética que existe uma lógica crucial que delimita o advento do sistema penitenciário ao surgimento da pena como medida protetiva e restritiva do bem mais refinado do indivíduo, a liberdade.

O sistema penal deixa a crença de que punir autores de condutas desviantes qualificadas como crime traz segurança, tranquilidade e proteção, que são objetivos sustentados pela sua enganosa publicidade. O fracasso advém de um sistema que

promete todos esses objetivos fantasiosos, mas que mesmo com o passar de séculos não demonstra esses resultados, pelo contrário, sustenta ter que aumentar seu rigor e o alcance de sua aplicação, tendo em vista o incontrolado aumento da criminalidade (KARAM, 2008).

Foucault *apud* Sousa e Borba (1987), aduzem que na obra *Vigiar e Punir* o autor considerava que a prisão deveria de antemão ser segmentada pela magnitude dos delitos cometidos pelos indivíduos reclusos nas unidades, como maneira eficaz e favorável ao cumprimento legal da pena, permitindo que a recessão dentre aqueles de maior periculosidade pudesse ser fator determinante e positivo na ressocialização do agente do delito.

A Constituição Federal de 1988 buscou em sua caracterização analisar uma busca intrínseca à garantia da Dignidade da Pessoa Humana, primordialmente, no art. 5º da CRFB/88 designa a proibição da pena de morte bem como da pena que submete o indivíduo à condição de tortura, respeitando de modo geral a integridade física e moral do custodiado, que deveria, no entanto, ser marco de evolução dentro do sistema penitenciário brasileiro (BITENCOURT, 2017).

Assim, nota se que as penas têm finalidade ressocializadora, ou seja, implica em ensinar e reinserir o indivíduo ao convívio em sociedade, tendo em vista que essas penas deveriam conter entranhas humanitárias. Logicamente, para que isso aconteça, torna se necessário a cooperação de do Estado e da sociedade, e por isto, que é uma grande batalha para o Direito Penal realizar essa tarefa de reinserção. (SILVA; MADRID, 2015)

Logo, inevitável refletir sobre essa desordem na política do Estado Federativo igualmente na segurança da sociedade em geral. Principalmente por considerar este o guardião da preservação integral do povo, por meio de políticas públicas efetivas.

Na antiguidade havia formas rústicas no cumprimento de pena pelos chamados transgressores da ordem social, onde eram por consequência lançados em masmorras que era em cubículos minúsculos que mal comportava a esteira que presidiário dormiria e um sanitário (FOUCAULT, 1987).

No momento atual, não há uma distância significativa das realidades que estas pessoas estão sendo obrigadas a viver e a que os presos da antiguidade viviam, pelo contrário, ao considerar todos os precedentes humanitários que a CRFB/1988 adere hoje em dia, a decadência está cada vez mais invasiva e cruel sobre aqueles que estão encarcerados nesses estabelecimentos sem o mínimo de dignidade possível (CORTE AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Não há que discordar que a falência de um sistema operacional se dá em consequência de sua (in)efetividade quanto a consecução de seu objetivo basilar. Considerando esta linha de pensamento, vê-se que há um vínculo impreterível entre a “máquina” que é o sistema penitenciário e sua matéria-prima, qual seja o instituto da pena.

Contudo, as unidades prisionais que deveriam comportar esses indivíduos de maneira diligente, apresentam uma realidade absurdamente divergente do que se espera das entidades legitimadas a ressocializar e reinserir o indivíduo na sociedade. Em especial, trata-se da (in)efetividade quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade, onde há a submissão degradante do indivíduo em subsistir em um local hostil e inapto a alojar a quantidade de pessoas por metro quadrado como atualmente acontece na maior parte das unidades prisionais do Brasil, sendo a reclusão meio insuficiente para caracterizar a pena como ressocializador.

ANÁLISE DA LEI 13964/2019 E AS ALTERAÇÕES CAUSADAS NO ART. 75 DO CP

As alterações em 2019 no sistema de segurança pública já era esperado por questões discursivas sobre o combate a criminalidade, pois a sociedade civil sentia a impunidade predominante na legislação penal, nesse contexto os legisladores reconheceram a necessidade na norma jurídica a se ajusta nos anseios da sociedade relacionando as adequações ao Código Penal.

No entanto, o sistema penal adotado pelo estado ainda padece de condições humanas e dignas para o cumprimento das execuções de sentença, embora existam avanços nas secretarias de segurança públicas estaduais para que está realidade possa modificar, porém, à insuficiências na adequação das normas jurídicas estabelecidas pelo congresso.

Diante do progresso positivo as condições científicas na saúde, criou-se a expectativa coletiva do aumento da idade e sobrevivência humana, em não esperar que esse procedimento normalize em comprimentos individuais de penas, pois cada réu possui uma realidade social financeira distinta, não podendo ser generalizado como procedimento único.

Observa-se que os procedimentos jurídicos adotados pelos legisladores em especial no art.75 do Código Penal, no aumento da pena de 30 (trinta) anos sendo modificada para 40 (quarenta) anos, necessita entrar em conformidade com a realidade penal na aplicação das penas estabelecidas pelos tribunais locais, onde nos cenários económicos de cada

ente federativo torna-se dissonante para uma legislação unitária e predominante.

Para Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr (2020, p, 23).

O funcionamento do sistema penal deve partir do necessário respeito ao princípio maior [...] Trata-se de uma lógica inteiramente distinta da sensibilidade inquisidora que estruturou os sistemas de perseguição ao inimigo, como o delineado por Eymerich no Manual dos Inquisidores “[...] é preciso lembrar que a finalidade de mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (ut alii terreantur). Ora, o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo”.

Embora os congressista queiram ajustar uma insatisfação de impunidade à sociedade, não justifica fazê-la pelos argumentos já elencados, para que esta norma seja efetivada e justificada, teria a necessidade que o processo penal do cumprimento de sentenças estabelecesse condições dignas para a individualização das execuções, de acordo com os direitos humanos e direitos universais.

Para Luís Roberto Barroso (2020, p, 184).

O direito penal deve ser moderado, sério e igualitário. Moderado significa que se deve evitar a expansão desmedida do seu alcance, seja pelo excesso de condutas criminalizadas seja pela exacerbação desproporcional de penas.

Enfim verifica-se a importância da participação da sociedade civil como OAB, representantes do Ministério Público, defensores públicos e magistrados, para elaboração das normas penais no tocante a aplicabilidade das condenações criminais evitando injustiças que comprometam o ordenamento jurídico e social.

OS ASPECTOS CONSEQUENTES PARA O AUMENTO DA PENA

No que diz respeito à reintegração social do indivíduo, o Estado não propicia condições necessárias para tal. O cárcere no Brasil acomete o apenado socialmente, o afastando de seus familiares, o deixando com fama de “bandido”, gerando uma própria dessocialização. Sendo assim, não podemos falar de prevenção especial positiva nas atuais circunstâncias encarcerárias.

Da mesma maneira, é possível notar que existe um vínculo estrito entre a falência do Sistema Penitenciário ao instituto da pena bem como sua (in)aplicabilidade efetiva, corroborando em consequência na desqualificação dos objetivos basilares da LEP quanto a Humanização das Penas e também na desvalorização de um dos fundamentos primordiais da CRFB/88, a Dignidade da Pessoa Humana (BITENCOURT, 2017).

Assiste que, ao tempo em que Estado ocupa a posição daquele ao qual incumbe legislar sobre as circunstâncias que restringirá determinado indivíduo à sua liberdade, é ele também o competente em resguardar aquele mesmo indivíduo quando no cumprimento de sua pena, morando aqui, portanto, a contradição de responsabilidade negativamente dirimidas pelo Estado (BITENCOURT, 2017).

Por fim, a crise no sistema penitenciário em voga nesta pesquisa encontra sua principal raiz na ausência de políticas efetivas para a segurança pública em geral, permitindo que uma parcela de pessoas se torne responsável pela vigorosa insegurança social devido ao alto índice de criminalidade, culpa esta que evidentemente recai sobre aquele que comete o crime.

Outrossim, o que desencadeia hoje o alto índice de criminalidade bem como de reincidência é a (in)efetividade dos objetivos propostos pelo cumprimento humanizado da pena, como o de caráter ressocializador e introdutor do indivíduo em sociedade (SOUZA, 2019).

Nada obstante, o esgotamento do modelo prisional brasileiro encontra-se embrenhado em incontáveis deficiências, como exemplo destas estão: ambiente suscetível à agressão, o uso deliberado de drogas, bem como o alto índice de reincidência. É possível notar, ademais, que grande parte da problemática está intimamente ligada ao descaso e ingerência por parte do governo aos custodiados, que devido à tal encontram-se em estado de sub-humanidade (SOUZA, 2019).

Silva (2015 apud, FOUCAULT, 2012), ressalva, inclusive:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimento que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado: acusa a própria justiça.

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado.

As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho (BITENCOURT, 2017).

O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos. Segue assim algumas decisões jurisprudências como contextualização (BRASIL, 2015).

Presos condenados a longas penas privativas de liberdade normalmente apresentam o chamado “complexo da prisão”, que se caracteriza por um quadro depressivo de indiferença, inibição, desinteresse, perda de memória ou incapacidade para usá-la, perda de apetite, bem como uma ideia autodestrutiva que pode chegar ao suicídio, que é relativamente comum nesta população, contradizendo mais uma vez o efeito reabilitador da prisão. Presos a longas penas também costumam apresentar um comportamento regressivo, adotando uma postura infantil (BITENCOURT, 2017).

Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante considerou os maus antecedentes ostentados pelo réu e a natureza altamente nociva da droga apreendida, de modo que a reprimenda não merece nenhum reparo nesse ponto. (...) Infração cometida em transporte público. Incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006. Não caracteriza bis in idem a consideração da reincidência para fins de majoração da pena-base e como fundamento para a negativa de concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. [HC 107.274, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 12-4-2011, 1ª T, DJE de 25-4-2011.]

(...) não se pode, mediante ato do intérprete, criar figura típica, sob pena de grave e ostensiva violação ao princípio da legalidade penal. (...) a legislação penal não prevê figura de homicídio culposo qualificado por inobservância de regra técnica. Note-se que isso não significa seja a causa de aumento de pena inaplicável (...), mas apenas que é mister a concorrência de duas condutas distintas, uma para fundamentar a culpa, e outra para configurar a majorante. [HC 95.078, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 10-3-2009, 2ª T, DJE de 15-5-2009.]

Dosimetria da pena. Furto qualificado. Integração da norma. Majorante do crime de roubo com concurso de agentes. Inadmissibilidade. (...) As questões controvertidas neste writ acerca da alegada inconstitucionalidade da majorante do § 4º do art. 155, CP (quando cotejada com a causa do aumento de pena do § 2º do art. 157, CP) (...) já foram objeto de vários pronunciamentos desta Corte. No que tange à primeira questão, não existe lacuna a respeito do quantum de aumento de pena no crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, CP), o que inviabiliza o emprego da analogia. (...)

Condenação pelo crime de roubo praticado mediante emprego de arma e concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, I e II). Dosimetria penal. Alegada inobservância do princípio da individualização da sanção penal e do critério trifásico. Pena-base fixada acima do mínimo legal cominado ao crime. Pretendida omissão da sentença. Inocorrência. Circunstâncias atenuantes reconhecidas em favor do paciente. Sanção penal reduzida ao seu mínimo na segunda etapa da operação de dosimetria da pena. Inexistência de prejuízo. Consequente ausência de interesse na discussão dessa matéria. Aumento de pena, motivado pela existência de causa especial, que se situou entre os parâmetros estabelecidos na lei. Legitimidade da aplicação da *sanctio juris* em nível superior ao mínimo legal. Inocorrência do suposto erro na fixação da pena. [HC 72.666, rel. min. Celso de Mello, j. 6-6-1995,

1ª T, DJE de 4-12-2009.]min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ de 17-5-1996). [HC 92.926, rel. min. Ellen Gracie, j. 27-5-2008, 2ª T, DJE de 13-6-2008.]

VIOLAÇÃO AO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OUTROS DIREITOS ELENCADOS NA CF

A Constituição Federal brasileira prevê em seu artigo 1º os fundamentos da República Federativa do Brasil, tendo como um dos importantes incisos fundamentais o da dignidade da pessoa humana. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p.20) a dignidade da pessoa humana é um:

[...] valor especial e distintivo reconhecido a cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção”. Desse modo, o Estado sendo democrático de direito tem como obrigação reconhecer e assegurar este direito a todos os indivíduos.

Ainda na visão de Ingo Wolfgang Sarlet pode ser conceituado como:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Vale salientar que a Constituição de 1988 foi diretamente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que afirma dentro do seu preâmbulo “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Diante dos conceitos expostos pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana torna todos os indivíduos detentores desse direito e o Estado deve criar as condições mínimas para se fazer cumprir as necessidades das pessoas, mesmo que seja um criminoso. Dessa forma qualquer mecanismo que atente contra a dignidade de um ser humano e o coloque em condições degradantes, independente se essa pessoa praticou ilícito ou não, acaba desqualificando os preceitos constitucionais e infringindo os direitos do homem.

IMPACTOS CAUSADOS NO SISTEMA PRISIONAL

A pena é uma sanção imposta pelo Estado que visa atingir aqueles indivíduos que descumpriram a lei e ameaçaram bem jurídico, devendo está prevista em lei. Tem o objetivo de retribuir uma sanção para quem praticou o ilícito penal e a prevenção de novos crimes. As penas privativas de liberdade podem ser de reclusão e detenção, as penas de reclusão por ser crimes graves já iniciar-se em regime fechado.

O agravamento do tempo da pena teve como observância o aumento da perspectiva de vida dos brasileiros, então de acordo com essa análise pode-se dizer que se um indivíduo tem a capacidade de viver mais, também é certo que terá como passar mais tempo na prisão. Acontece que os dias dentro de uma penitenciária parecem uma eternidade, imagine ainda essa pena sendo aumentada para mais dez anos, o que parecia ter uma saída acaba se tornando uma viagem sem fim. Além de perder o direito de liberdade, as condições dentro de uma prisão não são das melhores e muitos acabam adoecendo e morrem antes mesmo de cumprir sua sentença.

Segundo o professor Amilton Bueno de Carvalho as pessoas buscam salvar vidas sem preocupar-se em matar outras, elas acreditam que a pena advém do fato de que se uma pessoa sofre alguém deve pagar, e as pessoas estão buscando desesperadamente um culpado para jogar dentro da prisão, pois acreditam que a violência apenas será resolvida com a punibilidade.

Amilton afirma que há uma contradição entre prisão e direitos humanos, ou seja, não existe prisão humana. No Brasil, o sistema carcerário sofre com a superlotação, tendo em vista que os indivíduos consideram a violência como ato de impunidade, e a lei que tem o objetivo de punir e entregar o apenado saudável para sociedade não tem surtido o efeito visado. Dessa forma, o apenado na busca de uma saída acaba sendo tomado por facções e passa a viver do crime.

O professor cita a crítica de Nietzsche, que diz “ninguém é responsável pelo fato de existir, por ser assim ou assado, por se achar nessas circunstâncias, nesse ambiente...”. Assim, com base nessa frase pode-se entender que ninguém tem culpa de nascer pobre, de sentir fome, de não ter onde morar, mas o Estado, esse sim, tem obrigação e dever de proteger os indivíduos. Existe um senso comum, em que acredita que o lugar dos indesejáveis é na prisão. A pobreza, a marginalização são simplificadas com a punição. O Estado não procura uma solução, ele ver a maneira mais rápida de não ter que se preocupar com o indivíduo e simplifica o problema jogando na prisão.

De todo o exposto, pode concluir-se que é necessário uma punição para que esses indivíduos não voltem a cometer crimes, porém aumentar a pena não resolverá o problema, pois os presídios viraram uma escola que ensina os indivíduos se inserir na criminalidade, o que era uma simples bagatela acaba tornando-se numa monstruosidade, lugar onde seres humanos deviam entrar para serem salvos do crime, ressocializados e não voltar a praticar delitos, mas acabou se tornando um cemitério de pessoas que não tiveram oportunidades e vivem uma vida desumana dentro de celas minúsculas e sem uma boa higienização.

Assim, é visível que o Estado não cumpre sua principal função e ao aumentar a pena máxima acaba por entregar seus filhos a morte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações contidas ao art. 75 do CP teve o fundamento ao enfoque geral sobre as condições de aumento de expectativa de vida, baseando nas críticas discutidas ao longo deste trabalho, percebe-se a realidade severa nas penas criando o questionamento sobre a generalização das condições de vida.

No entanto, o modo que a Lei nº 13.964/2019 estabelece uma vontade punitiva que a sociedade imagina ser mais eficaz, mas é importante frisar que tal modificação tem como resultado um grande aumento de população carcerária, vendo que o próprio estado não consiga administrar o índice gradativo sem os devidos meios humanos para aprisioná-los, assim como foi observado sobre a crise das penitenciárias.

Portanto, é preciso entender que a cominação pode ser agravante, se não for revisto os meios administrativos e condições adequadas para evitar tal problema, o colapso pode acontecer.

Além do carácter perverso em possui quanto aos olhares do legislador, “como o brasileiro hoje vive mais, a sua vida vale ainda menos”, (GRECO, 2012), frisando um sistema punitivo infinito, passando de um castigo temporário para uma punição eterna para aqueles que possuem condições menores de vida.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. Dignidade, in **Dicionário de Direito de Família** (Caetano Lagrasta Neto e José Fernando Simão). São Paulo: Gen/Atlas, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral I. 23 ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem Data Venia**: um olhar sobre o Brasil e o Mundo. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1983]. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 30 JUN. 2022.

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

BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasil: Planalto, [1992]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 12 de julho de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasil, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 12 de julho de 2022.

CAMARGO. Rodrigo Oliveira de, FELIX. Yuri. **Pacote Anticrime Reformas Penais**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

KARAM, Maria Lúcia. **Disciplina do livramento condicional no ordenamento jurídico-penal brasileiro e violações a direitos fundamentais**. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (coord.). Execução Penal: constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4ª ed. rev. at. e am. São Paulo: Forense, 2018.

SILVA, Natália Camargo Grillo; MADRID, Fernanda De Matos Lima. **Crise da pena de prisão e do sistema penitenciário**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA v. 11, n. 11, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da KHALED JR, Salah H. In Dubio Pro Hell 1. 4ª ed. Florianópolis: Emais, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIOLIN, Tarso Cabral. Pena de prisão – um olhar crítico-libertário. Instituto Edésio Passos. Ao vivo pelo YouTube, 02 de dez. de 2021. 1 vídeo (1h00m31s). Disponível em: “**Pena de prisão - Um olhar crítico-libertário**”, com Prof. Tarso Cabral Violin e convidados como Amilton Bueno de Carvalho - YouTube. Acesso em: 15 de julho de 2022.

GRECO, Luís. **Quanto vale a vida de um brasileiro?** Um apelo à Comissão de Reforma do Código Penal. Boletim do IBCCRIM, n. 236, p.3-5, 2012.

CAPÍTULO 8

A RESPONSABILIDADE DIRECIONADA À MULHER EM UM CRIME ONDE É VÍTIMA



Débora Costa Pereira¹⁹



Susy Karine Silva de Almeida Marques²⁰



Vithória Beatriz Silva Vieira²¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo através do contexto histórico-cultural da violência contra mulher, analisar a repercussão de como a sociedade altera a posição da mulher para alvo de culpa enquanto na realidade é a vítima, que se fundamenta através do machismo existente na estrutura da sociedade, perpetuando assim, uma cultura de culpabilização da vítima. Em razão disso, o artigo utilizará da natureza jurídica do feminicídio, que a partir do Decreto-Lei 13.104/15, passou a ser tipificado no ordenamento jurídico-penal brasileiro, pois, coloca em evidência aspectos reais que acontecem no cotidiano da maioria das mulheres. Portanto, o artigo apresentará fatos, a fim de exemplificar situações impostas às mulheres hodiernamente. Para tal finalidade, foi utilizada, no presente trabalho, a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental

Palavras-Chave: Feminicídio; Violência contra mulher; Culpabilização da vítima; Machismo.

¹⁹ Discente do curso de Direito da UFRR E-mail: wildcosta9@gmail.com

²⁰ Discente do curso de Direito da UFRR E-mail: susykarinemarques@gmail.com

²¹ Discente do curso de Direito da UFRR E-mail: vithoriavvieira@gmail.com

INTRODUÇÃO

A violência atinge todos os segmentos da sociedade. No entanto, ela atinge de maneira diferente entre homens e mulheres. Além da diferença de âmbitos, enquanto as violências contra homens ocorrem em sua maioria, nas ruas, contra as mulheres ocorrem no privado. Grande parte de crimes contra mulheres são praticados dentro de seus próprios lares por pessoas próximas. Assim, onde deveriam estar protegidas, estão em situação de grande vulnerabilidade e sem perspectiva de denúncia, pois são constantemente ameaçadas. Portanto, violência contra mulher é uma agressão aos direitos humanos, principalmente ao direito à vida, à saúde e à integridade física.

Segundo o mapa de violência milhares de mulheres são mortas todos os anos no Brasil. Segundo os dados do Mapa da Violência 2015, o país atingiu em 2013 uma taxa média de 4,8 homicídios a cada 100 mil mulheres.

Constantemente está em evidenciar a pauta sobre crimes contra mulheres, pois, frequentemente está estampado nas mídias, como ocorrências policiais ou ações do judiciário. Assim, na maioria das vezes violências contra mulheres são banalizadas e também a imprensa retrata de forma sensacionalista estereótipos e contribui para um movimento de culpabilização da vítima, abordando a morte de forma sensacionalista, desrespeitando a mulher que foi vítima e seu ciclo familiar, expondo imagens de forma desnecessária, procurando justificativas para o assassinato.

Dessa forma, o contexto histórico-cultural de violência atrelado ao machismo e a sociedade patriarcal, impõe a mulher a culpa, até mesmo quando sofre qualquer tipo de violência. Portanto, a criação de políticas públicas e leis, como por exemplo, o Decreto-Lei sobre o feminicídio veio com a perspectiva de tirar essas raízes de intolerância e da invisibilidade e coibir a impunidade. Porém, até os dias de hoje, mulheres sofrem com a culpabilização sendo vítimas.

Nessa perspectiva, o artigo encontra-se dividido em três partes: O primeiro tópico será abordado o papel do machismo e seu contexto histórico. Na segunda parte será conceituada o termo do feminicídio, suas origens, sua tipificação e razões. No terceiro item, será apresentado fatos, casos que exemplificam a questão abordada.

O PAPEL DO MACHISMO ENQUANTO APOIO DA PROBLEMÁTICA

O machismo na história

O machismo, uma palavra a qual carrega informações referentes às mulheres de maneira tão negativa continua ocasionando impacto em grande magnitude na vida desta. No entanto, é fato que a questão em discussão não surge do nada, mas sim possui presença em praticamente, senão em toda, a história humana até a atualidade, como fala SAFIOTTI (2004, *apud* NETTO e BORGES, 2013) “As relações entre os sexos, permeadas por construções sociais e culturais datam do início da existência humana, ou seja, tem em média 250 a 300 mil anos”, ergue-se, assim, determinada discussão sobre o machismo na pré-história, na época medieval e na idade moderna.

Inicialmente, na pré-história, relata-se sobre a existência do matriarcado, elemento a qual possui a figura feminina enquanto protagonista, segundo Johann Jakob Bachofen e Marija Gimbutas (1861 e 1991 *apud* Chagas e Chagas, 2017), diz o primeiro ter o matriarcado um papel fundador no período pré-histórico e a segunda concretiza pesquisas canalizadas à um âmbito teológico feminista, no entanto, pouco se sabe sobre o matriarcado e sugere-se que se sua existência foi finalizada devido a conflitos com o aumento da população e a oferta masculina de proteção, proliferando-se o patriarcalismo. Contraditoriamente, Simone Beauvoir (1949 *apud* Chagas e Chagas, 2017), profere que a mulher nunca teve o protagonismo, a autora reflete sobre o fato de que na época, a mulher tinha uma “função” de proliferar, tendo o seu espaço em termos de trabalho diminuído criando uma dependência do homem fortalecida por ele mesmo.

Logo após, na época medieval, que se data do século V ao XV, nota-se uma influência cristã grandiosa, assim, prega-se o fato da submissão da mulher, como é visto nos textos de Lima (1970 *apud* Chagas e Chagas, 2017) que evidencia essa dominação sobre a mulher nos textos bíblicos. Dessa forma, o feminino era negado a qualquer tipo de posição de destaque e liderança, privilegiando o homem ao invés disto, exemplo disso, são as mulheres que ajudavam na criação de remédios medicinais que eram chamadas de bruxas e eram muitas vezes mortas, isto pelo fato de estarem tomando um lugar que na naquela sociedade era estabelecido como errôneo para uma mulher.

Por fim, no tempo determinado moderno é persistente as condutas machistas de acordo com as ações da época, essas na qual emergem em formas diferentes. O moderno que surge no século capitalista, isto é, o XVIII, marca-se pelo desenvolvimento industrial

que necessita de mão de obra, não sendo o suficiente o trabalho apenas da figura masculina, as mulheres são recrutadas para preencher essa insuficiência, aparentemente, é glorioso observar o feminino ocupando espaço, no entanto, as mulheres eram rebaixadas e tinham salários menores mesmo possuindo a mesma função laboral. O patriarcado e a questão de gênero são raízes que antecedem a revolução industrial e com a emergência das evoluções, esses elementos não desapareceram, mas fizeram parte na efetivação da submissão das mulheres

Dessarte, é construído durante a história uma visão sobre a mulher de forma majoritariamente machista, questão essa que se estende até ao contemporâneo visto que atualmente as mulheres seguem sendo submetidas a menores salários e colocadas como pessoas com capacidades insuficientes.

Machismo como influência negativa no panorama criminalista sobre a mulher em um olhar criminológico

É evidente a presença do machismo nas perspectivas da sociedade e em seus julgamentos morais e penais lançados em direção do feminino que fica constantemente controlado por um conjunto de normas que apoiam não a figura da humana a ser independente e com direitos concretos, mas como alguém fragilizada e passível de criminalização. Como já visto em títulos anteriores, a situação percorrida perdura durante toda a existência humana, mesmo que de formas diferentes e é contemplado em vários âmbitos, inclusive naquele a qual deveria sustentar positivamente a figura da mulher como humana, o direito penal.

O direito penal desfavorece e vulnerabiliza o feminino através do machismo por duas vias: ao definir como criminosas as mulheres que se negaram a consentir que seus corpos e suas vidas sejam tutelados pelo estado, criminalizando condutas passíveis de serem discutidas fora da seara penal; omitindo-se a tutelar penalmente fenômenos substancialmente machistas (Netto e Borges, 2013, p.317).

Netto e Borges (2013, p.323, grifo nosso) citam um conceito de criminologia “a criminologia é entendida como uma ciência interdisciplinar, pois estuda o sistema penal, os delitos, quem os cometeu e as causas do cometimento através de vários referenciais, como o psicológico, antropológico, o psicanalítico e o sociológico”, assim, os delitos são estudados de perspectivas diferentes em âmbitos de estudos distintos, o que nos levará a refletir e discutir mais profundamente sobre a problemática em título, a criminologia passou por muitas fases de desenvolvimento, desde um caráter positivista até um crítico. Esse

campo efetua uma crítica ao direito penal, que detalha sobre o fato de ele supervalorizar negativamente os atos das classes subalternizadas, não identifica o dano em si, mas quem o cometeu.

Nesse panorama, o direito penal que tem por papel, ser para todos, não cumpre esse objetivo igualitário, “O sistema penal é entendido como um sistema de direito desigual para a manutenção do poder da classe dominante através da criminalização da classe subalterna” (Baratta, 2002 *apud* GERMANO, MONTEIRO e LIBERATO).

Permite-se canalizar para a figura feminina nesse contexto, pois a análise em como é posicionada a influência machista no espaço penal direcionado à humana é assunto protagonista. Com isso, é apresentada a criminologia feminista que evidencia o perfil androcêntrico do direito penal- esse que em sua natureza nem mesmo se expande a todos os homens.

A mulher é vista com a figura que ocupa majoritariamente o papel da dona de casa, esposa, mãe e frágil, contempla-se que as condutas delituosas identificadas nas penalidades é quando a mulher fixa posição contrária a esse estigma posto a ela. Nos crimes como infanticídio, aborto e abandono de incapaz, observa-se a mulher que se nega os estereótipos, como o de ser a mãe, cuidadosa e frágil. Não se sustenta de maneira nenhuma que tais ações são certas, mas, sim em como são vistas as situações ao que diz a palavra mulher no âmbito penalizante.

Deduz-se a partir disto, que a função da criminalização das mulheres pela prática do aborto e dos delitos de gênero em geral é ideológica, no sentido de reafirmar os papéis definidos pelo gênero, todo o processo descrito trará à mulher um julgamento e estigma sociais moralizantes, e não efetiva punição formal (NETTO E BORGES, 2013, p.333 e 334).

CONCEITO E ORIGEM

Em regimes patriarcais onde as mulheres são submetidas ao controle dos homens, quer sejam maridos, conhecidos ou desconhecidos, o assassinato e a inferiorização do sexo feminino são comuns e habituais. A causa desses crimes já foi objeto de estudo de inúmeros sociólogos e não se devem a doenças ou distúrbios, mas ao desejo de posse e de dominação das mulheres, sendo muitas vezes culpadas por não cumprirem o papel que a sociedade designa.

O feminicídio não é ocorrência isolada, fruto de um lapso fortuito de emoções, mas ponto culminante de uma violência contínua, arraigada no cotidiano das mulheres”. A

análise é da juíza Adriana Ramos de Mello, titular do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), para o blog do CEE-Fiocruz. A palavra feminicídio vem da junção de dois vocábulos: *femen* (mulher, em latim) e *Cidium* (ato de matar). Assim como o suicídio é a morte causada pela própria pessoa, o feminicídio é a morte da mulher sem nenhuma sobre o fato dela ser mulher.

A primeira vez que o termo feminicídio foi utilizado foi em 1976 pela autora Diana Russel. Esse conceito foi utilizado perante ao Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, para abordar o assassinato de mulheres so pelo fato de serem mulheres. Assim, definiu-se como um terrorismo sexual ou genocídio de mulheres. Dessa forma, a expressão descreve o assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer, dominação e posse. A expressão abrange tanto o homicídio praticado por um parente próximo da vítima, o que representa 38% dos casos, quanto àquele que é feito por um desconhecido.

Segundo a Dra. Dulcielly Nobrega de Almeida, defensora pública, o feminicídio não desqualifica homicídios cometidos contra os homens:

A morte dos homens é diferente da morte das mulheres. (...) Geralmente, o homem morre no espaço público e as mulheres morrem no espaço privado, dentro de casa e são mortes praticadas pelos seus parceiros íntimos.

Tipos de feminicídio

Os ambientes onde ocorrem os feminicídios ajudam a compreender os seus determinantes, alguns são conhecidos e outros novos na atualidade. Os mais conhecidos e estudados são os cenários familiares e domésticos, já que as famílias em sociedades patriarcais concedem poder aos homens, e no ambiente das relações amorosas em que as mulheres são consideradas propriedades dos parceiros ou ex-companheiros.

Para alguns estudiosos, é necessário especificar o termo feminicídio para fazer realmente a justiça e combater o problema em sua raiz, assim, classifica-se vários tipos de feminicídio.

O primeiro tipo é o feminicídio íntimo, aquele que é cometido por companheiros ou ex-parceiros da vítima e/ou quando a mulher sofre o crime dentro do seu círculo familiar, cometido por parentes ou amigos próximos. Existe uma variante desse tipo de crime, que é o crime de honra, onde o assassinato da mulher é justificado com o argumento de que ela

comprometeu a reputação do agressor. Em alguns países, crime de honra está previsto em lei.

O lesbicídio como já diz em seu nome, é o assassinato de mulheres lésbicas ou bissexuais como forma de punição por elas assumirem sua sexualidade. Inclusive, em mais de 70 países as relações homossexuais são expressamente proibidas e tem como punição, pena de morte. Como por exemplo, o país que a FIFA escolheu para sediar a copa do mundo, o Qatar.

O terceiro tipo de feminicídio é o racional, que é principalmente registrado em situações de guerra, quando ocorre o homicídio em massa de mulheres de apenas uma etnia. As mulheres inclusive costumam ser as principais vítimas da brutalidade da guerra, diferente dos homens, pois estão a mercê da violência sexual por parte dos soldados. Podemos ver exemplo em estudos sobre a primeira e a segunda guerra mundial.

É classificado também, o feminicídio em série, onde o assassino mata várias mulheres com objetivo de obter prazer sexual. E mais uma vez, as mulheres sendo o principal alvo de até psicopatas. Mais especificamente, Patricia Galvão (2017, p. 21-23) classifica as razões como:

Íntimo -Morte de uma mulher cometida por uma pessoa com quem a vítima tinha, ou tenha tido, uma relação ou vínculo íntimo: marido, ex-marido, companheiro, namorado, ex-namorado ou amante, pessoa com quem tem filho (a)s.

Não íntimo -Morte de uma mulher cometida por um homem desconhecido, com quem a vítima não tinha nenhum tipo de relação, como uma agressão sexual que culmina no assassinato de uma mulher por um estranho.

Infantil- Morte de uma menina com menos de 14 anos de idade cometida por um homem no âmbito de uma relação de responsabilidade, confiança ou poder conferido pela sua condição de adulto sobre a menoridade da menina.

Familiar- Morte de uma mulher no âmbito de uma relação de parentesco entre a vítima e agressor. O parentesco pode ser por consanguinidade, afinidade ou adoção.

Por conexão-Morte de uma mulher que está 'na linha de fogo', no mesmo local onde um homem mata ou tenta matar outra mulher.

Além dessas, há razões que envolvem sequestro, tortura e misoginia:

Por prostituição ou ocupações estigmatizadas-Morte de uma mulher que exerce prostituição e/ou outra ocupação –strippers, garçonetes, massagistas ou dançarinas de casas noturnas –cometida por um ou vários homens.

Inclui os casos nos quais o(s) agressor (es) assassina(m) a mulher motivado(s) pelo ódio e misoginia que a condição de prostituta da vítima desperta nele(s).

Sexual sistêmico-Morte de mulheres que são previamente sequestradas, torturadas e/ou estupradas.

Por tráfico de pessoas -Morte de mulheres produzida em situação de tráfico de pessoas.

Por contrabando de pessoas -Morte de mulheres produzida em situação de contrabando de migrantes.

Outrossim, existem aquelas motivadas por um preconceito de gênero ainda mais forte:

Transfóbico -Morte de uma mulher transgênero ou transexual na qual o(s) agressor (es) a mata(m) por sua condição ou identidade de gênero transexual, por ódio ou rejeição.

Lesbofóbico -Morte de uma mulher lésbica na qual o(s) agressor (es) a mata(m) por sua orientação sexual, por ódio ou rejeição.

Racista -Morte de uma mulher por ódio ou rejeição de sua origem étnica, racial ou de seus traços fenotípicos.

Por mutilação genital feminina-Morte de uma menina ou mulher resultante da prática de mutilação genital.

Tipificação penal do feminicídio

Um dos marcos legais para o enfrentamento dos crimes de gênero é a criação da Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, onde ocorreu a tipificação dos tipos de violência contra a mulher, violência essa que deixou de ser crime de menor potencial ofensivo.

Quase uma década depois, em 2015, ainda não havia uma legislação que aplicasse uma sanção especial para o homicídio praticado por razões da condição do sexo feminino. Porém, em março de 2015, foi publicada a lei nº 13.104/15, que alterava o artigo 121 do Código Penal Brasileiro, prevendo o feminicídio como uma qualificadora de crimes de homicídio, inserindo também no nível de crimes hediondos, (Lei nº 8.072/1990), tal qual o estupro, genocídio e latrocínio, entre outros. A pena prevista para o homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos

Assim, o artigo 121 do Código Penal passou a ser escrito assim:

Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido:

Feminicídio VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; VIII – (Vetado): Pena – reclusão, de doze a trinta anos. § 2º -A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Em 2016, é publicado o documento “Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres”, uma adaptação do Modelo de Protocolo latino-americano para investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero. Essas diretrizes buscam colaborar para o aprimoramento da investigação policial, do processo judicial e do julgamento das mortes violentas de mulheres de modo a evidenciar as razões de gênero na ocorrência dessas mortes. Adotar

este documento é importante para que o Estado consiga agir de modo mais eficiente para prevenir e punir os feminicídios

CASOS QUE EXEMPLIFICAM A QUESTÃO

As formas da violência e a culpabilização

Kofi Annan, Ex-Secretário-Geral da ONU:

A violência contra as mulheres é, talvez, a mais vergonhosa entre todas as violações dos direitos humanos. Enquanto ela prosseguir, não poderemos dizer que progredimos efetivamente em direção à igualdade, ao desenvolvimento e à paz.

Entre 1995 a 2015, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA- elaborou uma estatística em casos de violência contra mulher, abordando um panorama em casos não letais; em violência sexual; homicídio; por discriminação; etc. Ora, o que os diversos casos têm em comum será a culpabilização da mulher sendo a vítima, ao sofrer violência, a mulher por insegurança e medo não faz a denúncia.

A vulnerabilidade das mulheres as torna também mais inseguras [...]notamos ainda que é em fases iniciais de sua formação enquanto sujeitos que as mulheres experimentam violações diversas com maior frequência, o que compõe, sem dúvida, suas subjetividades e seu sentimento de segurança [...] Entre as mulheres entrevistadas na PNAD 2009 que procuraram a polícia quando foram agredidas, uma parcela importante não registrou queixa (12,2%). (ENGEL, 2020, p. 184-185).

Quando tratamos das formas de violência, significa dizer que vai além das agressões físicas, quando tratamos à lei 11.370/06, conhecida como Lei Maria da Penha, primeiramente, nos termos do art. 2º “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social” Para tal, a lei utiliza de mecanismo para prevenir e garantir a devida punição ao agressor, ainda, complementa a lei o § 8º do art. 226 da constituição vigente ao dispor: 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.

Ainda na lei, o capítulo II intitulado “das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher” trata no art 7º:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
I - **A violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - **A violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - **A violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - **A violência patrimonial**, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - **A violência moral**, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (grifo nosso).

Seguindo o entendimento, a lei foi baseada no caso da vítima Maria da Penha, em 1983, que sofreu não somente danos físicos, mas psicológico, por agressão do marido e levando consigo marcas dessa violência. Hoje, atua como líder de movimentos em defesa ao direito das mulheres. Mostrando-se desde os primórdios a violência contra a mulher. Ora, segundo Hauser, Castro, Mendonça e Satler (2017), a hierarquia de gênero permeia a sociedade há séculos, antes mesmo do início das civilizações, de modo que alcançou todos os setores de relações sociais, sendo políticos, econômicos, culturais e, inclusive, do direito. Logo, com um tratamento inferiorizado, a mulher foi, historicamente, posta pelo direito como um ser submisso diante do homem, estando essa premissa consagrada, primordialmente, no Direito Penal. [...] Ainda que tenha definido como ilícito o assassinato, convertendo, expressamente, a figura do homem vítima em réu, os defensores buscaram utilizar da determinação “legítima defesa da honra”, deixando os agressores impunes.

Ainda, a mídia reforça a ideia de um sistema patriarcal e caracterizando, muitas vezes, a perpetuação da culpabilização da mulher em caso que foi vítima, além de reforçar a identidade machista: Nesse sentido, ao expor a violência contra a mulher, a mídia, ao mesmo tempo (in)visibiliza o feminicídio como um problema público e social, porque seu discurso insiste em colocar o crime em uma esfera privada e família. (BANDEIRA, CAMPOS E VIEIRA, 2018, p. 9).

Assim, ocorre a inversão dos papéis, ainda que no contexto do direito o agressor deve ser responsabilizado; na mídia, na coletividade e socialmente ele será uma figura romantizada, enquanto a verdadeira vítima sofre com a insegurança, dor, e involuntariamente a culpa que cai sobre a mesma, visto que são diversos os casos em que tentam colocar uma “justificativa” para a agressão à maneira de anular o caso ocorrido.

Para Hauser, Castro, Mendonça e Satler, 2017:

[...] a mídia transforma indivíduos que cometeram certo crime em legítimas celebridades em face da sociedade [...] constata-se que o viés machista é o alicerce dos crimes definidos como impulsionados pela paixão obsessiva. O sentimento do agressor é de posse sobre sua vítima, valor este que parte da hierarquização de gênero (p.11).

Impacto e consequências da culpabilização

Torna-se muito comum casos de aumento das taxas de suicídio em que a mulher já foi vítima de algum tipo de violência. De acordo com o Ministério da Saúde, o impacto da violência provoca maior chance das tentativas de suicídio, sendo casos de homicídios e suicídios como grande maioria das mortes em mulheres, correspondendo a 83%. Ainda, o Ministério da Saúde, em 2017, registrou 630 casos de violência contra a mulher no Sistema Único de Saúde, que incluem violências intencionais praticadas por terceiros ou pela própria vítima.”

Segundo autora da reportagem sobre as mulheres vítimas de agressões: “Considerando apenas as mulheres adultas, a taxa média anual de mortalidade por causas externas foi de 1.170 por 100 mil. Isso significa que, em média, uma em cada 100 mulheres adultas que deu entrada em hospitais ou postos de saúde públicos por conta de agressões morreu por ano no período” (FIGUEIREDO, 2020).

Ainda, a história de violência é considerada importante fator para investigação de casos em tentativa de suicídio, seguindo a ocorrência de sinais depressivos e pode, também, ser desencadeada por atos de impulsividade. Não somente casos em que a vítima sofreu com violência, mas que ainda sofre e encontra como única alternativa o suicídio para “escapar” da dor que é constantemente causada. “Nesses casos, a dificuldade para se pensar em outras possibilidades de saída do sofrimento, assinalada pela rigidez do pensamento, confere ao suicídio a única via para a resolução de problemas.” (CORREIA; DINIZ; GOMES; ANDRADE; CAMPOS; CARNEIRO, 2018, P. 223). O que mostra, de grande importância, o estudo em conjunto das do suicídio e a sua

responsabilização em casos das diversas formas de violência que as mulheres são vítimas.

Casos das vítimas

A vítima no banco dos réus, este caso, mostra-se como ainda perpetua na sociedade a ideia de justificar os crimes causados em mulheres. O crime ocorreu em 2019, caso em que o agressor não aceitou o término e então invadiu sua casa e a violentou com mais de 70 facadas pelo corpo, deixando-a em estado grave.

Aline Guimarães, vítima de uma tentativa de homicídio, causada pelo seu ex-companheiro, foi culpada durante todo julgamento, sendo acusada de traição e que, por este motivo, merecia a violência que lhe foi passada. Em vídeo, o advogado do agressor relata que a mesma teria traído e que o ex-namorado ao se sentir humilhado causou a agressão à vítima, fazendo com que o mesmo golpeasse mais de 70 vezes. “Desculpe ser insistente, mas precisamos mostrar o motivo que levou o Cleiton a cometer esse ato brutal” Formalizando a ideia que a mulher é culpada e o homem apenas reagiu como deveria.

Na reportagem e entrevista feita com a Vítima, ela afirma que não foi a primeira vez que ele tinha feito isso e justificou com um pedido de desculpa : “há um ano ele me agrediu por duas horas e me deixou cheia de hematomas [...] eu estava decidida a não voltar, mas como eu gostava muito dele e ele me procurou dizendo que queria fazer tratamento, que ele queria me pedir perdão perante toda a família dele, inclusive ele fez isso, resolvi dar uma chance.”

Larissa seixas, durante o processo de julgamento assegurou: Ela foi julgada em seu papel de mãe. Ela foi checar se o filho ficaria seguro, eles discutiram e ela foi agredida. Tínhamos o laudo das agressões e parecer favorável do Ministério Público, mas o juiz decidiu que se ela não tivesse descido sem o filho e sem a mãe, a agressão teria sido evitada. Ela é que foi julgada. O agressor, ao final do julgamento, teve sua pena reduzida de 23 para 13 anos.

Processo Digital. Petições para juntada devem ser apresentadas exclusivamente por meio eletrônico, nos termos do artigo 7º da Res. 551/2011 - Apelação Criminal - Taubaté - Apelante: Cleiton Duda dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo - Magistrado (a) Osni Pereira - DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo, **tão somente para reduzir sua pena para 13 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão de reclusão**, mantida no mais a r. Sentença recorrida. (grifo nosso).

O caso de Eloá Pimentel, que ficou mais de 100 horas em cárcere privado e morta logo após. O Ministério Público relacionou o caso ao crime passional. O crime ocorreu em 2008, a jovem foi sequestrada; mantida presa por quase cinco dias e morta pelo seu ex-namorado. Foi caracterizado por ser um crime passional por ser praticado por um forte sentimento, justificando que o causador da agressão não tem mais responsabilidade por seus atos.

Para Borges, 2011: A noção de “crime passional” supõe que as circunstâncias que envolvem o homicídio são a expressão de uma paixão, de um amor e, pelas mais variadas razões, da impossibilidade da realização e da continuidade desse amor, principalmente do ponto de vista da pessoa que comete o homicídio. Esse termo (“crime passional”) leva a entender que a paixão permanece o indicador principal que levaria à compreensão do gesto homicida e, assim, as outras variáveis passíveis de estar relacionadas com o gesto (violência conjugal, psicopatologia, etc.) perdem seu valor. Ao excluir as outras explicações possíveis (psicológicas, criminais, etc.) e ao reduzir o crime ao contexto da paixão, ele se torna um crime cometido por uma pessoa dita “normal”, mas excedido, ultrapassado pela paixão. Assim, a gravidade do gesto é atenuada, como se todo ser humano, em uma situação similar de exacerbação de uma força passional irresistível e comum a todos, pudesse efetivamente cometer o mesmo tipo de gesto. (p. 438).

O agressor, Lindemberg foi considerado culpado por 12 crimes, qual seja: Homicídio, duas tentativas de homicídio, cinco cárceres privados e quatro disparos de arma de fogo. Sua pena inicial foi de 98 anos e 10 meses.

Mais um caso emblemático que acontece a maior atenção ao agressor e esquecimento da vítima. Argumenta Rodrigues (2017, p.41). Ainda durante o cárcere privado, Lindemberg concedeu entrevistas ao vivo a diversos meios de comunicação, inclusive o televisivo. Nas oportunidades, todo o espaço de fala era destinado a ele, como se de repente Eloá se tornasse apenas mais um elemento a compor o cenário, numa total inversão de papéis. As perguntas realizadas se dirigiam majoritariamente ao criminoso, assim como palavras de afago e solidariedade, como se a verdadeira vítima do ocorrido fosse ele. Nas próprias entrevistas feitas com o agressor, ele recebe carinhos e é tratado como se não tivesse feito nada.

Ainda, durante os cinco dias que passou sob o domínio do ex namorado, pode-se dizer que Eloá foi violada várias vezes e por diversas pessoas: ao ter o seu sofrimento espetacularizado pela mídia, ao ter sua dignidade e identidade perdidas ante a figura de seu agressor e, por fim, ao ser morta por ele. Esse feminicídio evidencia o caráter violento

que permeia as relações de gênero, sobretudo aquelas mais íntimas. (RODRIGUES, 2017, P.43).

CONCLUSÃO

Segundo Safiotti (2004), “entende-se por violência todo agenciamento capaz de violá-los.” De modo que, é considerada um desrespeito aos direitos humanos, como também afeta decisivamente a vida destas mulheres vítimas de algum tipo de violência. Como mencionado no artigo, são definidas diversas formas de violência: em termos física e mental, moral etc. Ainda, procuramos apresentar o machismo já enraizado e forte razão da culpabilização da mulher agredida e inversão dos papéis de vítima e agressor. E que muitas das vezes gera como consequência as vias radicais para a mulher livrar sua dor, no caso que muitas recorrem ao suicídio.

Ainda, ao conceituar e relacionar a base do machismo, mostra-se também os tipos de feminicídio, além de seu surgimento no direito com via de prevenir e punir àquele que causar a violência. Passinato (2011), afirma: feminicídio refere-se a ele não ser um evento isolado na vida de certas mulheres. A violência contra as mulheres é definida como universal e estrutural e fundamenta-se no sistema de dominação patriarcal presente em praticamente todas as sociedades do mundo ocidental [...] descrito como um crime cometido por homens contra mulheres, seja individualmente seja em grupos. Possui características misóginas, de repulsa contra as mulheres.

Conforme o Conselho Nacional do Ministério público (2018):

É nesses termos que a violência contra a mulher é **produzida e reproduzida socialmente, com a hierarquização das relações sociais de gênero, correspondendo à população masculina** o exercício da dominação pela força física ou psicológica. Meninos e meninas aprendem com o que presenciam em suas casas, **incorporando um modelo de violência e subordinação que é reforçado por meios de comunicação como a televisão** (grifo nosso, p. 12).

O artigo procurou mostrar também o papel da mídia em meio ao conjunto de fatores que responsabilizam a mulher, ao relatar casos, procuramos mostrar a diferença de tratamento e o final que foi dado a cada um dos mencionados. E, em como a visão quando direcionada à mulher é fortemente mais severa que a do agressor, transformando as pessoas que cometeram a violência em celebridades. Nota-se que, embora, na Constituição Federal atribua nos termos de seu artigo a igualdade e os direitos fundamentais, o país ainda necessita trabalhar para cortar as raízes do patriarcado e

machismo que ainda, infelizmente, constitui a base da maior parte da sociedade. O art. 5º, CF, estabelece:

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

No entanto, como foi visto, ainda caracteriza uma grande luta para reconhecer, firmar e garantir os direitos que são estabelecidos, há, claro, um conjunto de leis que complementam e garantem a cumprimento das punições que são devidas. Mas, como se pode notar, a denúncia quase nunca é a primeira opção da mulher vítima da violência, caracterizada pela insegurança, medo, e falta de confiança nas leis e no funcionamento da justiça. Como exemplo o Caso da Aline, comentado acima, ainda que a mesma tenha demonstrado coragem para continuar com o julgamento, o agressor ainda conseguiu ter o deferimento da diminuição de 10 anos da sua pena.

Nesse sentido, [...] não é apenas a perspectiva de gênero presente no termo feminicídio importante para classificação das mortes de mulheres, bem como, é de extrema necessidade caracterizar o papel do Estado nesses crimes BANDEIRA, CAMPOS E VIEIRA, 2018, p. 9).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA, L. M; VIEIRA, L. e CAMPOS, S. G. **O Enquadramento Midiático Dos Crimes de Femicídio No Brasil**. Disponível em: <<https://xdocs.com.br/doc/bandeira-l-m-vieira-l-e-campos-s-g-o-enquadramento-midiatico-dos-crimes-de-femicidio-no-brasil-lo1qqrqp1p8w>>. Acesso em: 20/07/2022

BARROS, A.L; SILVA, G.A.G da. FEMINICÍDIO: o papel da mídia e a culpabilização da vítima. *Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior*. V. 11 n. 2; Jul – Dez 2019. Disponível em: <<https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/729/719>>. Acesso em: 22/07/2022

BRASIL. Lei 11.340/2006. **Lei Maria da Penha: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em:20/07/2022.

CASEMIRO; Poliana. **De vítimas de violência a advogadas: casos de machismo ainda são barreira no judiciário**. *Jornal G1. Vale do Paraíba*, 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2022/03/08/de-vitimas-de-violencia-a-advogadas-casos-de-machismo-ainda-sao-barreira-no-judiciario.ghtml>>. Acesso em: 20/07/2022.

CHAGAS, Letícia; CHAGAS, Arnaldo Toni. **A posição da mulher em diferentes épocas e a herança social do machismo no Brasil**. *Psicologia PT*, 2017.

- CORREIA, C.M; DINIZ, N. M. F; GOMES, N. P; ANDRADE, I. C. S; CAMPOS, L. M; CARNEIRO; J.B. SMAD: Sinais de risco para o suicídio em mulheres com história de violência doméstica, **Revista Eletrônica Saúde Mental Álcool e Drogas**, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/smad/v14n4/05.pdf>. Acesso em: 21/07/2022.
- _____. Conselho do Ministério público. **Violência contra a mulher: Um olhar do ministério público brasileiro**. Brasília. 2008.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- ELUF, Luiza Nagib. **A Paixão no Banco dos Réus**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GERMANO, Idilva Maria Pires; MONTEIRO, Rebeca Áurea Ferreira Gomes; LIBERATO, Mariana Tavares Cavalcanti. **Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino**. v. 38. n. 2. Psicologia: ciência e profissão: Ceará, 2018.
- HAUSER, E. E; CASTRO, A. G; CASTRO, C.C; MENDONÇA N. L; SATLER, V. F. **Crimes passionais: romantização da mídia e a tese de defesa de honra em homicídios "por amor"**. Salão do Conhecimento: a matemática está em tudo, Rio Grande do Sul, jan./2017. Disponível: <<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/7721>>. Acesso em: 20/07/2022.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Impacto da violência na saúde dos brasileiros**. Brasília, 2005. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/impacto_violencia.pdf. Acesso em: 20/07/2022
- NETTO, Helena Henkin Coelho; BORGES, Paulo César Corrêa. **A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo**. a. 27. n. 25. Revista de Estudos Jurídicos UNESO: São Paulo, 2013.
- PASINATO, W. **Feminicídios e as mortes de mulheres no Brasil**. Cad, nº.37, Universidade Estadual de Campinas. Campinas; julho-dezembro, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645012>>. Acesso em: 22/07/2022.
- RODRIGUES, A. S. C. **Feminicídio no Brasil: uma reflexão sobre o direito penal como instrumento de combate à violência de gênero**. Universidade Federal Fluminense: Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Volta Redonda, 2016. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/4840>>. Acesso em: 24/07/2022.
- SAFFIOTI, H. I. B. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

CAPÍTULO 9

EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO ALTERNATIVA DE PENA NOS CASOS DE CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE



Anderson Araujo Fernandes do Couto²²



Leila de Sena Blos²³



Maristhella Nara Alves de Lima²⁴

RESUMO

A ocorrência de desrespeito à natureza, que se consolida pelo descumprimento de normas protetivas previstas em legislações, como a Lei dos Crimes Ambientais, destaca o caráter imprescindível de medidas resolutivas frente à lesão do direito coletivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O presente artigo objetiva, por meio de método dedutivo com realização de pesquisa bibliográfica, apresentar como a aplicação de sanção de caráter educativo ambiental, como forma de pena alternativa, nos casos em que se permite a transação penal e a suspensão condicional do processo, pode se constituir meio eficaz de ressocialização de infratores que causaram danos ambientais. De modo que, foi possível observar informações específicas aplicadas às penas alternativas nas infrações definidas na Lei de Crimes Ambientais, em consonância com o impacto positivo da Educação Ambiental na ressocialização de infratores. Pôde-se perceber, portanto, a importância do caráter educativo das penas no desenvolvimento de consciência ambiental.

Palavras-chave: Lei dos Crimes Ambientais. Direito Ambiental. Penas alternativas. Ressocialização.

²²Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: andersoncoutodbv.ac@gmail.com

²³Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: leila.sena2@gmail.com.br

²⁴Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: marislima100@gmail.com

INTRODUÇÃO

As atividades lesivas ao direito coletivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado são puníveis com sanções penais, cíveis e administrativas. A Lei nº 9.605 de 1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais (LCA), reforça a tríplice consequência pelo mesmo dano ambiental. O objetivo da referida lei, não é só reprimir o dano efetivamente causado ao meio ambiente, mas também preveni-lo, colaborando para que não ocorra.

Na seara penal, a lei de proteção ao meio ambiente prevê as suas próprias penas restritivas de direitos, de natureza substitutiva às sanções restritivas de liberdade, elencadas em seu art. 8º: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária e recolhimento domiciliar (BRASIL, 1998). As sentenças alternativas de serviços à comunidade possuem um caráter eminentemente pedagógico voltado para a educação do infrator, ainda que em tais termos não seja expressamente referido dentro da legislação penal ambiental.

A Educação Ambiental (EA) no processo substitutivo de penas por crimes ambientais vem sendo utilizada no âmbito da justiça, intermediada pela transação penal e suspensão condicional do processo, para a prevenção e repressão dos ilícitos contra a natureza, com objetivo de conscientização do dano causado ao meio ambiente. Neste sentido, se busca que a pena cumpra com o papel de despertar a consciência e responsabilidade do cidadão infrator perante seus atos negativos que prejudicaram o bem ambiental e a coletividade. Tais iniciativas se coadunam com o artigo 3º da Lei nº 9.795/1999, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA), que reconhece a EA como direito de todos.

Nos casos de crimes ambientais, a solução consensual de parte dos conflitos sociais definidos como crimes vem recebendo a preferência do legislador contemporâneo. Prova disso consta na previsão da legislação de proteção ambiental, que admite os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, mediante determinados pressupostos.

O presente artigo tem como objetivo apresentar como a aplicação de sanção de caráter educativo ambiental, como forma penal alternativa, nos casos em que se permite a transação penal e a suspensão condicional do processo, pode se constituir meio eficaz de ressocialização de infratores que causaram danos ambientais.

Esta pesquisa se caracteriza como um estudo dedutivo com levantamento bibliográfico e análise das informações específicas aplicadas às penas alternativas nas infrações definidas na Lei de Crimes Ambientais e ao papel da Educação Ambiental na ressocialização de infratores.

APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS NAS INFRAÇÕES DEFINIDAS NA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (LEI Nº 9.605/98)

A questão ambiental ganhou destaque no ordenamento jurídico brasileiro com a garantia constitucional do direito ao meio ambiente. A Constituição de 1988, em seu art. 225, expressa claramente essa preocupação nos seguintes termos: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo” (BRASIL, 1988).

A Constituição apresenta, ainda, a defesa do meio ambiente como um princípio que deve ser observado na busca pelo desenvolvimento econômico em seu art. 170, inc. VI:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Lei de Crimes Ambientais é o principal diploma legal de caráter penal que tutela o meio ambiente como um bem propriamente dito, possibilitando a responsabilização do agente, tanto pessoa física quanto jurídica. Essa Lei apresenta penas alternativas para infrações que define, ressaltando a finalidade educativa das sanções.

A Lei nº 9.605/98, em seu capítulo 2, apresenta dispositivos referentes à aplicação da pena para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A aplicação da pena nos crimes ambientais também é regulada pelo código penal, em sua parte geral, devendo ser observadas as especificidades previstas na Lei de Crimes Ambientais.

A Lei de Crimes Ambientais representa uma grande evolução na legislação ambiental, passando a tipificar algumas contravenções como crime e possui uma série de penas mais rígidas aplicáveis aos crimes ambientais. Apresenta também uma ampla possibilidade para os magistrados aplicarem penas de multa, cumulativas ou não com

penas privativas de liberdade e restritivas de direito. Possibilita ainda a responsabilização de pessoas jurídicas, não excluindo a responsabilidade da pessoa física, permitindo a condenação tanto da empresa quanto de seus dirigentes e outros agentes que tenham contribuído para o crime ambiental (AZEVEDO, 2008).

Esse diploma legal prevê, ainda, a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, conforme seu Art. 7º:

Art. 7º As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime.

Parágrafo único. As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Das penas apresentadas pelo Art. 8º, cabe destaque às penas impostas a pessoas jurídicas, como a prestação de serviços à comunidade (Inc. I), interdição parcial de direitos (Inc. II) e suspensão parcial ou total de atividades (Inc. III). Para a pessoa física, destaca-se o recolhimento domiciliar (Inc. V).

A prestação de serviços deve ser cumprida na forma de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação (Art. 9º), as penas de interdição temporária de direitos, implica na impossibilidade de receber incentivos fiscais, contratar como o governo, participar de licitações entre outras, pelo prazo de cinco anos se dolosa e três anos se culposa (Art. 10º).

Já o recolhimento domiciliar, impõe que o apenado deverá frequentar curso ou exercer atividade autorizada e será recolhido nos dias e horários de folga em residência ou outro local destinado à moradia habitual, sem vigilância, baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade (Art. 13º).

Não obstante os avanços alcançados na área, Azevedo (2008) ressalta que tanto as sanções administrativas quanto penais aplicadas ainda deixam muito a desejar. Deve-se impor medidas imediatas e concretas no combate à degradação ambiental. Nesse contexto, crescem de importância medidas que visem a recomposição do bem ambiental lesado, não apenas buscando a repressão ao infrator, mas a educação e conscientização do mau que causou ao meio ambiente. Assim sendo, Azevedo (2008) defende que, sempre que possível, deve-se impor uma pena que também faça o papel de educar o infrator quanto à sua responsabilidade frente ao meio ambiente.

É fundamental que o infrator perceba que os atos praticados afetam o equilíbrio ecológico, infringindo o direito universal a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225, CF/88). Assim sendo, observa-se a importância do caráter educativo das penas, levando à consciência ambiental e evitando que os danos continuem a acontecer, permitindo que cesse a degradação, e que o meio ambiente volte ao seu curso natural.

A Lei nº 9.605/98 admite a reparação para quase todos os crimes ambientais, excluindo-se os crimes de perigo. Nesse sentido, o art. 28 da LCA assegura que as disposições do art. 89 da Lei nº 9.099/95, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo, acrescentando, em seu Inc. I, que a declaração da extinção da punibilidade dependerá de laudo de constatação de reparação de dano ambiental.

O art. 27 da LCA prevê, ainda, composição do dano ambiental para aplicação de pena restritiva de direito ou multa, ou seja, um acordo para a reparação do dano ambiental.

Ademais, nos crimes ambientais, pode ser aplicado o instituto da transação penal previsto no artigo 27 da Lei 9.605/98, quando houver prévia composição do dano civil ambiental. O instituto é previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, em seu Art. 26, que estabelece que Ministério Público poderá propor a transação penal ao réu que é primário, com bons antecedentes e conduta na sociedade. Mediante o acordo, a ser submetido ao juiz, o cidadão acusado pode aceitar cumprir pena dos tipos multa ou restrição de direitos de maneira imediata, sem ter sido condenado.

Por sua vez, outro instituto utilizado na aplicação da LCA é a suspensão condicional do processo, tido como um instituto despenalizador, constante do artigo 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, como alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por determinado período e mediante certas condições. Sob referida legislação o Ministério Público poderá propor a suspensão condicional do processo, pelo prazo de 2 a 4 anos em crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 ano, abrangidos ou não pela Lei nº 9.099/95, desde que o acusado preencha certas exigências legais.

Observa-se a preocupação do legislador ambiental na reparação, na recuperação e na compensação dos danos ambientais produzidos por condutas delituosas, ressaltando a necessidade de conscientização da importância da manutenção de um meio ambiente sadio e equilibrado, direito difuso transindividual, que de acordo com o art. 225 da CF, deve ser defendido e preservado pelo poder público e pela coletividade para as presentes e futuras gerações.

EDUCAÇÃO AMBIENTAL NA RESSOCIALIZAÇÃO DO CIDADÃO INFRATOR

Segundo Lacey (2007 apud SOUZA, 2018) o aprimoramento das medidas alternativas ocasionado pela LCA fez da transação penal e da suspensão condicional do processo instrumentos importantes para a proteção ambiental. Desse modo, António (2006 apud SOUZA, 2018) assevera que sentenças alternativas como serviços à comunidade possuem um carácter eminentemente voltado para a Educação Ambiental, ainda que esta não seja mencionada em nenhum de seus 89 artigos.

De acordo com Bitencourt (2020), a ressocialização é uma das finalidades da pena, que deve ser perseguida, na medida do possível. Nesse viés o autor defende ainda, sob o ponto de vista do Direito penal, que não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade exclusiva de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo ressocializador como é a família, a escola etc. E salienta que readaptação social abrange uma problemática que transcende o aspecto puramente penal e penitenciário (BITENCOURT, 2020, p. 1680).

Diante de tal norte, é imprescindível pontuar acerca do importante papel da Educação Ambiental na conscientização do infrator e em prol dessa ressocialização. Sousa (2018) aduz em sua obra que:

A EA utilizada como alternativa penal nos casos de ilícitos ambientais é uma estratégia fecunda e rica, que considera aspectos pedagógicos da pena, priorizando a transformação das penalidades em oportunidades de reflexão, construção de saberes e mudança de valores relacionados ao cuidado com o ambiente (RIBEIRO, 2005; AZEVEDO, 2008; MEDEIROS; SILVA NETO, 2008, apud SOUZA, 2018, p.34).

Segundo Medeiros e Silva Neto (2008), a aplicação de sanções restritivas de direito que proporcionam a educação dos indivíduos que cometeram infrações ambientais parece levá-los ao despertar para uma nova postura diante das questões ambientalistas. Outrossim, a esse respeito, Oficinas de EA são identificadas como um ótimo exemplo de cumprimento de penas alternativas, com resultados benéficos oriundos da educação do infrator (SOUZA,2018, p.33).

Um exemplo exitoso do uso de práticas educacionais no processo de substituição de sanções relativas ao cometimento de crimes ambientais é realizado no Estado do

Amazonas, iniciativa impulsionada a partir de 1992 com a criação do Centro de Ressocialização Desembargador Ataliba David Antônio na Vara Especializada do Meio Ambiente e Questões Agrárias (VEMAQA) do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM) (SOUZA, 2016. p.16)

Essa experiência foi consolidada, como medida de substituição de penas sob os preceitos dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, com o desenvolvimento das Oficinas de Reeducação Ambiental coordenadas pelo Núcleo de Educação Ambiental do IBAMA (NEA/IBAMA-AM) que desde 2004, mantém parceria com a VEMAQA/TJAM, o Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público Estadual (MP-AM), o Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (IPAAM) e a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Sustentabilidade (SEMMAS) (SOUZA, 2016. p.16-17).

As Oficinas de Reeducação Ambiental são práticas pedagógicas mediadas pela educação ambiental que intenciona oportunizar ao cidadão que descumpriu um dispositivo legal construir novos saberes e valores na relação com o ambiente em que vive (SOUZA, 2016. p.35). Nesse sentido, tem seus objetivos alinhados com o que preconiza a Política Nacional de Educação Ambiental (Lei nº 9.795, de 27 de Abril de 1999) que entende a educação ambiental como um processo por meio do qual o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente.

Outra importante finalidade das oficinas é evitar novas práticas de crimes, uma vez que muitos infratores informam desconhecimento sobre a ação danosa que cometem (SOUZA, 2016. p.35). Assim, a partir do estímulo a uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, dos efeitos e consequências de atos deletérios ao equilíbrio ambiental, e das legislações correlatas, as oficinas constituem espaços de construção de conhecimentos.

O público das oficinas são pessoas que cometeram crimes ambientais no Estado do Amazonas de menor teor ofensivo, com limite de pena de dois anos ou multa, e que, na fase da transação penal aceitaram a proposta de substituição da sanção por penas restritiva de direitos, na espécie de prestação de serviços à comunidade, tendo previamente acatado o procedimento legal exigível de reparação dos danos causados ao meio ambiente (SOUZA, 2016. p.16).

Na avaliação de Azevedo (2008, p. 62), a educação utilizada no processo de aplicação de pena alternativa, tem o potencial de conscientização resultando em maior

eficácia “à medida que poderá ser evitado que outros danos continuem a ocorrer, e, efetivamente, o meio ambiente não venha mais ser degradado”.

Até 2020 foi realizado o quantitativo de 110 (cento e dez) oficinas e capacitação de 1.963 (mil, novecentos e sessenta e três) pessoas, com “a difusão do conhecimento ambiental entre os infratores, que se tornam veículos propagadores de conscientização em seu meio” (TJAM, 2020).

A avaliação realizada por Souza (2016, p. 70) no estudo dessa experiência revela que os educandos não têm a sensação de estarem sendo penalizados ao participarem das oficinas. Ao final das oficinas são geradas expectativas mais positivas entre os mesmos, potencializadas pela interação e afetividade nos encontros. A aquisição de novos conhecimentos e o mecanismo de ressocialização leva alguns deles a explicitar sua intenção em disseminar o conhecimento adquirido, passando a atuarem como agentes multiplicadores.

Souza (2016, p. 70) conclui que as Oficinas de Reeducação Ambiental são “efetivas como alternativa penal, inovadoras do ponto de vista judicial e pioneiras no Brasil como modalidade diferenciada de educação ambiental” na conscientização de infratores ambientais. No mesmo sentido é a ponderação de Freitas (2011) que considera serem estes tipos de sanções aplicadas pelo judiciário do Amazonas “muito mais úteis do que a prisão, até porque a maioria dos infratores é de pessoas que convivem na sociedade em atividade lícita”, além do mais, o autor conclui que o “sucesso delas está no acompanhamento e o complemento, na educação do infrator, para que não reincida.”

Tal entendimento é corroborado por Azevedo (2008) que explicita ser necessário “a aplicação da pena uma forma não apenas de repressão ao seu infrator, mas de educação e conscientização do mal que causou ao meio ambiente”. A autora analisa que a pena aplicada deve ter o papel “educar a pessoa da responsabilidade que possui perante o meio ambiente” (AZEVEDO, 2008).

Diversas iniciativas são realizadas com objetivos semelhantes às Oficinas de Reeducação Ambiental do estado do Amazonas. É o caso do Programa de Ressocialização Ambiental coordenado de Ministério Público Estadual de Rondônia, que tem por finalidade propiciar uma mudança de paradigmas na responsabilização do infrator ambiental, também mediada pela educação e formação na temática ambiental para promover mudanças comportamentais no trato de questões ambientais (FANTINI, 2010).

Em outras esferas do exercício do Direito é possível aplicar a EA, uma vez a efetividade do arcabouço legal ambiental está intimamente vinculado “a Educação

Ambiental, para a cidadania, como ação educativa para a pessoa humana individual e a sociedade no contexto social e até mesmo como ação de (re) inserção e (re) socialização” (ALMEIDA, SABINO e SIMÃO, 2020 apud LUIZ, 2010; PINTO et al. 2018).

Nesse diapasão, é concebido outra experiência que se traz como exemplo, o Projeto de Educação Ambiental denominado “Formar Para Ressocializar” voltado para a formação dos Socioeducandos dos Centros socioeducativo I e II na Fundação Casa de Santo André em São Paulo, que utiliza a educação ambiental de forma transversal em formatos teóricos e práticos com palestras, oficinas, exibição de vídeos educativos, exposições, práticas de horta e de plantio de espécies vegetais, que busca o desenvolvimento de valores e práticas a partir da realidade e vivência de cada educando em conflito com a lei. Os resultados corroboraram os objetivos do projeto com a viabilização de alternativas para ressocialização relacionadas ao cumprimento das medidas socioeducativas de jovens em conflito com a lei em Santo André/São Paulo (PINTO et al. 2018).

A partir desses estudos de caso, pode-se perceber a importância do caráter educativo das penas no desenvolvimento de consciência ambiental e na possibilidade de contribuir efetivamente com resultados para o alcance do que determina o art. 225 da Constituição Federal, que incumbe que seja assegurado o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do direito titulado por importantes legislações como a Constituição Federal de 1988 e o principal diploma legal de caráter penal que tutela o meio ambiente como um bem propriamente dito, a Lei nº 9.605 de 1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais (LCA), reforçou-se que exercer atividades lesivas ao direito coletivo a uma fauna e flora ecologicamente equilibrados são ações puníveis, tanto a pessoa física quanto jurídica, com sanções penais, o que visa não só reprimir o dano ambiental, mas também se constitui como um instrumento preventivo.

No decorrer desse estudo foi possível investigar que, apesar de tal legislação não apresentar explicitamente a Educação Ambiental, esta é utilizada, no âmbito da justiça, no processo substitutivo de penas por crimes ambientais, no que se trata de sentenças alternativas, como serviços à comunidade, nos casos em que são permitidas a transação

penal e a suspensão condicional do processo. Ademais, a EA demonstrou que pode se constituir meio eficaz de ressocialização de infratores que causaram danos ambientais. De modo que, os dados levantados pela pesquisa revelam que a readaptação social abrange uma problemática que transcende o aspecto puramente penal e penitenciário, em que a educação dos envolvidos se demonstra uma alternativa bastante eficaz e promissora na construção de saberes, nos casos em que ocorre a prática de tais atos ilícitos por falta de conhecimento; e na oportunidade de transformar valores, em prol de uma mentalidade de cuidado e respeito à natureza.

O que pôde ser evidenciado por meio do estudo de casos, como das Oficinas de Reeducação Ambiental, como forma penais alternativas de EA, promovidas pelo judiciário do estado do Amazonas, as quais se demonstraram mais úteis do que penas privativas de liberdade, com êxito no acompanhamento e no complemento, na educação do infrator, para que ele não reincida. Além de outros casos concretos como, o Programa de Ressocialização Ambiental realizado em Rondônia e o Projeto de Educação Ambiental denominado “Formar Para Ressocializar” voltado para a formação dos Socioeducandos dos Centros socioeducativo I e II na Fundação Casa de Santo André em São Paulo; os quais se demonstraram de relevância no âmbito dessa problemática de ressocialização consolidada por uma Educação Ambiental, uma vez que permitiram observar-se a importância do caráter educativo das penas no desenvolvimento de consciência ambiental, como forma de aspirar pela garantia do direito fundamental à todos de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONIO, A. C. A. Conciliação como Solução dos Problemas Ambientais. Revista CEJ, Brasília, nº 32, p. 6-11, jan./mar. 2006 apud SOUZA, Ivan Nunes. **Oficinas de reeducação ambiental como processo substitutivo de penas por crimes ambientais na cidade de Manaus – Amazonas**. 2016. 98 p. Dissertação (Mestrado em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia) Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/5389/2/Dissertação%20-%20Ivan%20N.%20Souza.pdf>. Acesso em: 26 de jun. de 2022.

AZEVEDO, Ana Célia Alves de. A educação ambiental e sua aplicação na substituição da pena nos crimes ambientais: um estudo de caso. **THESIS**, São Paulo, ano V, v. 9, p. 56-65, 1º Semestre, 2008. Disponível em: http://www.cantareira.br/thesis2/ed_9/05_ana_celia.pdf. Acesso em: 27 de jun. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1.072 p.]

BRASIL. **Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 26 de jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de jul. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Condenado por crime ambiental poderá participar de curso. **Câmara dos Deputados**, 10set. 2009. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/133134-condenado-por-crime-ambiental-podera-participar-de-curso/>>. Acesso em: 24 jun. 2022.

DA COSTA RIBEIRO, Pablo; DE ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. O papel do Ministério Público na educação ambiental por meio do termo de ajustamento de conduta. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 8, p. 541-558, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/reget/article/viewFile/3900/2273>> . Acesso em: 24 jun. 2022.

DE ALMEIDA, Vadiney Ferreira; SABINO, Artemizia Rodrigues; SIMÃO, Maria Olívia de Albuquerque Ribeiro. Educação Ambiental como instrumento de efetividade para o Direito Ambiental. **Revista Brasileira de Educação Ambiental (RevBEA)**, v. 15, n. 3, p. 197-216, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unifesp.br/index.php/revbea/article/view/13856/9709>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

FANTINI, Mariana Moser. **A aplicação dos princípios do direito ambiental no Programa de Ressocialização Ambiental realizado pelo Ministério Público do Estado de Rondônia.** 2010. Disponível em: <<repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/478/Mariana%20Moser%20Fantini%20-%20A%20aplicação%20dos%20princípios%20do%20direito%20ambiental%20no%20Programa%20de%20Ressocialização%20Ambiental%20realizado%20pelo%20Ministério%20Público%20do%20Estado%20de%20Rondônia.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 24 jun. 2022.

FREITAS, Vladimir. A reeducação dos infratores ambientais em Manaus. **Revista Consultor Jurídico**, 24 de julho de 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-24/segunda-leitura-reeducacao-infratores-ambientais-manaus>>. Acesso em 26 jul. 2022.

GERBER, Leda Maria Dummer. **Avaliação da proposta pedagógica de Educação Ambiental implantada como uma das formas de ajustamento de conduta de infratores ambientais beneficiários da Transação Penal Ambiental.** 2012. 243 f. Dissertação (Educação Ambiental), Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Educação Ambiental, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/handle/1/8523>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

LECEY, E. Direito Ambiental Penal Reparador. Composição e reparação do dano ao ambiente: reflexos no juízo criminal e a jurisprudência. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 45, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 apud SOUZA, Ivan Nunes. **Oficinas de reeducação ambiental como processo substitutivo de penas por crimes ambientais na cidade de Manaus – Amazonas.** 2016. 98 p. Dissertação (Mestrado em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia) Disponível em: <<https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/5389/2/Dissertação%20-%20Ivan%20N.%20Souza.pdf>>. Acesso em: 26 de jun. de 2022.

MACHADO, Maria Isabel Lopes. **Termo de ajustamento de conduta: uma contribuição da Educação Ambiental na construção de um saber ambiental**. 2008. 138 f. Dissertação (Educação Ambiental), Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Educação Ambiental, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/handle/1/2664>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

PINTO, C.A.; BATISTA, D.V.; SANTOS, K.F. CIARALLO, P.M.M.; PADAVONNI, N. Projeto de Educação Ambiental “formar para ressocializar”. 2018. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Gestão Ambiental**. IBEAS – Instituto Brasileiro de Estudos Ambientais. São Bernardo do Campo/SP – 26 a 29/11/2018. Disponível em: <www.ibeas.org.br/congresso/Trabalhos2018/VII-023.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2022.

SOUZA, Ivan Nunes et al. (Re) Educação Ambiental para infratores no Amazonas: estratégias e macrotendências pedagógicas. **Revista Brasileira de Educação Ambiental (RevBEA)**, v. 13, n. 4, p. 30-50, 2018. Disponível em: <<https://www.periodicos.unifesp.br/index.php/revbea/article/view/2603>>. Acesso em 24 de jun. de 2022.

SOUZA, Ivan Nunes. **Oficinas de reeducação ambiental como processo substitutivo de penas por crimes ambientais na cidade de Manaus – Amazonas**. 2016. 98 p. Dissertação (Mestrado em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia) Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/5389/2/Dissertação%20-%20Ivan%20N.%20Souza.pdf>. Acesso em: 26 de jun. de 2022.

TJAM. Métodos alternativos, justiça ecológica e conciliação no combate aos crimes ambientais e agrários. **TJAM Notícias**, 30 out. 2020. Disponível em: <<https://www.tjam.jus.br/index.php/esmam-noticias/3473-metodos-alternativos-justica-ecologica-e-conciliacao-no-combate-aos-crimes-ambientais-e-agrarios/>>. Acesso em 24 de jun. de 2022.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de Direito Ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 456p.

CAPÍTULO 10

PENA DE FOME: A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Evelyn Máisa Neves da Silva²⁵Rodrigo Esbell Rodrigues²⁶

RESUMO

O bem-estar social atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana são instrumentos corolários do Estado Democrático de Direito e, portanto, elementos intrínsecos às discussões que tratam da proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, uma análise das condições dos indivíduos privados de liberdade evidencia a não observância desses direitos, bem como demonstra a precariedade e quadro depreciativo em que estão submetidos, situação que, apesar de vedada pelo ordenamento jurídico, constitui a realidade do Estado Brasileiro. No cenário de esquecimento por negligência estatal, as circunstâncias do sistema prisional foram ainda mais agravadas em decorrência da COVID-19 e adoção de medidas restritivas. O acesso aos direitos mais básicos, portanto, ficou ainda mais restrito e a alimentação foi diretamente afetada, embora estritamente assegurada pela Lei de Execução Penal em seu artigo 41, inciso I. Ante o exposto, este trabalho tem como finalidade produzir uma análise jurídico-social da aplicação da pena de fome nos presídios brasileiros, temática que tomou forma e dimensão frente ao contexto pandêmico e que, no entanto, permanece pouco discutida se comparada a outros temas abordados em debates sociais. O estudo é baseado principalmente no relatório da Defensoria Pública do estado de São Paulo, bem como nos textos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça e notícias recentes sobre o tema. A metodologia consiste em uma pesquisa sistematizada com o uso de trabalhos científicos, consulta bibliográfica e fontes jurídicas. A exploração da temática evidencia o desrespeito à integridade física e moral das pessoas privadas de liberdade, situação que já está consolidada no Estado Brasileiro em forma de cultura e hábito, sendo admitida como algo “inerente” ao Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Pena de fome. Sistema prisional. Subsistência do preso. COVID-19.

²⁵ Discente do curso de Direito da UFRR. Estagiária de Direito em Escritório de Advocacia. E-mail: evelynmaisa@outlook.com

²⁶ Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: esbellrodrigues2002@gmail.com

INTRODUÇÃO

O surgimento da COVID-19 modificou drasticamente a realidade global, alterando hábitos e provocando dificuldades ainda maiores à sociedade. No Brasil, o aumento de casos promoveu o País à terceira posição na lista dos países com mais mortes em decorrência do vírus, conforme dados divulgados pela Organização Mundial da Saúde. No mesmo sentido, a crise sanitária enfraqueceu o já debilitado sistema prisional e propiciou o agravamento das circunstâncias em que o indivíduo privado de liberdade sempre estivera sujeito.

Sob essa perspectiva, a negligência estatal asseverou o que já era precário, reduzindo o cumprimento de prerrogativas básicas e essenciais à vida humana. Somado a isso, as tentativas de redução de proliferação da COVID-19 acarretaram em problemáticas ao preso que, diante da restrição de visitas de seus familiares, ficou “à espera” desses elementos básicos, como, por exemplo, produtos de higiene. Nessa toada, a alimentação fora extremamente prejudicada.

O presente trabalho tem por objetivo explorar a aplicação e naturalização do fenômeno que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo denominou de “pena de fome”. Além disso, visa chamar a atenção para a temática aqui problematizada, tendo em vista que esta não exerce a devida relevância na sociedade em geral. A metodologia utilizada é comportada por artigos científicos publicados em sites jurídicos, bem como jurisprudências, fundamentações em nossos códigos e nossa Constituição Federal, para que, de forma fundamentada e clara, seja possível uma discussão sensata e relevante.

O artigo, portanto, é dividido em quatro capítulos, de modo que o primeiro discute as implicações da pandemia no sistema carcerário; o segundo trata da alimentação como um direito fundamental e intrínseco à manutenção da dignidade da pessoa humana à luz de nosso ordenamento jurídico, observando o disposto no artigo 6º da Constituição Federal; o terceiro se destina à aplicação da pena de fome; e o quarto, referente às considerações finais, expõe os resultados da pesquisa, bem como produz reflexões críticas para, desse modo, promover um debate acerca da dura realidade que os presos vivenciam e as consequências decorrentes da mesma.

IMPACTOS DA PANDEMIA NA POPULAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA

Em março de 2020, 03 (três) dias após a confirmação da primeira morte em decorrência do SARS-CoV-2 (COVID-19) no País, o Congresso Nacional reconhecia a situação de calamidade pública no Estado Brasileiro. Ficava decretado que o Poder Executivo poderia ultrapassar as metas fiscais previstas, a fim de que fosse possível aumentar o gasto público no combate à pandemia. O texto, em conformidade ao pedido presidencial, instituía a situação de calamidade até 31 de dezembro do mesmo ano.

Com a aprovação do Congresso, o Governo Federal aumentou as despesas de programas sociais. Ao fim de 2020, mesmo com o evidente aumento de casos, o Brasil saíra do estado de calamidade, pois a mudança do “período contratado” poderia ocasionar impactos ainda maiores em indicadores econômicos e provocar o que o então presidente da Câmara, Rodrigo Maia, chamou de desastre (BRANDÃO, 2020).

Mesmo assim, alguns dos benefícios que estavam previstos para serem extintos assim que o decreto chegasse ao prazo final de vigência foram prorrogados – tem-se como exemplo o auxílio emergencial que desde sua criação, em tese, fora destinado aos mais vulneráveis frente à pandemia.

Com efeito, tais medidas demonstram a preocupação no tocante à sociedade que, diante do cenário caótico produzido pelas implicações da quarentena, se viu obrigada a se adaptar, alterando seu comportamento devido aos inúmeros impactos no setor financeiro, na saúde pública e até na saúde mental. Nesse sentido, a pandemia gerou insegurança, trouxe discussões acerca da preocupação com o próximo e os limites ao isolamento social e evidenciou a sempre presente desigualdade demonstrando que grupos vulneráveis são mais propensos a sofrerem os impactos psicológicos da crise sanitária (KOLA *et al*, 2020, p. 536).

Do mesmo modo, a pandemia escancarou problemas já existentes, mas que não recebiam a devida atenção em virtude de terem sido “naturalizados”, uma vez que já compunham a “realidade” do País. É o caso da situação dos presídios brasileiros que, mesmo diante da cristalina calamidade no ambiente carcerário, esteve praticamente ausente dos debates públicos relacionados à COVID-19 (Sanchez *et al*, 2020).

Por outro lado, as circunstâncias do indivíduo privado de liberdade tornaram-se ainda mais evidentes e intoleráveis ante o ambiente propício à proliferação do vírus, fato efetivamente comprovado quando analisado o histórico de superlotação no sistema prisional que, por si só, torna inviável o cumprimento das orientações básicas de

prevenção à COVID (RELATÓRIO CNJ, 2020). Frente ao contexto carcerário, o Judiciário também teve de se adaptar.

Dessa maneira, medidas preventivas à propagação da COVID-19 foram adotadas em respeito à própria recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, dentre tantas, elencou que tais ações tinham como finalidades:

- I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções;
- II – redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; e
- III – garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal.

A Recomendação, inegavelmente, serviu para modificar o sistema carcerário e criar precedentes. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, confirmou a decisão do Ministro Edson Fachin que, em julgamento do Habeas Corpus coletivo nº 188820, determinou a concessão da prisão domiciliar aos condenados em regime semiaberto que fossem enquadrados no grupo de risco e estivessem cumprindo pena em unidades prisionais superlotadas e não tivessem cometido crimes mediante violência ou grave ameaça.

Entretanto, apesar da significativa mudança, a referida Recomendação, por se tratar de uma *orientação* e não *obrigação*, não trouxe efeitos imediatos, tampouco resultados efetivos tendo em vista sua reduzida observância nos Tribunais. Fato exemplificativo é a permanência do Estado Brasileiro na *mesma* posição no ranking mundial de países com número absoluto de presos, qual seja, o terceiro lugar. Em novembro de 2020, inclusive, o Brasil ocupava a segunda posição na lista de países com maior número de casos de COVID-19 entre pessoas privadas de liberdade consoante dados divulgados na 9ª edição do Boletim Direitos na Pandemia (2020), evidenciando que, embora haja redução em sua população carcerária, esta não é eficaz ante o já conhecido fator *superlotação*.

Nesse sentido, mesmo com a adoção de tais medidas, a contaminação por COVID-19 nos ambientes prisionais sofreu aumento extremo. A título de exemplificação, tem-se o estado do Mato Grosso que em duas semanas teve um acréscimo de mais de 70% em sua população carcerária com diagnóstico positivo para o novo coronavírus, conforme aponta o

Relatório de Monitoramento de COVID-19 do CNJ.

Além disso, com o aumento de casos no cenário brasileiro e o consequente isolamento social, a entrega de itens básicos relacionados à higiene, alimentação ou vestimenta do preso tornou-se ainda mais reduzida diante da restrição de visitas ao sistema prisional. Nessa mesma perspectiva, atividades educativas, laborais, de lazer e até de assistência religiosa também foram suspensas, ainda que essenciais à vida e à sobrevivência de pessoas em situação de privação de liberdade.

Dessa maneira, a subsistência no sistema prisional foi ainda mais agravada diante do contexto pandêmico, prejudicando e comprometendo a saúde dos indivíduos ali presentes, contrariando, ainda, um rol de determinações legislativas – e do próprio Judiciário – que reconhecem os direitos do preso. A responsabilidade estatal no que tange à manutenção de padrões mínimos de humanidade no ambiente carcerário não fora efetivada, ferindo, desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como outros elementos inerentes à constituição do Estado Democrático de Direito.

A ALIMENTAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No que tange à garantia de direitos fundamentais, o artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 destaca que o Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, prega como princípio/direito fundamental a dignidade da pessoa humana. Conforme aponta Ghisleni (2014, p. 5, apud MORAES, 2003, p. 60:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Nesse sentido, a Constituição reconhece a alimentação como direito social previsto em seu art. 6º, competindo ao Estado efetivá-la a todos os cidadãos. Nessa toada, pensando no contexto prisional, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 41, III, destaca a necessidade do acesso à alimentação suficiente ao indivíduo privado de liberdade. Da mesma forma, a resolução Nº 3, de 5 de outubro de 2017, expõe que o propósito da Política Nacional de Alimentação e Nutrição é

de melhoria das condições de alimentação, nutrição e saúde da população brasileira, mediante a promoção de práticas alimentares adequadas e saudáveis, a

vigilância alimentar e nutricional, a prevenção e o cuidado integral dos agravos relacionados à alimentação e nutrição.

Entretanto, segundo dados trazidos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD):

o cenário prisional demanda enorme atenção no Brasil, país que ocupa o posto de terceira maior população prisional do mundo, atualmente com mais de 800 mil pessoas encarceradas (...) principalmente em 2020 e no primeiro semestre de 2021, muitos estados declararam que o fornecimento de água potável e para higiene pessoal às pessoas em privação de liberdade era limitado. (IDDD, 2020, p.1-8)

Sob esse viés, os dados apontam que, embora preconizada no ordenamento jurídico e acentuada como direito fundamental, reconhecida, ainda, pela Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 25), verifica-se a inobservância do Estado que mesmo dotando de tal comprometimento não o faz.

Portanto, novamente mostra-se o descaso do Estado em manter a situação dos detentos em total abandono, tendo em vista que os familiares também prestam o serviço de fiscalizar a situação de saúde seus entes presos. Esses fatores comprovam de que o sistema privativo de liberdade, somado ao fato da total incompetência do Estado em garantir um bem-estar saudável para com o preso, fere totalmente aos preceitos da nossa constituição para com o princípio da dignidade da pessoa humana.

PENA DE FOME: RESPONSABILIDADE OU POLÍTICA ESTATAL?

O Relatório de Inspeção dos presídios do Estado de São Paulo, publicado em abril de 2022 e produzido pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública Paulista (DPE-SP), atendo-se às informações retiradas das próprias unidades prisionais, expôs a realidade vivenciada pelos indivíduos privados de liberdade. O estudo, com pouco mais de 100 páginas, chamou atenção às condições precárias relacionadas à saúde humana, frisando o agravamento de problemas “cotidianos” que ficaram em segundo plano e foram acentuados em decorrência da pandemia (NESC, 2022).

Entretanto, como já fora informado, a “priorização” destinada aos casos de COVID-19 nos presídios não fora suficiente para obstar o aumento de casos diários principalmente porque a própria estrutura prisional, figurando como obstáculo, não enseja a tal redução – fato comprovado, por exemplo, pela falta de ventilação nas celas das unidades carcerárias, bem como pela reduzida entrada de luz solar, como aponta o Relatório do CNJ. Há de se

ressaltar que, ainda que não seja causa primeira dos “dessaranjos estruturais” referentes ao sistema penal, a superlotação constitui-se em efeito desse próprio sistema. Sua existência, portanto, agrava a precariedade, o que impede o tratamento digno às pessoas privadas de liberdade (CNJ, 2021) que se veem sujeitas a “políticas” diversas dos estabelecimentos prisionais, destacando-se aqui as de racionamento decorrentes da negligência estatal.

Sob essa perspectiva, a “pena de fome”, assim designada justamente pela insegurança alimentar frente à reduzida quantidade, evidencia o descaso do Estado em relação às pessoas presas, tanto que, conforme apontado pelo Relatório da DPE-SP, todos os estabelecimentos prisionais inspecionados, à exceção de um, serviam apenas três refeições por dia, contrariando a Resolução nº 03 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que estabelece a oferta *mínima* de cinco refeições diárias. A mesma resolução, inclusive, pontua a imprescindibilidade de nutrientes nas alimentações que devem ser variadas contendo frutas, verduras e legumes, o que novamente não fora observado durante as inspeções da DPE-SP.

Ademais, o referido Relatório evidenciou a prática de “jejum compulsório” trazendo o intervalo entre a última refeição (jantar) e a primeira do dia (café da manhã) com variação de 14 (quatorze) a 15 (quinze) horas na maior parte dos presídios inspecionados, segundo dados constantes no estudo da DPE-SP. Somado a isso, a suspensão de visitas sob a justificativa de reduzir o contágio por COVID-19 deixou à margem indivíduos que, mediante ineficiência do Estado, dependem de seus próprios familiares para fazer uso de produtos diversos, frisando-se aqui o kit de mantimentos popularmente conhecido como “jumbo”. Com o avanço da pandemia, contudo, a entrega de tais subsídios restou prejudicada e, novamente, presos e presas ficaram sem acesso a itens básicos assegurados, em tese, pelo ordenamento jurídico.

Essa adoção de restrição sob a finalidade de evitar o aumento de casos nos presídios, no entanto, se mostrou ineficaz, considerando que a taxa de contaminação nos estabelecimentos prisionais aumentou 800% entre maio e junho de 2020, conforme informações retiradas da Agência CNJ de Notícias. A proibição de visitas, portanto, influenciou diretamente na perda de direitos essenciais assegurados ao preso pela Lei de Execução Penal, sopesando ainda mais na alimentação – há muito – precária.

Nesse sentido, embora o Relatório produzido pelo NESC trate especificamente dos presídios no Estado de São Paulo, não é preciso tanto esforço para se reconhecer que essa, por anos, tem sido situação inerente ao ambiente carcerário. A fome não é realidade

nova no âmbito nacional, tampouco no sistema prisional. Na Cadeia Pública dos Altos, Piauí, por exemplo, houve um surto de beribéri em 2020 em decorrência da falta de vitamina B1 no organismo. Por conta disso, seis pessoas morreram. Do mesmo modo, em março de 2022 detentos da Penitenciária Estadual de Vila Velha 3 se uniram e fizeram greve de fome como forma de protesto às marmitas servidas na unidade prisional. Inúmeros relatos, diversas notícias e, no entanto, quase nenhuma modificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como fora descrito, o artigo buscou realizar um estudo analítico acerca das várias formas de violações de direitos básicos as quais os detentos estão sujeitos dentro do cárcere, pontuando principalmente sobre a aplicação da pena de fome, demonstrando que, embora assegurados pelo ordenamento jurídico, os preceitos fundamentais não são observados.

O não cumprimento desses direitos tornam os indivíduos privados de liberdade seres ainda mais vulneráveis, chegando à possibilidade de perderem a própria vida, dentro do sistema carcerário brasileiro devido ao abandono por parte do Estado. É estarrecedor, ainda, que o Brasil figure como um dos Países que mais produz e exporta alimentos no mundo e, no entanto, encontra-se no “Mapa da Fome”.

Somado a isso, é surpreendente a forma como o Estado brasileiro se preocupa mais em fatores como exportação/acúmulo de lucros e não ter um olhar prioritário para com a situação insalubre ao qual os detentos estão sujeitos dentro do cárcere. Ressalta-se o sucateamento do sistema prisional é fomentado ainda mais pelo fato de ocorrer o desvio de verbas públicas destinadas aos sistemas penitenciários, pode-se exemplificar com uma notícia publicada no ano de 2014, no G1 vale da Paraíba, onde as denúncias do MPSP apontam o desvio de verbas durante a compra de peças para veículos supostamente quebrados. Exemplifica-se uma notícia publicada no ano de 2019 pela Folha de São Paulo, onde mostra que apenas 12% do orçamento vindo do Fundo Penitenciário Nacional, fora utilizado para a manutenção e redução da superlotação nos presídios.

Nessa perspectiva, há na legislação brasileira mecanismos que tutelam e garantem os direitos dos presos, como os artigos supracitados da Lei de Execução Penal (LEP) e da Constituição Federal, entretanto, a tutela desses direitos na maioria das vezes não é garantida pelo poder Executivo, seja ele federal, estadual ou municipal, haja vista que no

cárcere não há a estrutura necessária e muito menos o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais previstos para os apenados.

É que o sistema de justiça brasileiro diz se ater aos direitos fundamentais, exceto quando estes englobam àqueles dissociados da sociedade em vista da segregação. O esquecimento e descaso em relação às pessoas privadas de liberdade são demonstrados não apenas pela fragilidade das políticas de garantia aos direitos humanos nos ambientes carcerários como também pela própria resposta do Estado: a fome é negada pela própria Secretaria da Administração Penitenciária mesmo que existam inúmeros relatos corroborados pelas circunstâncias insalubres em que tantas pessoas (sobre) vivem. A violação dos direitos humanos, portanto, não é ínfima, mas o agir estatal sim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Francisco. Maia nega possibilidade de prorrogar estado de calamidade. **Câmara dos Deputados**, 17 out. 2020. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/700854-maia-nega-possibilidade-de-prorrogar-estado-de-calamidade/%3C%20Acesso%20em:%2003%20de%20julho,%202022>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de monitoramento da COVID-19 e da recomendação 62/CNJ nos sistemas penitenciário e de medidas socioeducativas II** / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coord. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020, 91 p.

BRASIL. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois**. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Conselho Nacional de Justiça, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jul. 2022

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível: <L7210>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. **PROJETO DE LEI Nº 4968, DE 2019**. Institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual; e altera a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9009435&ts=1633611830552&disposition=inline>>. Acesso em: 03 jul 2022.

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. **Resolução nº3, de 05/09/2017**. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

BRASIL. Conselho Nacional de Direitos Humanos. **Resolução nº 27, de 09/07/2020.**

CIDADANIA, Instituto Terra, Trabalho E. **Alimentação e prisões: a pena de fome no sistema prisional brasileiro.** Disponível em: <<https://itc.org.br/alimentacao-e-prisoas-pena-de-fome-no-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

COSTA, Catarina. Presos morreram por má alimentação em cadeia no Piauí, aponta relatório do Ministério da Saúde. **G1**, 03 abr. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2021/04/03/presos-morreram-por-ma-alimentacao-em-cadeia-no-piaui-aponta-relatorio-do-ministerio-da-saude.ghtml>>. Acesso em: 23 jul. 2022

CONNECTAS, Direitos Humanos e do Centro de Pesquisas e Estudos de Direito Sanitário – USP. **Boletim DIREITOS NA PANDEMIA**, n. 9, 2020. Disponível em <https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2020/11/09boletimcovid_07.pdf> . Acesso em: 03 de jul. de 2022.

JORNAL NACIONAL. **G1**, 06 jul. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/07/06/brasil-volta-ao-mapa-da-fome-das-nacoes-unidas.ghtml>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

GHISLENI, Pâmela Copetti. O Sistema Penitenciário Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Direito em Debate, revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí**, jul.-dez. 2014.

KOLA, Lola. et. al. COVID-19 mental health impact and responses in low-income and middle-income countries: reimagining global mental health. **Lancet Psychiatry**, v. 8, p. 535-550, jun., 2021.

OLIVEIRA, Sara. Presos fazem greve de fome em protesto à comida servida em unidade de VV. **Século diário**, 28 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.seculodiario.com.br/seguranca/presos-fazem-greve-de-fome-em-protesto-a-comida-servida-em-unidade-de-vv>>. Acesso em: 23 jul. 2022

SANCHÉZ, Alexandra. et. al. COVID-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública? **Cadernos de Saúde Pública [online]**, n. 5, v. 36, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00083520>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

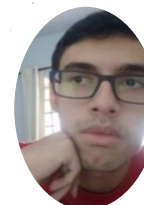
SÃO PAULO. Defensoria Pública. **Inspeções em presídios durante a pandemia da COVID-19.** Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Núcleo Especializado de Situação Carcerária; coord. Leonardo Biagini de Lima ... [et al.]. São Paulo: abril, 2022.

SÃO PAULO. Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Dados sobre a COVID-19 no sistema prisional no 1º e 2º quadrimestre de 2020.**

SCHAPPO, Sirlândia. Fome e Insegurança Alimentar em Tempos de Pandemia da Covid-19. **Comitê Estadual SUAS-SC COVID-19.** 12 de junho de 2020.

CAPÍTULO 11

TRIBUNAL DO JÚRI NA REALIDADE BRASILEIRA: PRÓS, CONTRAS E REFLEXÕES



Matheus do Vale Mota²⁷



Vitória Manuella de Sousa Bastos²⁸

RESUMO

O presente artigo pretende explicitar, fundamentadamente, os pontos positivos e negativos advindos do instituto do Tribunal do Júri, especificamente no contexto brasileiro, onde se tem visto o fenômeno da espetacularização dos julgamentos, seja por parte dos juízes, seja por parte dos jurados. Por um lado, põe-se o aspecto democrático desse instituto, que aproximaria a sociedade dos casos mais importantes a serem julgados, sendo aqueles, por meio de representantes, responsáveis por decidir o destino dos réus; por outro, questiona-se esse valor democrático, colocando em mesa a seletividade presente nos jurados. Por fim, o trabalho é concluído de forma a proporcionar uma continuação do debate desse tema, assim não o finalizando, mas contribuindo para a sua perpetuação. Para isso, a pesquisa foi feita por meio de revisão bibliográfica de materiais selecionados previamente com base em liame com o tema.

Palavras-chave: Tribunal; Júri; Constituição; Poder Judiciário; Democracia.

INTRODUÇÃO

Apesar de, na Constituição Federal de 1988, estar consolidada, como espécie de democracia, a representativa, a Lei Magna abriu espaço para a inserção de dispositivos

²⁷ Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: matheusdovalemota@gmail.com.

²⁸ Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: vitoriabastis@gmail.com.

que permitissem a participação direta do cidadão nas decisões públicas. Portanto, no Poder Judiciário, é aberta a possibilidade de participação direta através, por exemplo, das audiências públicas e do Tribunal do Júri.

No entanto, o último tem sido alvo de questionamentos por conta, segundo alguns autores defendem, da oportunidade que se abre à manifestação da tradição autoritária brasileira, que se mostra presente em todos os setores sociais, econômicos e políticas, e tem se mostrado, também, no Poder Judiciário.

Dessa forma, coloca-se em xeque a abstração e a concretude desse instituto; por um lado, visto como nobre, inclusivo e, conseqüentemente, democrático – com jurados que representariam a pluralidade de uma sociedade, abrangendo os mais diversos setores sociais; por outro, cruel, seletivo e, conseqüentemente, condenador nato de determinados segmentos sociais – a exemplo, de indivíduos historicamente inferiorizados por questões de raça, classe e gênero, vistos como já condenados previamente por tais representantes da sociedade.

Portanto, este artigo, para expor e esclarecer os pontos positivos e negativos do Tribunal do Júri, se dividirá, inicialmente, em duas partes: uma destacando os pontos a favor; e outra, os contra. Por fim, encerrará o tema trazendo reflexões que façam uma verdadeira ponderação acerca do que foi abordado. Para isso, utilizar-se-á de revisão bibliográfica de livros, artigos e revistas que possuam pertinência com esse campo de discussão.

ARGUMENTOS PRÓ TRIBUNAL DO JÚRI

De acordo com a Constituição do Brasil, nossa carta maior, “Todo o poder emana do povo” (BRASIL, 1988), sendo assim a participação popular no judiciário é totalmente legítima e dotada de argumentos que afirmam essa sua soberania.

Não há nada mais legítimo que o indivíduo sujeito de direito, livre de conceitos técnicos e processuais, vivente do mundo e das mudanças que o cercam, analisar conforme seu próprio discernimento uma questão que remete ao social, e ainda sobre esta perspectiva vale ressaltar que um grupo composto por 7 (sete) pessoas pode representar melhor o interesse de uma população do que um juiz preso a um processo suscetível a impor seus valores em suas decisões, ainda mais quando se trata de casos dolosos, visto que grande é o desconcerto em relação ao tema.

Princípio democrático do Tribunal do Júri

O significado de democracia é proveniente do Latim e é traduzido literalmente como “governo do povo”, e o que significa o governo do povo? Significa basicamente que o povo participa direta ou indiretamente dos pilares da sociedade que pertencem, sendo assim, a justiça como pilar fundamental para manter a sociedade nos conformes do convívio pacífico e harmonioso dentro de uma sociedade democrática, necessita de uma participação do povo maior, e que participação maior teria senão a de ter a soberania de um júri com voto popular? Pois bem, a integração do indivíduo em assuntos do estado é uma das maiores conquistas já vistas na administração judicial, pois o povo detém da capacidade de mudar uma realidade jurídica.

O entendimento do que seria o direito é subjetivo e amplamente abordado, porém convém afirmar que sem essa ferramenta o mundo e a sociedade entram em colapso pois não há convívio social sem estabelecimento prévio dos direitos e deveres de cada indivíduo, sendo assim, sem o direito o sujeito torna-se susceptível a violações de virtudes básicas.

Sabendo que o direito, e a justiça como ferramenta de execução do direito é feita pelo povo e para o povo para manutenção do convívio social, nada mais justo que a participação do voto popular em questões que a ele cabe o veredicto, visto que este pilar muda de acordo com as mudanças sociais, culturais, econômicas que o rodeiam.

Sobre a vitalidade de manter o povo em questões estatais de cunho judicial, André Mauro Lacerda Azevedo (2007, p. 146) dissertou:

O estado que aspira ser efetivamente democrático não pode de forma alguma afastarse da sociedade e de seus interesses. O direito já foi utilizado como meio de justificar regimes políticos totalitários, de modo que é a concretização dos direitos fundamentais que conduz o Estado em direção à sua vocação democrática. Não bastam leis, é preciso que o homem seja sua maior aspiração e beneficiário primário de toda e qualquer proteção. Do contrário, haveria uma hipertrofia dos poderes do Estado e o conseqüente estrangulamento do princípio democrático. (AZEVEDO, 2007)

Nesse deslinde, tem-se que é imprescindível que o povo tenha a integridade da decisão do júri sob soberania, pois isto significa e ratifica exatamente o que a vigente constituição assegura quando afirma que o poder emana do povo. Além disso, esse princípio democrático incluso na soberania do voto popular reafirma a sociedade democrática de direito, essa que necessita de ordem para estabelecer o convívio social,

entretanto não uma ordem proveniente de um regime totalitário, mas sim feita do povo para o povo e com a participação do povo acerca dos temas que a ele remetem.

Da necessidade do controle judicial

Partindo do ponto em que o judiciário representa o povo mas emitem a vontade do Estado e que um juiz não está submetido a eleições periódicas, ou seja um controle sistemático (pois ocupam cargos públicos que se valem de uma garantia constitucional de permanência no serviço público), tem-se que é inevitável pensar que embora um juiz seja humano e também esteja inserido na sociedade, acompanhando as mudanças sociais, ele também possui estigmas, preceitos, e assim como todos está sujeito a subjetividade do olhar humano, sendo assim pode muitas vezes não representar o interesse da maioria do povo como deveria.

Acerca disso Rodrigo Francco (2013, p. 18) discorre sobre a temática que:

O ser humano - e juízes são seres humanos - nem sempre segue decisões dentro de um claro padrão de justiça. A ideia de que juízes vão sempre seguir decisões justas e efetivar direitos é falha exatamente por não prever que em dado momento podemos adotar decisões que contrariem o senso de justiça da coletividade, ao buscar um senso de justiça individual.

Ademais:

Sem dúvida que se as decisões judiciais garantissem a liberdade fática buscada em uma dada sociedade, então esta decisão terá sido legítima, mas isto não será verdade quando a decisão judicial estiver descolada da vida prática, divergente dos anseios da população em geral. Afinal, o povo não tem mecanismos para reverter uma sentença judicial contrária aos seus interesses e nem mesmo trocar os juízes que assim estejam decidindo, o que acaba por ferir a democracia. (FRANCCO, Rodrigo. 2013, p. 19)

O indivíduo que tem a responsabilidade de votar em um tribunal do júri muitas vezes não tem noção alguma do direito, porém sua capacidade de entender a situação exposta de modo não-técnico mas sim emocional, noção circunstancial de vivência e conforme os valores adquiridos durante a vida, reflete melhor o interesse popular, visto que o tribunal do júri sendo composto por cidadãos que assim como o juiz possuem um olhar subjetivo, porém mais diversos e representativos pelo fato de serem sete pessoas, não são nada mais que o povo recorrendo ao povo.

Uma das muitas críticas que se ouve quando se fala em tribunal do júri é que os jurados são leigos e não são aptos para a difícil e complexa arte de julgar, visto que estão suscetíveis a influências, porém, segundo Angelo Ansanelli Júnior (2005, p. 4-5):

A perniciosa influência da imprensa, conquanto exista, não é defeito inerente ao Tribunal do Júri: é defeito da própria legislação e do sensacionalismo dos órgãos de comunicação, que, ancorados na ausência de censura, emitem juízos de valor que podem influenciar os jurados. Não se deve olvidar que a magistratura togada também é suscetível a pressões dos meios de comunicação, principalmente quando alguns juizes tem a possibilidade de aparecer nos noticiários televisivos.

Sendo assim, tem-se que não há que se falar em influência somente por parte dos jurados “leigos”, mas também do próprio judiciário que é composto por humanos errantes. Destarte, é importante que os interesses da coletividade estejam bem representados, deixando de depositar somente nas mãos do estado.

Em vista disso, concluindo original acerca da falta de eleições periódicas dos cargos públicos judiciários, Francco acrescenta:

Se aqueles que recebem a delegação do poder soberano do Estado para servir como Estado juiz não se submetem às eleições populares periódicas, que ao menos suas decisões sejam controladas efetivamente pelo Povo. (FRANCCO, 2013, p. 25)

Pois bem, acerca da relação “1 contra 7” sobre a complexa decisão de julgar, Hélio Tornaghi (1959, p. 62) afirmou que “muitos dos defeitos imputados ao júri poderiam igualmente ser atribuídos ao juiz togado: a possibilidade de corrupção, de se deixar influenciar pelos poderosos ou por sentimentos pessoais. Mas aí o júri leva a melhor: porque é mais difícil corromper sete do que corromper um”.

ARGUMENTOS CONTRA TRIBUNAL DO JÚRI

Modelos de tribunal do júri e de democracia

Não há como se negar a visão majoritária positiva que possui o instituto Tribunal do Júri, tanto que sua permanência no ordenamento jurídico brasileira é de notável destaque. Visto como instrumento amplamente democrático e participativo, e que abre espaço para o sentimento de justiça do leigo (LOREA, 2003, p. 9), seu *modus operandi* toma como base a proximidade dos casos em apreciação com a sociedade, fazendo com que seus representantes assumam posições no Poder Judiciário de jurisdição, ou seja, passam a ter o “direito de dizer o direito”. No entanto, as análises feitas sobre esse instituto, em sua maioria, não abrangem as correntes jurídicas que fazem referência a uma falsa representatividade exercida na realidade jurídica brasileira pelos jurados sorteados e escolhidos.

Pelo modelo americano de Tribunal do Júri, “cada cidadão é representante de todos os demais” (LOREA, 2003, p. 15), de tal forma que não há o que se falar, aqui, a princípio, em questões de seletividade dos jurados por parte dos magistrados, o que traz à tona outro modelo consolidado nos Estados Unidos, o da democracia igualitária. Já no do Tribunal do Júri brasileiro, observa-se a atuação do modelo de democracia aristocrática, em que pessoas de confiança – amigos, familiares ou filhos – dos magistrados integram as listas de possíveis jurados, afastando, dessa forma, os representantes da sociedade pelos do círculo de convivência do juiz, assim facilitando a previsibilidade das decisões do júri, ou para condenar, ou para absolver o réu, inicialmente acusado de crime doloso contra a vida, como homicídio, infanticídio, aborto, e instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio (BRASIL, 1940).

Jurisdição, Interseccionalidade e Tradição Autoritária

Para além disso, o Tribunal do Júri, nos moldes atuais, reforça, falsamente, a presença e a imposição de um direito objetivo e dogmático, onde a única preocupação do “operador do direito” deve ser a subsunção da norma ao caso concreto, assim pacificando os conflitos e ocasionando a justiça social (DURKHEIM, 2002). Contudo, o mundo do dever ser que foi criado é, frequentemente, intangível pelo mundo do ser, o que torna a lei meramente fria, sem significado real e morta. De tal forma, os princípios do direito, como normas que são, passam a ser questionados quanto à sua concretude – a exemplo, temos o princípio da imparcialidade do juiz, talvez o mais posto em cheque por alguns juristas críticos. Realizando uma interconexão com elementos de Antropologia Jurídica, vemos que a autoridade jurisdicional, independente de quem seja, é perpassada por questões de gênero, raça, classe etc., o que influirá, conseqüentemente, em seu processo de conhecimento e de decisão, ainda que tenha sido preparado para agir com imparcialidade perante os sujeitos processuais.

Da mesma forma que um juiz sofre dessas influências externas na apreciação, declaração de sentença e condenação, os jurados também se encontram fadados a decidir a absolvição ou condenação do réu de acordo com seus valores morais e costumes. A superposição das normas sociais (não escritas) às legais (escritas) (LOREA, 2003, p. 12) configura-se fora do princípio da legalidade, apontado pelo Código Penal, onde não há crime sem lei anterior que o defina (BRASIL, 1940). Portanto, por conta da prevalência das normas sociais em relação às legais, ocorre a criminalização e a descriminalização de

determinadas condutas, e isso em face da seletividade penal, que passa a ser exercida pelos “representantes” da sociedade, e da tradição autoritária brasileira, que permeia os mais diversos tribunais pelo país. A junção desses elementos traz à lume a verdadeira intenção que esconde o direito moderno, que é o de penalizar os que não se enquadram no rol de modelos de cidadãos, com determinados comportamentos, modos de se vestir, comer e andar que são alvo do direito penal e processual penal. O objetivo, portanto, não é realizar um julgamento justo, imparcial e satisfatório, mas sim atender aos desejos de uma classe social dominante em punir pobres, negros, mulheres, membros da comunidade LGBTQIA+ etc., ignorando, além dos já mencionados, o princípio da igualdade de todos perante a lei, discriminando categorias sociais pré-selecionadas.

Tal tradição é perpetuada através dos conhecimentos do senso comum, presentes nos mais diversos acontecimentos cotidianos e que são absorvidos pelos chamados “leigos”. De tal modo, como não possuem conhecimento jurídico, acabam utilizando do senso comum para analisarem, por exemplo, a culpabilidade e a imputabilidade do réu – com mais condenações do que absolvições.

Por fim, Rubens Casara (2016) já afirmava a preponderância desse autoritarismo que assola o meio jurídico brasileiro, que enxerga, no outro, não um ser humano, mas, sim, um inimigo que necessita ser punido, e, para isso, necessita ser colocado à margem da sociedade como forma de evitar a sua nocividade no meio “civilizado”, com “homens de bem”, que se comportam de acordo com o direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos elencados neste trabalho não objetivam menosprezar os mais ricos trabalhos acadêmicos que se propuseram a defender o Tribunal do Júri, ou a extingui-lo. Como em qualquer área do conhecimento, a revisão e a crítica são necessárias para que dispositivos de democracia direta possam surgir e surtirem, verdadeiramente, eficácia na relação entre sociedade e Poder Judiciário. Não é nossa função – e que fique bem claro isso – exaurir esse tema, pois sua profundidade é tamanha que não caberia, neste trabalho, analisá-lo e dissecá-lo por todo. Tal tema, devido à sua relevância, deve ser debatido nos mais diversos espaços públicos de fala, e não somente por juristas ou futuros “operadores do direito”, mas sim por todos os membros da sociedade, de maneira a ressaltar a sua vontade absoluta quanto à continuidade ou não do Tribunal do Júri, ou

quanto às possíveis modificações que poderiam ser feitas de acordo com os valores e anseios do povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. **O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 227p.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CUNHA, Rodrigo. **A Seletividade do Direito Penal Brasileiro – Rubens Casara**. Youtube, 17 jul. 2016. Disponível em: <https://youtu.be/dZYGtaK-goU>. Acesso em: 14 fev. 2022.

DURKHEIM, Émile. **Les règles de la méthode sociologique**. Paris: Flammarion, 2002.

LOREA, Roberto Arriada. **Os jurados" leigos"**: uma antropologia do tribunal do júri. 2003. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3730/000403645.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>. Acesso em: 12 jul. 2022.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CAPÍTULO 12

LEGALIZAÇÃO DA MACONHA, CONSEQUÊNCIAS NO CENÁRIO JURÍDICO E SOCIAL



Wailerc Comota Silva Brito²⁹

RESUMO

O presente artigo científico tem por intuito analisar alguns pontos da consequência da possível legalização da maconha no Brasil. Primeiramente fez necessária uma análise histórica sobre a maconha no Brasil para chegar à Lei de Drogas que hoje é executada. Em seguida houve uma breve diferenciação entre a legalização e a descriminalização da maconha. Por fim, fez-se uma análise da legalização da maconha como forma alternativa de combate ao narcotráfico, mostrando como esse sistema pode vir afetar os meios sociais e jurídicos. Para tanto, fez-se necessária uma pesquisa qualitativa, buscando em livros, revistas, artigos científicos e demais meios de pesquisa, para alcançar o objetivo desejado.

Palavras-Chave: Legalização da Maconha, Consequências.

INTRODUÇÃO

A legalização da maconha é assunto que causa grande controvérsia na sociedade brasileira atual e vem ganhando cada vez mais espaço nos cenários dos debates públicos. Os principais motivos encontrados durante a pesquisa foram o sistema falho de combate ao narcotráfico, os benefícios que a maconha pode trazer na área medicinal e as vantagens sociais que a legalização pode trazer.

Desde os primórdios da humanidade há o consumo de substâncias entorpecentes, passando por diversas formas de tratamentos legislativos durante a história, inicialmente

²⁹ Discente do curso de Direito da UFRR. E-mail: wailerc10@gmail.com

com a liberdade da produção, venda e consumo, para a legalização e, atualmente, com a proibição.

Atualmente, torna-se cada vez mais precoce o uso das drogas pelos jovens, pois o que é ilícito reflete o ar de liberdade e rebeldia. Conseqüentemente, baseando-se na 'lei' da oferta e da procura, aumentando a procura e com a ideia de gerar lucro fácil, estimulase que cidadãos com problemas financeiros encontrem no narcotráfico uma oportunidade de crescimento financeiro.

Dessa forma, o presente artigo justifica-se por apresentar de forma sintética, como poderia vir a mudar o quadro jurídico e social do Brasil, com a implementação da legalização da maconha. Para tanto, fez-se necessário iniciar com uma breve evolução histórica da *cannabis sativa* no território brasileiro e como a atual lei de drogas está sendo aplicada, visando esclarecer suas finalidades e expondo quais objetivos são verdadeiramente alcançados.

Posteriormente será apresentada a diferença entre a descriminalização e a legalização, que são termos frequentemente confundidos, sendo que são duas estratégias completamente diferentes.

E por último será analisado como a legalização da maconha pode ser uma arma bem-vinda contra o tráfico de entorpecentes, visto que seria uma mudança radical na sociedade brasileira atual.

BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE A MACONHA NO BRASIL

O primeiro ponto de observação que deve ser feito para o estudo do tema, é que o uso de plantas psicoativas é feito pelo homem desde os primórdios da humanidade. O homem sempre esteve em busca do prazer, de algo que dê o alívio e/ou a alteração do nível de consciência.

A maconha não é uma erva nativa do Brasil, sendo assim chamada de erva exótica, onde, há especulações, que sua aparição se deu através dos escravos, nos meados de 1549 (CARLINI, 2005).

Inicialmente seu uso era livre e, somente no século XVIII a Coroa portuguesa resolveu pronunciar-se e incentivou a plantação da erva.

Somente em 04 de outubro de 1830 o Rio de Janeiro promulga a Lei de Posturas, sendo a primeira legislação que regulamenta sobre o uso, venda e conservação da maconha de forma proibitiva no Brasil, mesmo não sendo considera uma droga:

É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia. (Mott in Henman e Pessoa Jr., 1986).

Somente em 1921 que o Brasil promulgou o Decreto de nº. 4.294 que proibia a venda, mas não o uso, de substâncias entorpecentes sem legítima autorização, com penalização de multa. Foi em 1932, com o decreto nº 20.930 onde o usuário, ou a pessoa que tenham em posse a maconha, passou a ser penalizado com prisão celular e multa (TORON 1986, p. 142 apud MUNDIN, 2004, p. 44).

Mundin ensina que foi durante a ditadura que as leis contra o uso das drogas foram tomando a real forma das que possuímos atualmente, pois com a aprovação da Lei 6.368/76 a punição, recaia até as pessoas que saíssem usando roupas que obtivessem estampas da folha da maconha (MUNDIN, 2004, p. 45).

No Brasil, foi em 1980 que ocorreu a primeira manifestação pública sobre a discriminação da maconha, proposta pelo curso de filosofia da USP, onde, cabe citar, o deputado estadual João Batista Breda, o jornalista Jorge Mauther, entre outros participantes, palestraram sobre a discriminação do uso da maconha (MUNDIN, 2004, p. 47).

Após dado esse primeiro passo, diversos outros eventos ocorreram pela discriminação e legalização da maconha, vindo a ser proposto um Projeto Lei de nº 7.187 em 2014 que prevê a legalização da produção e venda da maconha, proposta pelo deputado Erico Junior.

Vale citar, também, que em 1980 o juiz Álvaro Mayrink da Costa, veio a absolver um jovem que foi a julgamento por portar uma pequena quantidade de *cannabis*, sob a justificativa de uso e costumes (MUNDIN, 2004, p.49).

A atual Lei de Drogas

A atual lei de drogas no Brasil foi promulgada em 23 de agosto de 2006, tendo natureza mista, pois sua redação prescreve aspectos, criminais, administrativos e processuais, visando à prevenção do uso. A lei instituiu o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem como objetivo o estabelecimento de normas que reprimam a produção e venda ilegal, reinserção dos usuários e dependentes do meio social, e a definição de crimes e demais medidas que forem pertinentes no que tange ao combate das drogas (CARVALHO, 1996, p. 30).

A grande diferença da atual lei de drogas com as anteriores é que ela está direcionada à prevenção do uso trazendo, em seu corpo legal, a reinserção social dos usuários e dependentes, sendo que agora usar a droga não gera mais crime, ou seja, não se torna criminoso o usuário. Outro ponto chave é a terminologia utilizada, onde deixa de usar “substância entorpecente” e utiliza a palavra “droga”, o que foi considerado um erro por Mesquita Junior, pois droga é terminologia utilizada para definir produtos quimicamente manipulados, já a maconha não passa por nenhum processo químico, sendo apenas uma erva natural. Nesse sentido, o autor defende que deveria ser utilizado o termo “psicotrópico” (MESQUITA, 2007, p. 02-04).

Cabe citar que, uma substância só será considerada ilícita quando estiver catalogada em lei ou listada pelo Poder Executivo da União, mesmo que a substância gere forte dependência.

São duas as finalidades do SISNAD, sendo a prevenção (aos usuários, sendo dependentes ou não) e a repressão (aos produtores e traficantes), sendo harmônicas hierarquicamente entre si, como traz o artigo 4º, inciso X do referido instituto legal:

Art. 4º São princípios do Sisnad: X– a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de droga e de repressão a sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Dessa forma, vê-se instaurada no Brasil, uma forma diferente de tratar com um tema de tamanha controversa, onde anteriormente era tratada com repressão excessiva, sob a ótica penalista, mas na atualidade o legislador demonstra uma maior preocupação na questão sociológica. Nessa premissa o usuário é visto como um doente, e entrando na definição de “cidadão comum”, já o traficante ou o produtor é visto como um “cidadão criminoso” adquirindo o rótulo de “inimigo público” (BIZZOTO, 2010, p.4).

DA LEGALIZAÇÃO DA MACONHA

Para que haja uma melhor compreensão do tema debatido, faz-se necessário uma análise da diferença entre a legalização e a descriminalização.

Diferenças entre legalização e descriminalização

Para fins didáticos, sobre a descriminalização da maconha, cabe citar Luiz Flávio Gomes, que explica:

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminoso. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a) a que retira o caráter ilícito penal da conduta, mas não a legaliza. b) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente, (...) A primeira pode ser chamada de descriminalização 'penal' (porque só afasta a incidência do Direito penal, mas o fato continua sendo ilícito). A segunda pode ser denominada de descriminalização plena ou total (porque elimina o caráter ilícito do fato perante todo o ordenamento jurídico) GOMES, (coordenador), 2007, p. 120).

Desse modo, é possível compreender que a prática de um ato que é considerado ilícito, o deixa de ser, não sendo mais passível de penalização.

Ao contrário do que muitos pensam, no caso das drogas, a descriminalização não significa que as pessoas não serão punidas ao usar drogas, mas sim, que a posse de pequenas quantidades não implica mais um registro na ficha policial ou encarceramento.

A legalização deve ser entendida que ela põe fim a proibição e surge à criação de mercado de produção, distribuição e consumo com regras, tributação e restrição de venda, o que não se pode confundir com a liberação total das drogas, uma vez que esta última prega extinguir toda e qualquer forma de restrição.

Nesse sentido, a maconha deixaria de ser proibida, podendo ser produzida, distribuída, comercializada e anunciada, desde que sejam seguidas as regras pré-estabelecidas, vindo o seu consumo ser livre nos lugares públicos como ocorre com o cigarro.

A legalização como estratégia contra o narcotráfico

Não existe no mundo nenhuma forma capaz de erradicar o tráfico e a violência dele gerada, todavia, existem países que possuem modelos alternativos que apresentam resultados positivos nessa luta.

O sistema que atualmente é instaurado no Brasil é falho e, por mais que sejam bem-intencionados, deixam a desejar, pois não consegue resolver os problemas propostos. Nesse mesmo sentido os defensores da legalização da *cannabis sativa* alegam que a efetivação da maconha no mercado, reduziria de forma drástica o narcotráfico.

Não obstante, com a legalização o Estado passaria a tributar o produto o que geraria recursos para serem aplicados em campanhas educativas sobre o uso, sobre os produtos médicos e farmacêuticos que são derivados da planta. Dessa forma, ajudaria no desenvolvimento da sociedade, em vez do dinheiro subsidiar o tráfico.

CONCLUSÃO

Com a análise do contexto histórico do Brasil, percebe-se que houve uma evolução político-social em relação à *cannabis*, onde inicialmente via-se sua produção, comercialização e uso livres, posteriormente legalizada com o decreto nº 4.294 e, depois de algumas outras mudanças, chegamos a proibição completa, tanto da produção, venda ou uso da substância.

Pelo que foi exposto, fica visível que o atual sistema de combate ao narcotráfico é falho e, que por mais que contenha boas intenções na legislação seus verdadeiros objetivos não são alcançados. Dessa forma foi compreendido que a proibição da erva maconha não é a melhor forma para lidar com o comércio das drogas, pois, em vez de combater a venda, esse sistema acaba valorizando o mercado ilegal.

É sabido que a maconha é prejudicial, mas em contrapartida, fica perceptível que ela pode vir a auxiliar a sociedade no combate as doenças e ajudando muitas outras pessoas com seu uso medicinal.

Todavia, para falarmos de uma futura legalização da maconha, vê-se necessária uma pesquisa mais aprofundada das consequências, pois o tema carece de estudos profundos e mais conclusivos. Porém, com o desenvolvimento do trabalho, ficou claro que a legalização da maconha é uma solução possível, para amenizar os problemas relacionados às drogas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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. Brasília, 2006.

BIZZOTTO, Alexandre. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARLINI, Elisaldo Araújo. **A história da maconha no Brasil**. 2006. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/xGmGR6mBsCFjVMxtHjdsZpC/>> Acesso em 27 de julho de 2022.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: do discurso oficial às razões de descriminalização, 2ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à Lei antidrogas**: Lei nº 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MUNDIM, Pedro Santos. **Das rodas de fumo à esfera pública**: o discurso de legalização da maconha nas músicas do Planet Hemp. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG, 2004. Disponível em: < <https://silo.tips/download/belo-horizonte-faculdade-de-filosofia-e-ciencias-humanas-da-ufmg-2004>> Acesso em 27 de julho de 2022.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SEÇÃO 2
ARTIGOS CONVIDADOS

CAPÍTULO 13

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO PENAL A CONDUTA
PREVISTA NA LEI N.º 12.990/2014: USURPAÇÃO DAS
COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOSEduarda Shirley Fernandes de Oliveira Vale Pedrosa³⁰Jhessica Luara Alves de Lima³¹

RESUMO

A adoção de reservas de vagas no concurso público da Administração Pública Federal representa instrumento concretizador da igualdade material entre pretos e brancos nos mais diversos espaços do Brasil. A presente pesquisa tem como finalidade analisar a aplicação do Código Penal a conduta prevista na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, em que o candidato não obtém a convalidação da sua autodeclaração pelas Comissões de Heteroidentificação. O estudo foi desenvolvido mediante método dedutivo, através da revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial. Verificou que a conduta de falsa declaração de candidatos no certame público da Administração Pública Federal geram efeitos na área administrativa independente da intenção em seu ato. Contudo, a aplicação da penalidade prevista no Código Penal só ocorrerá caso comprove-se o dolo na atitude do candidato em se declara de raça diversa da que pertence.

Palavras-chave: Cotas Raciais. Administração Pública Federal. Autodeclaração e Comissão de Heteroidentificação. Aplicação do Código Penal.

³⁰ Mestre em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Docente do curso de Direito da Universidade Potiguar (UnP). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ/UnP).

³¹ Pós-doutoranda em Direito pela UnB. Doutora em Direito pela UnB. Docente Adjunto A do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Possui atuação no NPJ/UFRR.

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014³² instaurou no ordenamento jurídico brasileiro a reserva de vagas para os pretos e pardos nos concursos públicos na Administração Pública Federal, na qual determinava que os candidatos que se autodeclararam como pretos e pardos concorrerão como os que denominaram da mesma forma e de forma simultânea os demais concorrerem as vagas destinadas à ampla concorrência, conforme determinou o artigo 3º do caput da legislação citada.

A legislação pátria adota como critério para concorrer as vagas de cotas raciais em concursos públicos o critério a autodeclaração³³ dos candidatos. Apesar da determinação exclusiva da autodeterminação do sujeito, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu mediante o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 41³⁴, a constitucionalidade da Comissões de Heteroidentificação³⁵ administrativa elaborada pelas próprias entidades públicas como mecanismo complementar a autodeclaração em certames públicos.

Ante as diversas fraudes que foram registradas pelos meios de comunicação³⁶, foi necessário elaborar uma regulamentação legislativa que pudesse conter a usurpação de cotas raciais por terceiros. Surgiu então a Portaria Normativa n.º 4, de 6 de abril de 2018 editada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que determina a possibilidade do processo de heteroidentificação ser utilizado de forma complementar a autodeclaração dos candidatos pretos e pardos nos concursos públicos federais como estabelece a Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014.

³² “Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União” (BRASIL, 2014)”.

³³ “A autodeclaração étnico-racial é o método de identificação racial que tem como pressuposto a ideia de que a identidade racial relaciona-se à subjetividade, cabendo somente ao indivíduo atribuir-se identidade” (RIOS, 2018, p. 225).

³⁴ A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 41 foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual determinou como constitucional “a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.” (STF, 2017).

³⁵ “As comissões de verificação vêm se consolidando, no Brasil, como mecanismo mais apropriado de verificação da autodeclaração racial, nos concursos públicos e universidades que adotam cotas raciais. Trata-se de um órgão colegiado – instituído especificamente para essa finalidade –, responsável por realizar o procedimento de heteroatribuição, deliberando sobre a veracidade da autodeclaração racial” (SANTANNA VAZ, 2018, p. 53).

A Lei nº 12.990/2014 determina que os candidatos que não obtiverem convalidação das autodeclarações indicadas no procedimento de heteroidentificação serão excluídos do certame mesmo que obtiverem pontos necessários para sua aprovação, ressaltando que sendo irrelevante a afirmação de raça/cor de boa-fé pelo candidato.

Nesse sentido, o presente estudo tem como finalidade analisar a aplicabilidade do Código Penal a conduta de autodeclaração falsa nas cotas dos candidatos em certames públicos federais previsto pela Lei nº 12.990/2014. Dessa forma, inicialmente estudará o nascimento das cotas raciais para ingressar na Administração Pública Federal e os requisitos para o gozo desse benefício; posteriormente será estudado se a conduta praticada tem implicações penais da autodeclaração não confirmada pelas comissões de heteroidentificação.

O estudo é desenvolvido utilizando como instrumentos metodológicos de natureza dedutiva, descritiva e exploratória, mediante a revisão documental, bibliográfica e jurisprudencial.

AS COTAS RACIAIS PARA INGRESSO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E OS REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DOS USUFRUTUÁRIOS

A Constituição Federal de 1988 implantou no ordenamento jurídico a justiça social, visando eliminar toda e qualquer distinção entre preto e branco que foi mantido historicamente de forma mais enérgica pelas próprias legislações durante anos. Dessa forma, a Carta Magna atual prevê expressamente a igualdade formal e a promoção da igualdade material.

O poder constituinte de 1988 determinou nas entrelinhas do texto constitucional a obrigatoriedade do desenvolvimento das ações afirmativas³⁷ a grupos marginalizados em virtude do sexo do sujeito, cor ou enfermidade, garantindo proteção ao labor feminino através de mecanismos especiais (Artigo 7º, XX da Constituição Federal) e cotas especiais para o ingresso de cargos e empregos públicos a pessoas portadora de deficiência (Artigo 37º, VIII da Constituição Federal).

Ressalta-se que as ações afirmativas não surgiram no Brasil, essas nasceram nos Estados Unidos entre os anos de 1969 e 1970 no âmbito educacional, mediante as

³⁷ As ações afirmativas são uma das modalidades de políticas públicas que determinam diferenciações benéficas para sujeitos ou parcela da sociedade com o objetivo de combater qualquer tipo de discriminação ou diferenciação mediante atitudes palpáveis (PIOVESAN, 2008, p. 890).

reivindicações do Movimento de Direitos Civis pela concretização dos direitos individuais e políticos dos pretos (HADDON, 2004, p. 30). Porém, há registros da inserção das cotas no território indiano no ano de 1948, com a finalidade de assegurar que os conhecidos como “dalits” acesso aos cargos públicos e ao ensino superior (SANTIAGO; NOBERTO; RODRIGUES, 2008, p. 140).

Nesse contexto, no Brasil foi elaborado o Estatuto da Igualdade Racial³⁸ mediante a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, essa legislação estabeleceu que o poder estatal tinha como ônus criar programas de ações afirmativas com a finalidade de combater a desigualdade entre os sujeitos (art. 4º, VII) e, assegurar no âmbito laboral da administração pública a igualdade de oportunidades aos diversos indivíduos mediante legislação especial (art. 38, § 2º).

A Universidade de Brasília (UnB) foi a primeira instituição a aderir os sistemas de cotas raciais para os pretos e pardos no ensino superior. A atitude da instituição citada ocasionou o surgimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186³⁹, elaborada pelo partido político Democratas (DEM), no qual questionava perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da reserva de vagas raciais. Na oportunidade, o Tribunal Superior reconheceu a constitucionalidade das cotas raciais implementas pela UnB.

O reconhecimento da constitucionalidade da reserva de vagas educacionais dos pretos, fez com que surgisse a Lei n.º 12.711⁴⁰, de 29 de agosto de 2012. A Lei citada determinava requisitos étnico-raciais, sociais e de saúde para ingresso do estudante nas instituições de ensino superior e médio de viés federal por intermédio de reservas de vagas.

³⁸ “Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (BRASIL, 2010).

³⁹ “EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE” (STF, 2012).

⁴⁰ “Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.” (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, adveio também a Lei n.º 12.990 em 9 de junho de 2014 que também reservou para os pretos e pardos 20% (vinte por cento) das vagas ofertadas em certames públicos para ingresso em cargos efetivos e empregos públicos da Administração Pública Federal.

A constitucionalidade da legislação foi indagada na esfera jurisdicional mediante a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 41 perante o Supremo Tribunal Federal, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Na oportunidade, o Tribunal Superior reconheceu a viabilidade da lei perante a Carta Magna em 8 de junho de 2017.

A declaração de constitucionalidade das reservas de vagas raciais em certames públicos de cargos efetivos e empregos público pelo Supremo Tribunal Federal, reconhece a coerência entre as cotas raciais e o princípio da isonomia, que fazendo uso dessa ação afirmativa visa viabilizar a igualdade material entre os sujeitos através do rateio igualitário de bens e inserção ao preto e pardo em espaços antes inalcançáveis.

A criação de reservas de vagas raciais em concursos públicos não macula os princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade e moralidade, pois para ingressar nos cargos almejados condicionam os candidatos, sejam eles pretos ou não, a obrigatoriedade de atingir pontuação mínima e demais requisitos estabelecidos via edital (BARROSO, 2017, p. 27).

Logo, as cotas raciais em certas públicos exige do candidato cotista os mesmos pressupostos de qualquer outro candidato, sendo indispensável para aqueles que irão adentrar nos cargos públicos pontuação e demais critérios exigidos para que possam exercer as funções relacionadas ao cargo que irá assumir. O grande diferencial das reversas de vagas raciais é a promoção efetiva da igualdade material entre pretos e brancos na administração pública federal.

O requisito exigido para o gozo das reservas de vagas raciais, conforme o Estatuto da Igualdade Racial em seu art. 1º, inciso IV é a autodeclaração, ou seja, poderão concorrer as cotas raciais aquele sujeito que se denomina preto ou pardo, mediante item da cor ou raça que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) adota na realização de seus questionários. Portanto, a simples declaração do sujeito como aquele que possui traços fenótipos que remetem a população preta como cor da pele escura, cabelo crespo ou encaracolado, e demais características físicas seria suficiente para classificá-lo como preto ou pardo e conseqüentemente cotista racial.

O mesmo pressuposto de autodeclaração foi adotado pelas leis n.º 12.711/2012 (Lei de Cotas Raciais em estabelecimentos de ensino) e n.º 12.990/2014 (Lei de Cotas Raciais em certames públicos da Administração Pública Federal). Contudo, destaca-se que apenas a Lei n.º 12.990/2014 em artigo segundo, parágrafo único, estabelece de forma expressa como sanção a exclusão do certame público ou anulação de seu ingresso na administração pública, caso a declaração do candidato não corresponda com a verdade fática.

Em virtude da omissão legislativa e com o objetivo de barrar a usurpação das cotas raciais por terceiros, observou-se a formação de forma administração das comissões de heteroidentificação que são órgãos administrativos que possuem a função de verificar as autodenominações fenotípicas e confirmar a declaração dos candidatos cotistas aprovados (NUNES, 2018, p.17).

As comissões administrativas de heteroidentificação nasceram devido a necessidade de assegurar que as políticas afirmativas fossem efetivadas em favor da população preta, como também instrumento utilizado para impedir o cometimento de fraudes por sujeitos. O artigo 207 da Constituição Federal foi o fundamento legal utilizado para sua criação, nele observa-se que a administração pública tem autonomia plena para conduzir e administrar suas funções (PEDROSA, 2021, p. 16).

Ao analisar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, cujo a finalidade foi discutir a Lei n.º 12.990/2014, abordou a constitucionalidade da utilização das comissões de heteroidentificação de forma concomitante a autodeclaração dos candidatos. Na oportunidade, o próprio Tribunal Superior reconheceu tanto a viabilidade da utilização de ambos os instrumentos com a finalidade de assegurar a efetividade da política afirmativa como também a sua compatibilidade com os princípios da dignidade da pessoa humana, contraditório e ampla defesa.

Ante a omissão legislativa, surgiu a Portaria Normativa n.º 4, de 6 de abril de 2018 elaborada pelo Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão com a finalidade de normatizar as comissões de heteroidentificação, sendo mecanismo complementar a autodeclaração dos candidatos, como a finalidade de assegurar que as reservas de vagas em concursos públicos federais fossem ocupadas efetivamente por sujeitos pretos ou pardos.

A portaria acima citada determinou que as comissões de heteroidentificação fossem elaboradas por cinco membros de reputação ilibada, com a residência no Brasil e que tenham se submetido a cursos ou oficinas na qual discutiu-se a igualdade racial e

mecanismos para que o racismo seja combatido. Essas exigências legais, capacita os membros das comissões de heteroidentificação para através das características fenotípicas⁴¹ convalidar a declaração do sujeito enquanto preto ou pardo nos certames públicos.

A análise unicamente fenotípica das comissões administrativas de heteroidentificação ocorre devido a existência no Brasil do racismo em virtude das características fenotípicas, e não devido ao genótipo⁴² (NOGUEIRA, 2006, p. 299). Ou seja, a prática racista brasileira ocorre por causa das características físicas e não da ascendência, fato que motiva o critério fenótipo como pressuposto.

Logo, o preconceito racial de origem tem como alvo a descendência de uma classe excluída, independente desses sujeitos deterem características fenotípicas predominante em sua ascendência. Enquanto no Brasil as práticas preconceituosas surgem em virtude do fenótipo, denominado de preconceito racial de marca (NOGUEIRA, 2006, p. 299).

IMPLICAÇÕES PENAIS DA AUTODECLARAÇÃO FALSA EM CONCURSOS PÚBLICOS

A Orientação Normativa nº 03/2016 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão normatizou as normas que devem ser seguidas pelas Comissões de Heteroidentificação nas autodeclarações informadas pelos candidatos pretos e pardos para ingresso das vagas determinadas pela Lei no 12.990/2014.

Percebe-se que o dispositivo normativo citado não regulamentou de forma suficiente no que se refere as medidas cabíveis a serem efetivadas, na situação em que a autodeclaração racial indicada pelo candidato não for confirmada pela Comissão de Heteroidentificação. Pois, mediante seu §3º do art. 2º da Orientação Normativa nº 03/2016, determinou apenas que em caso de constatação de declaração falsa, o candidato aprovado será eliminado do certame público, podendo ser submetido a outras penalidades.

É oportuno destacar o parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 12.990/2014, que determina de forma mais precisa:

⁴¹ “O fenótipo ou características físicas são pressupostos decisivos para a sociedade definir em grupos socioeconômicos os indivíduos; porém essa classificação fundamenta-se no senso comum, e não corresponde à realidade fática (PEDROSA, 2021, p. 32).

⁴² “O genótipo é determinado por uma minuciosa investigação molecular genética realizada com auxílio de equipamentos laboratoriais; o fenótipo pode ser identificado de forma simples, em virtude das peculiaridades externas físicas de cada sujeito, que são facilmente apontadas a olho nu” (PEDROSA, 2021, p. 32).

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Quando a Comissão de Heteroidentificação concluir que a autodenominação apontada pelo sujeito é falsa, o candidato será eliminado do concurso público e caso já tenha sido nomeado, haverá a revogação da sua nomeação no cargo ou emprego público, sem prejuízo de outras penalidades (BRASIL, 2014). É obrigação da Administração Pública Federal analisar a autenticidade das autodeclarações adotadas pelo candidato, e caso ocorra fraude deverá o órgão imputar as penalidades estabelecidas pela Lei nº 12.990/2014.

Enfatize-se que a legislação citada regulamentou de forma mais clara e incisiva a falsidade de autodeclaração, estabelecendo que caso a denominação racial indicada pelo candidato aprovado não seja confirmada pela Comissão de Heteroidentificação haveria a possibilidade de o sujeito interpor recurso, assegurando os princípios do contraditório e ampla defesa (SADDY e SANTANA, 2017, p. 641).

A constatação de autodeclaração falsa na seara administrativa, não gera efeitos apenas no certame público, como observa-se na parte final do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 12.990/2014. Logo, o sujeito que prestar informações falsas estará subordinado também a outras penalidades na seara penal.

Conforme o Código Penal do Brasil artigo 229, o ato de autodeclaração falsa se enquadra no crime de falsidade ideológica, para quem realiza declaração falsa em documento público ou particular, como observa-se abaixo:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Em relação a aplicação da penalidade descrita no Código Penal, deve-se ter cautela, pois a exclusão do candidato do certame ou cargo ocupado na Administração Pública Federal, independe de a autodeclaração indicada pelo candidato ter sido de má-fé, conforme o parágrafo único, do art. 2º da Lei nº 12.990/2014.

Já para imputação da penalidade em virtude do cometimento do crime de falsidade ideológica, é necessário a constatação que o sujeito desejava prejudicar o direito de alguém, criar um ônus ou modificar a verdade fática relevante. Se for constatado que não há qualquer uma das finalidades acima descritas pelo sujeito, o fato não poderá ser punido.

Dessa forma, quem se autodeclarar preto ou pardo por se vê dessa forma, não comete ato considerado crime de falsidade ideológica, pois o Código Penal somente prevê a modalidade dolosa (SADDY e SANTANA, 2017, p. 641). Logo, aquele que indicou sua autodenominação sem a intenção de usurpar reservas de vagas raciais, estarão sujeitos apenas as penalidades administrativas, ou seja, a exclusão do certame público.

O sujeito que indicar-se como preto ou pardo com a finalidade de concorrer as vagas destinadas a reserva de vagas raciais, sem que efetivamente seja membro do grupo racial informado, comete um fato doloso que macula tanto o direito dos demais candidatos como também causa um dano a própria Administração Pública Federal, sujeitando-se as penalidades previstas no Código Penal.

O grande desafio existente para a determinação da aplicação da pena atribuída aquele que praticou a falsidade ideológica na autodenominação racial em concursos públicos, na qual a indicação do candidato não foi convalidada pela Comissão de Heteroidentificação, é justamente identificar quem agiu de forma dolosa ou não, sendo mais um dos entraves que a Lei nº 12.990/2014 possui para efetivar a igualdade material entre pretos e pardos na esfera Administrativa Pública Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a aplicabilidade do Código Penal nas declarações falsas prestadas pelos candidatos nas reservas de vagas raciais na Administração Pública Federal estabelecida pela Lei nº 12.990/2014. Destaca-se primeiramente que o critério adotado nos certames públicos para ingresso serviço público federal através das cotas raciais é a autodeclaração racial do candidato. Verificou-se que a autodeclaração falsa traz para o terceiro consequências na seara administrativa e penal.

Ao candidato que não obteve a convalidação da autodeclaração pelas Comissões de Heteroidentificação sofrerão como penalidade, independente de dolo em sua conduta, a

eliminação do certame público e se já nomeado a sua exclusão da Administração Pública Federal.

Ocorre que essa esfera não é a única a imputar penalidade ao candidato que, em tese declara uma raça a qual não pertence. Caso observe-se uma conduta dolosa em usurpar uma vaga destinada aos pretos e pardos, sofrerá penalidade estabelecida pelo Código Penal por ter praticado a falsidade ideológica.

Por fim, observou-se que são necessários instrumentos complementares a autodeclaração do candidato para assegurar a efetividade das reservas de vagas determinada pela Lei nº 12.990/2014, sendo essencial a criação das Comissões de Heteroidentificação como mecanismo simultâneo as declarações raciais do candidato para vetar cada vez mais a prática de falsidade de autodeclaração racial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm . Acesso em 20 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 186**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em 20 jul. 2022.

BRASIL. LEI nº 12.990 de 9 de junho de 2014. **Reserva aos negros**, v. 20, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/ DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 08 de junho de 2017. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia . Acesso em: 07 dez. 2021.

HADDON, Phoebe. Políticas de ação afirmativa na educação superior: o caso Michigan. In: PAIVA, Angela Randolpho (Org.). **Ação afirmativa na universidade: Reflexão sobre experiências concretas no Brasil – Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Editora Puc-Rio; Desiderata, 2004. p. 25-43.

NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil**. Tempo Social, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 287-308, nov. 2006.

NUNES, Georgina Helena Lima. Autodeclarações e comissões: responsabilidade procedimental dos/as gestores/as de ações afirmativas. **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos**. Canoas: IFRS campus Canoas, p.11 - 29, 2018.

PEDROSA, Eduarda Shirley Fernandes de Oliveira Vale et al. O controle das comissões administrativas sobre o critério da autodeclaração dos pretos nas políticas públicas de cotas raciais de acesso ao ensino superior no Nordeste. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n. 3, p. 887-896, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000300010>. Acesso em: 13 mar. 2021.

RIOS, Roger Raupp. Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação. **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos**, p. 215 - 251, 2018.

SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. **Revista Jurídica da Presidência, Brasília**, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1460/1193>. Acesso em: 16 nov. 2021.

SANTANNA, VAZ Livia Maria. Sant'Anna. As comissões de verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais. **Heteroidentificação e Cotas Raciais: Dúvidas, metodologias e procedimentos**. Canoas: IFRS campus Canoas, p. 32-78, 2018.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; NORBERTO, Aurilena Pereira; RODRIGUES, Sandra Maria Coelho. **O Direito à inclusão: implantação de políticas de ações afirmativas nas IES públicas brasileiras –experiência na UFC**. Pensar, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 136-147, jan./jun. 2008.

CAPÍTULO 14

ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O DESAFIO DA PALAVRA DA VÍTIMA⁴³



Priscila Elise Alves Vasconcelos⁴⁴
Rhannele Silva de Pieri⁴⁵

RESUMO

Em pleno século XXI com tantas informações nos mais diversos meios de comunicação, o crime de estupro continua em lamentável posição de destaque. Não diferente está a presença de vítimas vulneráveis que em muitos casos não têm a sua voz ouvida pela sua condição. O presente artigo busca demonstrar que o tema estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação são carentes de provas. Tendo em vista que não necessariamente restarão vestígios da relação, o depoimento da vítima ganha especial relevo, sendo imprescindível para a coleta de provas. A pesquisa foi feita com base em dados oficiais e bibliografia específica, a fim de dar uma abordagem simplificada sobre o tema, além de acessível a todo e qualquer leitor.

Palavras-chave: estupro; palavra da vítima; provas.

INTRODUÇÃO

Em todas as legislações mundiais sempre se buscou mostrar o que é moral dentro de cada sociedade.

Apesar do respeito a determinados costumes, é preciso verificar que a moral muitas vezes interfere na tutela penal. Quando esta análise é trazida para o Brasil, é fácil verificar

⁴³ Artigo publicado originalmente no JUS.BR (Estupro de vulnerável: a palavra da vítima e os riscos da condenação - Jus.com.br | Jus Navigandi).

⁴⁴ Professora Adjunta da Universidade Federal de Roraima – CCD/UFRR. Pós-Doutora em Direito das Cidades (UERJ). Doutora em Direito (UVA). Mestra em Agronegócios (UFGD). Especialista em Meio Ambiente (COPPE UFRJ) e Direito Público e Privado (EMERJ ESA). Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability.

⁴⁵ Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS), campus de Dourados. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade LEGALE, em São Paulo. Atualmente atua como estagiária de pós-graduação do Ministério Público Estadual do Mato Grosso do Sul.

que nos casos de crimes sexuais há uma extrema necessidade de tutela do Estado em benefício vulnerável, que proteja a sua dignidade, a sua moral, sua honra objetiva e subjetiva.

No período colonial brasileiro, o Direito Lusitano era o que regia face a ausência de legislações nacionais. Ainda que não houvesse um texto claro sobre a violência nos crimes sexuais, era de fácil percepção no ordenamento. O livro V das Ordenações Filipinas previa o delito dos que dormem com mulheres órfãs ou menores que estão em seu cargo.

Surge em 1830 o primeiro Código Criminal do Império, trazendo um capítulo específico para tratar dos “Crimes Contra a Segurança da Honra”. Nele, era previsto o delito de estupro (<https://jus.com.br/tudo/estupro>) no artigo 219, sendo a pena para quem praticasse esse ato com menores de 17 (dezesete) anos era a expulsão da comarca onde residia a vítima por um a três anos ou o casamento com a vítima, impedindo a aplicação da penalidade.

Depois de muito tempo em que os estudiosos discutiram sobre a idade que a pessoa inicia o discernimento, concluiu-se pela redação do Código Penal de 1940, no seu artigo 224, onde era previsto o cometimento mediante violência se a vítima fosse menor de 14 (catorze) anos. Não demorou muito e começou a se perceber que a presunção de violência trazia decisões judiciais injustas.

Em determinados casos, alguns menores de 14 anos já se apresentavam desenvolvidos, tanto físicos como psicologicamente, tendo plena noção do ato sexual. Inclusive, segundo Fragoso (1983), a presunção de violência deve desaparecer da lei, pois não corresponderia à realidade, sendo aplicada uma decisão injusta.

Por conseguinte, revogando-se o antigo texto legal (Código Penal, 1940), passou a vigorar a lei nº 12.015/2009, tipificando o crime de estupro de vulnerável, ao inserir o artigo 217-A, no Código Penal Brasileiro. O referido artigo evidenciou a vulnerabilidade absoluta para qualquer ato libidinoso praticado contra menor de 14 anos, independente do sexo e de consentimento da vítima, tendo como punição a pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

GENERALIDADES DO ARTIGO 217-A CP: NÚCLEO DO TIPO

A previsão legal desse crime abarca dois verbos: ter e praticar. Assim, remete-se a ideia de que violência é desnecessária, uma vez que o caput do artigo 217-A do Código Penal deixa claro que se configura o crime, não apenas o ato sexual in concreto, mas a

prática de qualquer ato libidinoso com vulnerável.

Prado (2011) traz o significado das expressões conjunção carnal, consistindo esta na cópula natural efetuada entre homem e mulher, com introdução do pênis na cavidade vaginal. Ato libidinoso, elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência, como por exemplo sexo oral ou lingual, masturbação, toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima, usos de instrumentos mecânicos ou artificiais, entre outros.

Já que os elementos objetivos desse crime são conjunção carnal e ato libidinoso, o elemento subjetivo será o dolo, ou seja, a livre manifestação de vontade de praticar esses atos com o vulnerável. Há a necessidade, ainda, que o agente saiba da idade da vítima ou que ela aparente ser menor de 14 anos, caso contrário será erro de tipo, o que exclui o dolo.

PALAVRA DA VÍTIMA X CONDENAÇÃO INJUSTA

A principal abordagem deste trabalho envolve os riscos que existem por trás da condenação. Em determinadas situações, aqueles acusados de estupro, sem necessariamente ter a conjunção carnal, sofrem uma condenação penal sem a existência de provas físicas suficientes, fragilizando o sistema com decisões fundadas apenas na palavra das vítimas.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, nos casos de estupro e assédio sexual, o depoimento da vítima tem valor de prova e pode ser suficiente para a condenação do agressor. É o que revelam 114 acórdãos deste Egrégio Tribunal, onde é possível destacar alguns para melhor elucidação:

CRIMINAL. RESP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDO GRAU. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEV. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. RECURSO PROVIDO.

Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente, da palavra da vítima-menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato -, e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório.

Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. Precedentes.

Recurso provido, nos termos do voto do Relator (STJ. RESP 700.800- RS. 2005) ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA - PALAVRA DA VÍTIMA - VALIDADE INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A OCORRÊNCIA DE ATO LIBIDINOSO - FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO -

INVIABILIDADE POR TRATAR-SE CRIME HEDIONDO - DOSIMETRIA DA PENA CORRETA.

Assente na jurisprudência que nos delitos contra os costumes, pela sua própria natureza, a palavra da vítima assume excepcional relevância, particularmente quando coerente e harmoniosa com os demais elementos dos autos. A versão da vítima para os fatos deve prevalecer sobre as negativas do acusado, salvo se provado de modo cabal e incontroverso que se equivocou ou mentiu. É infundada a tese de suspeição dos demais depoimentos testemunhais levantada pela defesa tardiamente, sem obediência a dispositivos legais aplicáveis ao caso, art. 214 do CPP, notadamente quando não se constata qualquer contradição entre as declarações prestadas pelas testemunhas. Sabe-se que, em delitos de natureza sexual, especialmente o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, nem sempre deixa vestígios, o que torna desnecessária a realização de laudo pericial. O estupro e o atentado violento ao pudor, em qualquer situação, são hoje considerados crimes hediondos sendo o regime de cumprimento de pena o integralmente fechado, "ex vi" do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos. A quantidade de pena privativa de liberdade fixada de maneira fundamentada e correta não merece revisão para acertos.

(TJMG. Apelação Criminal n. 1.0400.99.0000806-4/001. 2005)

Portanto, sendo a palavra da vítima uma prova substancial, a falta de um laudo pericial não é decisivo para a caracterização de estupro, de acordo com o entendimento trazido pelo STJ.

Ao condenar o acusado, assumem-se riscos baseados apenas em palavras, visto que não são raros os casos que tem repercussão na mídia envolvendo inocentes condenados e indiciados por estes crimes.

As crianças e pré-adolescentes são facilmente influenciáveis por palavras ou situações. Ao serem ouvidas, por não quererem desagradar os que estão lhe acompanhando e não tem nem a coragem de desmentir o que disseram, acabam por muitas vezes relatando situações fantasiosas. Um caso desse tipo aconteceu em Salvador, no município de Nova Sussuarana, em que um homem foi condenado indevidamente pelo estupro de sua vizinha, na época com 12 anos de idade. Porém, de acordo com a Defensoria Pública da Bahia (2012) “aquela adolescente que o acusou, hoje mulher feita, resolveu falar a verdade: não houve estupro e nem mesmo assédio. Ao juiz da Vara de Execuções Penais, ela revelou que toda a história fora criada por sua mãe. E que o referido homem sequer a tocou”

Há vários outros casos em que houve condenação, baseando-se apenas em palavra da suposta vítima. Algumas até se retratam e assumem seu erro, como na Revisão Criminal número 50016903TJ/PI:

Ementa

PENAL - REVISÃO CRIMINAL - CRIME DE ESTUPRO - JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL - VÍTIMA QUE DECLARA HAVER MENTIDO AO PRESTAR SEU

DEPOIMENTO EM JUÍZO - VACILAÇÕES DA OFENDIDA QUE DESQUALIFICAM A SUA PALAVRA E DESAUTORIZA A CONDENAÇÃO DO RÉU.

Nos crimes de estupro, a palavra da vítima é de grande relevância. As suas vacilações deitam a perder a prova, já que em tema de crime contra os costumes fundamental é a sua palavra. Se ficou manifesta a sua incoerência, inclusive com retratação, impõe-se a absolvição do réu. Revisão Criminal conhecida e provida.

Acordão

Como consta da ata de julgamento, a decisão foi a seguinte: Acordam os componentes das Egrégias Câmaras Reunidas Criminais, por votação unânime, em conhecer da presente Revisão Criminal, para dar-lhe provimento no sentido de absolver PEDRO RODRIGUES DE SOUSA, de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Além desses tipos de casos de influências, há casos em que as crianças, para prejudicar seus padrastos, acabam causando determinadas situações para acusá-lo. Há casos em que a “vítima” diz reconhecer seu estuprador por fotos e acaba se enganando.

A contaminação por falsas memórias é algo ainda pouco estudado no sistema brasileiro. Não raro às vítimas, sem que tenha sido colhido formalmente seu depoimento e a descrição do autor e suas características, é apresentado o famoso “álbum de fotografias” ou mesmo as “imagens de computador” dos agentes que já passaram por investigações policiais ou que os policiais possuem a intuição da autoria.

Há, com isso, a apresentação do conjunto dos agentes e, muitas vezes, instigação pelo reconhecimento. A sequência visual das pessoas em cenas traumáticas é diversa da acontecida em situações normais, dado que a fixação dos olhos se dá justamente no que lhe é estranho, causador de temor e medo. A questão é saber se é possível condenar alguém a uma pena significativa com uma prova duvidosa em face dos desenvolvimentos da psicologia — especialmente da psicologia cognitiva (LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre, 2014).

Situação interessante ocorreu no Rio Grande do Sul, em 2014. Um jovem de 22 anos foi acusado de ter cometido o crime de estupro, após a vítima “reconhecê-lo” por uma foto nas redes sociais. Somente após um ano de condenação, a menina confessou que mentiu no depoimento (G1, 2017).

Já o processo judicial (nº 0319101-44.2014.8.05.0001 TJ/BA), relata o caso de uma jovem de 12 (doze) anos, que após a separação dos pais não aceitou o padrasto dentro de casa e por influência do pai, o acusou de estupro. Edmilson Gonçalves dos Santos, foi condenado a dez anos em regime fechado. Apenas três anos depois, ela revelou a farsa. Nesse caso o juiz também o condenou apenas no depoimento da vítima e da testemunha que seria o pai manipulador.

Não bastando a pena extremamente alta, os condenados por crimes de estupro são

marcados em presídios, sendo frequentemente vítimas de violência sexual e física. E, objetivando evitar esse tipo de situação, os agentes das penitenciárias os colocam em celas isoladas, o que torna o convívio impossível, acabando com o estado emocional do ser humano. No caso demonstrado Edmilson relatou que logo que chegou ao Complexo Penitenciário de Mata Escura, foi espancado por diversos presos. Conta ainda que ficou sem respirar e chegou a sair sangue pela sua boca, e ainda conta que foi molestado por outros presidiários. A situação desse rapaz só mudou depois que a juíza, soube do novo depoimento da enteada do acusado, aí a própria direção do presídio o separou dos demais presos.

PROJETO DEPOIMENTO SEM DANO

Apesar de toda especificidade do caso, não existe previsão legal exclusiva para a oitiva das crianças e adolescentes, vítimas de crime sexuais, restando aos inquiridores a utilização do mesmo procedimento de tomada de depoimentos de adultos. Assim, por não considerar a condição peculiar de desenvolvimento da vítima, além do risco de lhe provocar dano psicológico, incorre-se, ainda, no perigo de prejudicar a confiabilidade da prova produzida com base no relato do infante (BITENCOURT, 2007, p. 272).

Com isso, a criança tem que relatar mais de uma vez, seja na fase policial seja na judicial, falar sobre o ato sexual e o abuso sofrido com detalhes e ainda há o despreparo de alguns profissionais que desconhecem técnicas que poderiam melhorar a coleta do relato.

Planejando oferecer uma solução para esse tipo de situação, o projeto denominado “depoimento sem dano” de um juiz do Rio Grande do Sul, José Antônio Dalto e César, visa atender de maneira diferenciada os menores, supostas vítimas desses delitos sexuais.

Esse projeto teve origem em maio de 2003, com base na dificuldade em tomar o depoimento de menores, além da preocupação para a insuficiência de provas.

Segundo o precursor do projeto, busca-se reduzir o dano provocado, garantindo os direitos do menor, valorizando assim sua palavra e melhorar a qualidade da prova produzida, muitas vezes a única do processo (CÉZAR, 2007, p.62).

O referido magistrado propôs retirar o menor do ambiente formal da sala de audiências e colocar em outra projetada com áudio e vídeo ao local onde se encontra o juiz; o menor ficará acompanhado de psicólogo e assistente social e o depoimento será gravado, para evitar que o menor seja interrogado novamente. Um exemplo de que este

projeto está sendo devidamente aplicado é o RESP 132.4075 (tel:132.4075)/PR:

PROCESSO CIVIL. PROVA. PERÍCIA. 1) INTIMAÇÃO DE ASSISTENTES TÉCNICOS. NECESSIDADE - 2) FILMAGEM DE ENTREVISTA. REQUERIMENTO DA PARTE INDEFERIDO. 3) DISTINÇÃO DO CHAMADO DEPOIMENTO SEM DANO.

1.- De acordo com precedentes desta Corte, na perícia psicológica os assistentes técnicos devem ser previamente intimados para entrevistado perito judicial com o menor. 2.- Não tem a parte direito de exigir a filmagem ou a gravação da entrevista pericial com o menor, assinalando-se que já dispõe, aparte, da presença do seu assistente técnico no ato. 3.- A pretendida filmagem ou gravação de entrevista pericial com o menor não se confunde com o chamado "depoimento sem dano", objeto da Recomendação CNJ nº 33, de 23.11.2010, ato judicial, reservado à opção do Juízo, ante a necessidade, ao seu prudente arbítrio e sem imposição das partes, para efeito de formação de convicção necessária ao julgamento. 4.- Recurso Especial (<https://jus.com.br/tudo/recurso-especial>) provido em parte, apenas para determinar a intimação dos assistentes técnicos, mantido o indeferimento de filmagem ou gravação da entrevista pericial com os menores.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (*IN DUBIO PRO REO*)

Após a evolução histórica da norma incriminadora até o presente artigo 217-A, agora se faz necessário a observação do tema sob a visão do princípio constitucional do princípio da presunção de inocência. Tendo em vista que a Constituição Federal é a nossa lei suprema, toda legislação infraconstitucional deverá absorver e obedecer tal princípio.

Este direito serve tanto para proteger os indivíduos de possíveis abusos do Estado, quanto para regular as atividades do mesmo. De acordo com Carvalho (2005), os direitos os direitos fundamentais apresentam duplo caráter, tanto como direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, direitos públicos subjetivos, quanto como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar, daí a figura do status apresentar-se como mais adequada de que a do direito subjetivo para caracterizá-los.

“A doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em gerações, sendo a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 57).

O Brasil tem hoje textos legais, de valor constitucional e infraconstitucional, que asseguram tal princípio. No art. 5º, §2º da CF/88 e o Pacto de São José da Costa Rica,

como o art. 5º, LVII da CF/88 reconhecem integralmente o Princípio da Presunção de Inocência. E é possível ver a adoção desse princípio no código de processo penal, na regra prescrita no artigo 386, II: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:(...)VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

Esse princípio é de extrema importância para o processo penal, visto que em decorrência dele, tem-se que o ônus da prova é do Estado, por meio do Ministério Público, que tem a missão de provar a culpabilidade do imputado, sob o risco do mesmo ser absolvido por falta de provas.

Restou demonstrado então que o acusado deve ser presumidamente reconhecido como inocente. O que se critica aqui, é a falta de provas em processos relacionados a estupro de vulnerável. Por mais que se tem entendimentos dizendo que a palavra da vítima é suficiente para a caracterização do estupro, está provado que não, visto as várias condenações indevidas no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É verdade que nem sempre o acusado é condenado injustamente, alguns realmente praticam o ato e merecem a devida punição. O presente artigo não defende o argumento de que a criança ou adolescente sempre estará relatando o que realmente aconteceu, mas de se atentar aos cuidados que devem ser tomados em sua oitiva. Com base nos julgados, é demonstrado que a palavra da vítima influencia a decisão a ser tomada pelo magistrado.

Sendo assim, o estudo demonstra a necessidade urgente e emergente de conscientização e capacitação dos profissionais que servir a situações como as apresentadas, tendo como finalidade a produção de uma prova de qualidade. Uma condenação pautada exclusivamente na palavra da vítima, nesses tipos de crimes, exige uma segurança notável de que se está indo pelo caminho certo. E se restar qualquer dúvida, o princípio do in dubio pro reo deverá ser aplicado no seu máximo valor.

As conseqüências da condenação nestes tipos de crimes destroem a vida do condenado inocente, é a morte de sua reputação perante a sociedade e é a garantia para o seu sofrimento dentro das prisões, com praticas que já conhecemos e ignoramos. Ser condenado injustamente é por fim a sua “pena de morte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Luciane Potter. Vítima sexual infanto-juvenil: sujeito ou objeto do processo judicial. Revista da AJURIS/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. V. 34, n 105. pp. 265-285. Porto Alegre: AJURIS, 2007.

CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. Curso de Direito Constitucional (<https://jus.com.br/tudo/direito-constitucional>). São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Adelina de Cácia Bastos Oliveira. Violência Sexual Presumida. Curitiba: Juruá, 2005.

CÉZAR, José Antônio Daltoé. Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Defensoria Pública da Bahia. Acusado injustamente é solto com revisão criminal proposta pela defensoria da Bahia. (Disponível em: <<https://dp-ba.jusbrasil.com.br/noticias/2964861/acusado-injustamente-e-solto-com-revisao-criminal-proposta-pela-defensoria-da-bahia>> Acesso em: 22/03/2017).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos (<https://jus.com.br/tudo/direitos-humanos>) Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal (<https://jus.com.br/tudo/direito-penal>) - parte especial: arts. 213 a 259 CP. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JARDIM, Lauro. Depoimento de vítima de estupro vale como prova. (Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/stj-depoimento-de-vitima-de-estupro-ou-assedio-sexual-vale-como-prova.html>> (<http://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/stj-depoimento-de-vitima-de-estupro-ou-assedio-sexual-vale-como-prova.html>)>. Acesso em: 22/03/2017).

LIVRO V. Ordens das Filipinas. (Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>. Acesso em: 22/03/2017).

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Memória não é Polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais. Revista Consultor Jurídico, 07/09/2014.

MELO, Zélia Maria de. Os estigmas: a deterioração da identidade social. PROEX, ano 2005.

PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial – art 121 a 249. 9 ed., rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão. (Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/tj-sao-paulo-condena-pastor-molestar.pdf> (<http://s.conjur.com.br/dl/tj-sao-paulo-condena-pastor-molestar.pdf>)>. Aceso em: 22/03/2017)

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Memória não é Polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais. Revista Consultor Jurídico, 07/09/2014)

CAPÍTULO 15

DIREITOS HUMANOS E DISCRIMINAÇÃO RACIAL



Jhébica Luara Alves de Lima⁴⁶

RESUMO

O presente artigo tem por escopo fazer um breve estudo sobre a discriminação racial no Brasil. O ato de discriminar agride os Direitos Humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. A discriminação racial possui duas formas, a direta e a indireta, sendo esta última, a mais cruel, mascarada sob diversas atitudes e normas criadas com um cunho eminentemente racista. Existe previsão para a punição da discriminação racial no ordenamento jurídico brasileiro. A intolerância é o fator que impulsiona um país veladamente racista, devendo ser veementemente combatida. Visando diminuir e/ou erradicar a discriminação racial no Brasil, foi sancionado o Estatuto da Igualdade Racial. A educação é o fator que rege um país civilizado. O combate à discriminação racial é apenas mais uma das formas de educar a sociedade para aprender o que é, de fato, humanidade.

Palavras-chave: Discriminação racial. Direitos humanos. Dignidade da pessoa humana.

INTRODUÇÃO

A iniciativa de produzir o presente estudo se deve ao incentivo do curso de especialização em Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, na produção de trabalhos acadêmicos com vistas ao aprimoramento da escrita e estímulo à pesquisa. Outrossim, a escolha da temática se deve ao ímpeto de estudar e investigar a discriminação racial, suas bases, e o seu contexto a nível de Brasil nos tempos hodiernos, uma vez que a temática sempre se mostra atual devido ser um tema polêmico.

⁴⁶ Pós-doutoranda em Direito pela UnB. Doutora em Direito pela UnB. Docente Adjunto A do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Possui atuação no NPJ/UFRR.

O raciocínio e meditação sobre a temática que se pretende introduzir decorre da preocupação estimulada pela leitura de obras jurídicas, manifestações em caráter jurisprudencial, constantes alterações na legislação sobre a temática, bem como pelo comportamento da sociedade frente à preservação dos direitos humanos e o incentivo ao respeito à igualdade.

A discriminação racial é, muitas vezes, mascarada, o que se faz sob diversos tipos de condutas, todas temerosas com relação à aplicabilidade das normas de combate ao racismo, e ao papel que o Poder Judiciário vem desempenhado nas últimas décadas.

Apesar de tímidas, as mudanças na legislação e na jurisprudência pátrias têm sido significativas, se comparada a séculos de exploração e desrespeito à população que, outrora, não se enquadrava no modelo padrão de ser humano digno de consideração.

DIREITOS HUMANOS

Conceituar o que seriam os Direitos Humanos não é tarefa simples, no entanto, é comum ouvir que são aqueles próprios da pessoa humana, direitos os quais nenhum ser humano pode ser privado, sob pena de violação de sua honra, qualidade subjetiva por excelência.

A concepção atual de Direitos Humanos está estabelecida no mais importante documento jurídico em matéria de direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris no ano de 1948, onde elenca os direitos ínsitos a todos os seres humanos.

Assim sendo, os direitos humanos são um conjunto mínimo de direitos que possibilitam ao ser humano viver em sociedade com dignidade. Os Direitos Humanos equivalem às necessidades fundamentais da pessoa humana, resguardados pelo princípio de que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de nenhuma modalidade entre os brasileiros⁴⁷. A todos os seres humanos é de ser garantido o respeito devido, em igualdade de condições, sem preferência, com exceção aos casos de pessoas em condições de vulnerabilidade que, per si, necessitam de condições especiais.

⁴⁷ O princípio da igualdade é extraído da Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, caput, e diz: “ - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)” Não fere o princípio da igualdade o fato de tratar os iguais de forma igual e os desiguais desigualmente, desde que esse conceito seja utilizado para equiparar as pessoas no sentido de lhes resguardar direitos e garantias individuais.

Os Direitos Fundamentais, por seu turno, são os direitos do homem, os quais estão efetivamente tutelados pelo Estado, através de seus preceitos constitucionais. Desse modo, são os direitos reconhecidos e consagrados pelo Estado, devendo ser garantidos por meio de medidas eficazes ao combate a discriminação. Esses direitos consubstanciam-se nos direitos vigentes de uma sociedade democrática que prima pela ordem jurídica da nação.

Todo ser humano é detentor de direitos, alguns inerentes a simples condição de ser humano. Esses direitos não podem ser violados por puro preconceito, cabendo à lei regular atitudes discriminatórias, garantido às pessoas a preservação de seus direitos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dignidade humana é uma qualidade inerente ao ser humano, decorrente do simples fato de existir, fazendo parte de uma característica natural do próprio homem. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental irrenunciável e inalienável.

O homem é credor de um mínimo de direitos, os quais independem de qualquer critério, com exceção do simples fato de possuir condição humana, tendo sob seu domínio características atribuídas apenas aos seres humanos.

Segundo Pena Júnior (2008, p. 10), “a dignidade da pessoa humana é tão importante que, mesmo aquele que a desconhece, merece tê-la preservada”. Desse modo, a admissão como verdadeiro de que a dignidade é essencial a todos os seres humanos, pressupõe, de alguma maneira, que todos os outros direitos consagrados ao homem na Declaração Universal dos Direitos Humanos possam decorrer da dignidade humana e a ela devem observar.

Seguindo essa linha, é de se concluir que o só fato de ser pessoa humana é suficiente para que se possua dignidade, base dos valores morais de uma sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana está consubstanciado na Constituição Federal do Brasil, idealizada sob a rubrica de um Estado Democrático de Direito. A Carta Política estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, *verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da

pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

O princípio da dignidade da pessoa humana orienta os demais princípios elencados na Constituição Federal Brasileira e implica inferir que o Estado existe em função do indivíduo e não propriamente as pessoas existem em função do Estado. O ponto de convergência principal deixa de ser o Estado e se transmuda para a pessoa humana.

O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) diz que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca do homem, carecedora de normas legais para sua preservação, nos seguintes termos:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente ao ser humano. O ato de discriminar outrem, por si só, fere esse princípio, tendo em vista que todos são iguais perante a lei, não devendo haver distinção ou tentativa de imposição de uma raça sobre outra, até porque, inexistente raça diversa da humana entre seres humanos.

DISCRIMINAÇÃO RACIAL

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10) é um documento recente, publicado em 20 de julho de 2010. Esse estatuto traz o conceito de discriminação racial e assim dispõe:

Art. 1º (...) Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se: I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

Existem dois tipos de discriminação racial, a discriminação racial direta e a discriminação racial indireta⁴⁸.

A discriminação racial direta é simples de ser identificada, pois resulta do comportamento humano, o qual transparece através de atitudes de cunho negativo, como ofensas, xingamentos, segregação ou até mesmo violência física. Esses comportamentos são lançados em face da cor, atingindo diretamente a pessoa ofendida em seu âmago.

A discriminação racial é punida através da legislação nacional, norteadas em documentos internacionais pela não discriminação. A Organização das Nações Unidas (ONU), através de recomendações, tem fortalecido, ainda mais, a legislação nacional e de diversos países em face do racismo. Desse modo, uma vez que a discriminação racial direta é facilmente detectada, existindo previsão legal para a punição de quem pratica racismo, há um maior receio da sociedade, tendo o número de atos racistas diminuído de forma considerável, porém, não pela conscientização das pessoas, mas por receio de sofrer alguma penalidade.

De outro lado, tem-se a discriminação racial indireta. Esta forma de discriminação é proveniente de um comportamento racista mascarado através de atitudes com cunho discriminatório implícito. A discriminação racial surge de forma oculta nas normas, leis, políticas públicas, entre outras práticas cotidianas aparentemente desprovidas de qualquer aspecto discriminatório, mas que por trás possuem caráter extremamente racista.

A diferença básica entre a discriminação racial direta para a discriminação racial indireta, funda-se, também, no tipo de punição. Àquela, pune-se de forma imediata, bastando a sua constatação, e toma por base o princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, já a outra forma de discriminação racial permite justificativa por parte da parte adversa para que esta possa fazer prova de sua não intenção discriminatória.

Tanto uma como outra, serão analisadas pelo Judiciário de acordo com sua competência para julgar, tudo com vistas a reduzir os índices de discriminação racial no Brasil.

Cumprido destacar que preconceito é uma forma de pensar previamente sobre algo ou alguém sem conhecê-lo(a), é a rotulação que se faz a alguém ou a um grupo de pessoas. O preconceito direciona no sentido a discriminar toda uma coletividade, sendo

⁴⁸ Referidas nomenclaturas foram criadas a nível internacional e vêm sendo utilizadas atualmente pela doutrina como forma de demonstrar que o preconceito racial não é, necessariamente, uma atitude que agride diretamente, mas aquela que surge de diversas maneiras capciosas.

esta ofensa chamada de racismo, a qual, por sua vez, acaba por agredir diretamente o indivíduo, por meio de atitudes de cunho negativo sobre outrem.

Preconceito → Racismo → Discriminação

Esse ciclo vem sendo combatido através de grupos e movimentos sociais, bem como tem sido ajudado pela evolução legislativa em matéria de combate a discriminação. A evolução da legislação de proteção a discriminação racial ainda é tímida, pois a discriminação no Brasil é proveniente de séculos de exploração e opressão em face dos negros, cabendo aos poderes executivo, legislativo e judiciário, tomar as providências cabíveis para evitar a disseminação de práticas de segregação e exclusão, e promover a integração de todos.

O PODER JUDICIÁRIO FRENTE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL

A Constituição Federal diz, expressamente, em seu artigo 4º, no inciso VIII, que o Brasil repudia o racismo⁴⁹. A discriminação racial é sentida não somente em meio à sociedade, mas o judiciário já vem se manifestando, consideravelmente, acerca de casos de discriminação racial.

Há uma certa dificuldade em diferenciar a discriminação racial da injúria. Ocorre que a discriminação racial, muitas vezes, surge no contexto do trabalho. Os magistrados, temerosos por considerar determinadas empresas como manifestamente preconceituosas, acabam por não conceder indenização ao ofendido. Apesar dos inúmeros processos promovidos na Justiça do Trabalho, muitas são julgadas improcedentes por ausência de provas.

O maior problema da discriminação é reconhecer a sua presença em determinado ato. Quem sofre o constrangimento e a humilhação de ser diminuído em razão de sua cor, compreende o claro conceito de discriminação racial.

O Judiciário, por sua vez, tem negado muitos pedidos de indenização por discriminação racial. Por um lado, ele assim o faz pelo fato de o Brasil ser um país dito democrático e que respeita os direitos humanos, a igualdade, esquivando-se sempre de abordar a questão racial, como se o Brasil fosse um país livre de preconceitos. Por outro

⁴⁹ Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

lado, nega os pedidos formulados pelo(s) ofendido(s) em uma tentativa de evitar um número elevado de ações judiciais nesse sentido.

Geralmente, quando o juízo de primeiro grau concede a indenização, o Tribunal entende por excluir essa condenação. Nesse sentido, segue trechos de decisão proferida em sede de 2º grau no TRT 21ª região, *verbis*:

O outro motivo pela qual a empresa foi condenada a pagar indenização por dano moral ao recorrido decorreu de ato de discriminação. (...)

Em seu depoimento pessoal, o reclamante recorrido afirma que o Sr. Luís é empregado de uma prestadora de serviços da reclamada, a empresa Karga;... que em um café da manhã da empresa estava passando uma reportagem sobre a eleição do Presidente dos E.U.A, quando o depoente chegou e entrou na fila atrás do Sr. Luís; que esse senhor então olhou para o depoente e disse na frente de mais de trinta pessoas que `negro não merece ter poder, essa raça tem que morrer e se eu pudesse acabaria com todos; que algumas pessoas inclusive pediram para que ele parasse, que aquilo não era brincadeira; que o depoente foi falar diretamente com o seu supervisor Sr. Júlio Miranda, mas ele apenas mandou o depoente ir trabalhar e disse que depois resolveria isso; que o supervisor não tomou nenhuma providência e como o depoente passou a cobrar alguma atitude dele, sua situação na empresa começou a ficar ruim (fl. 69). (grifei).

O preposto da reclamada recorrente em seu depoimento deixou evidente que ficou sabendo que o reclamante teria sofrido esse tipo de agressão verbal (fl. 69), o que torna incontroverso a ocorrência do episódio retratado pelo reclamante recorrido.

Todavia, não se percebe dos autos que o reclamante tenha realmente se sentido profundamente ofendido com os comentários proferidos pelo empregado da empresa terceirizada, (...)

Demais disso, também é oportuno ressaltar que a frase dita pelo funcionário da empresa terceirizada, embora preconceituosa e de extremo mau gosto, não foi direcionada diretamente ao reclamante, mas posta de forma generalizada, o que também dificulta o deferimento da indenização por dano moral, requerida na inicial. E mais, o ofensor das palavras, Sr. Luís, foi advertido pela empresa terceirizada, sofrendo a penalidade disciplinar respectiva.

(...) Ante o exposto, conheço do recurso ordinário e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para excluir da condenação a indenização por dano moral relativa à prática de racismo, fixada no valor de R\$ 25.000,00, nos termos da fundamentação. É como voto. Acordam os Desembargadores Federais e a Juíza da Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário. Mérito: por maioria, dar provimento parcial ao recurso ordinário para excluir da condenação a indenização por dano moral relativa à prática de racismo, fixada no valor de R\$ 25.000,00, nos termos da fundamentação; vencida a Juíza Lygia Maria de Godoy Batista Cavalcanti que lhe negava provimento. Natal/RN, 07 de abril de 2010. Eridson João Fernandes Medeiros. Desembargador Relator⁵⁰

Muitos casos de discriminação racial se afiguram no momento da busca de um emprego, em que candidatos negros não são aprovados na fase da entrevista, mesmo possuindo um histórico acadêmico/profissional “invejável”. Este caso se afigura como

⁵⁰ RO-00692-2009-007-21-00-2. fl. 01. Acórdão nº 92.508 Recurso Ordinário nº 00692-2009-007-21-00-2. Desembargador Relator: Eridson João Fernandes Medeiros. Recorrente: Norsa Refrigerantes Ltda. Advogados: Ana Eliza Ramos Sandoval e outros. Recorrido: Rogério dos Santos Nascimento. Advogado: Nilson Rodrigues Barbosa. Origem: 7ª Vara do Trabalho de Natal/RN. Divulgado no DEJT nº 465, em 26/04/2010(segunda-feira) e Publicado em 27/04/2010 (terça-feira). Traslado nº 371/2010.

sendo discriminação racial direta, apesar de muitas vezes não ser a demanda julgada adequadamente.

Em processos de indenização nesses casos, os magistrados costumam julgar tomando por base os conhecimentos estritos da lei, sem levar em consideração uma análise estatística dos selecionados para o labor, sem nomear profissionais especializados para fazer essa avaliação.

É por uns e outros julgados nesse sentido que se passa a refletir se para os magistrados brasileiros inexistente discriminação racial no Brasil. Analisar as estatísticas quando do ingresso dos profissionais nas empresas privadas seria uma forma não só de detectar a existência de discriminação racial, como também a sua inexistência, para uma fundamentação mais consistente no momento de proferir uma sentença judicial.

Comprovar a existência de discriminação racial indireta se afigura uma questão bastante complexa. Há, ainda, muita confusão entre o que seria crime de racismo e crime de injúria, aquele referente à coletividade e este relativo à pessoa como ser individual.

Mesmo diante de toda essa negação da existência de discriminação por parte da sociedade e, muitas vezes, do Estado, movimentos de combate ao preconceito racial tem sido importante instrumento na luta contra a discriminação. Por oportuno, a legislação atual tem sido ampliada no sentido de abordar temas antes olvidados pela sociedade.

Dessa forma, a construção e/ou recuperação da cidadania outrora esquecida, vem sendo reavivada no cenário nacional através da influência da legislação internacional de combate à discriminação, preservando o princípio da igualdade, o qual está diretamente atrelado ao princípio da não discriminação, previsto no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

A LUTA PELA IGUALDADE RACIAL EM PROL DA CIDADANIA

Os doutrinadores, geralmente, fazem distinção entre dois tipos de igualdade, a igualdade formal e a igualdade material (real). A igualdade formal é aquela consubstanciada na norma legal. Esta igualdade se predispõe a garantir aos cidadãos alguns direitos, os quais devem ser observados sob pena de sanção por parte do Estado-juiz.

Por outro lado, é através da igualdade material que se demanda uma igualdade real no mundo dos seres e das relações sociais, como o primado de Aristóteles que diz que se deve tratar os desiguais na medida de suas desigualdades e os iguais igualmente.

Cumpra dizer que a discriminação racial não está limitada, apenas, a seara do Direito. A discriminação racial perpassa os livros e mundo das ideias, representando um fenômeno social, ou melhor, o Direito é atraído por esses acontecimentos cotidianos, visando resguardar e garantir direitos e obrigações, tanto para resguardar quem se sente violado, quanto para punir o infrator das normas legais.

Por possuir caráter social, a discriminação racial varia de amplitude tanto no tempo como no espaço. É comum ouvir que a discriminação não se dá em razão da cor da pele, mas sim por uma questão eminentemente econômica. De fato, uma pessoa de cor negra rica é tratada diferente de uma pessoa de cor negra pobre, porém, ilusão acreditar que a discriminação se dá apenas em face da condição econômico/financeira do indivíduo.

Erasto Fortes de Mendonça⁵¹, em notícia publicada pelo Supremo Tribunal Federal sobre as cotas para negros nas universidades, se pronunciou no sentido de que “não parece ter o mesmo significado no Brasil ser branco pobre ou negro pobre, uma vez que este é discriminado duplamente, pela sua condição socioeconômica e sua condição racial. O racismo não pergunta a suas vítimas a quantidade de sua renda mensal”.⁵²

Através de uma análise subjetiva simples na sociedade como um todo, pode-se concluir que o preconceito, a discriminação, é, de fato, racial. Ao discriminar uma pessoa de pele escura pobre, o faz-se, muitas vezes, de maneira dobrada, tanto por ser negra quanto por ser pobre. A discriminação racial é uma constante presente no seio da sociedade, abafada pelo medo de sofrer algum tipo de punição.

Esse preconceito é proveniente de séculos de subjugação aos negros, os quais foram trazidos ao Brasil para serem escravizados no período colonial. Em razão disto, necessário se faz a propagação de políticas públicas, além de leis, as quais estão sendo criadas e implementadas pelo Estado no combate a discriminação racial, como é o caso do Estatuto da Igualdade Racial, o qual tem sido um grande avanço em matéria de defesa dos direitos das pessoas de cor negra.

O debate sobre a discriminação racial é importante na luta pela igualdade racial. Com a entrada em vigor do Estatuto da Igualdade Racial, a democracia brasileira passa a ser ainda mais justa e representativa. Possuindo 65 (sessenta e cinco) artigos, esse estatuto garante à população negra igualdade de oportunidade tanto na vida social, quanto

⁵¹ Erasto Fortes de Mendonça é coordenador-geral de Educação em Direitos Humanos da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) e doutor em Educação pela Unicamp.

⁵² Notícia publicada em 03 de março de 2010 no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121014&caixaBusca=N>> Acesso em: 27 de março de 2011.

na vida política, econômica e cultural, consolidando as ações afirmativas do Estado brasileiro como política de combate ao racismo e de promoção da igualdade racial.

O Estatuto da Igualdade Racial é mais uma ferramenta que legitima a atuação do Judiciário, para, inclusive, permitir a promoção de ações civis públicas, impondo multas, por exemplo, àquelas empresas em que fique constatado que a igualdade não está sendo respeitada.

A aprovação desse estatuto é uma vitória para a população negra, uma vez que ele garante direitos básicos, como a saúde, moradia, educação, além de coibir a discriminação racial, possuindo grande relevância em termos históricos, resgatando e reconhecendo a dívida do Brasil com a população negra.

Com esse estatuto, a comunidade negra passa a ter um instrumento que unifica as suas principais propostas, porém, agora em forma de lei. Necessário o cumprimento do estatuto, porém não se pode ter o pensamento imediatista de que apenas a publicação de uma lei promoverá a igualdade, mesmo porque muitas das garantias previstas no referido estatuto estão presentes na própria Constituição Federal, complementando-a.

Maior efetividade ao estatuto em comento se dará através da publicação de decretos que vão regulamentar essa legislação, fixando os programas nela descritos.

De toda forma, há um avanço na legislação brasileira, devendo esse desejo de igualdade refletir de alguma maneira na sociedade, promovendo a conscientização das pessoas, igualdade de oportunidades e cidadania, colocando em prática ações afirmativas em favor dos negros, respeitando os seus direitos enquanto cidadãos e seres humanos.

Fundamental o respeito recíproco, para que a sociedade brasileira seja mais democrática e igualitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao todo demonstrado, ressalta perceptível, de imediato, que a discriminação racial existe no Brasil. Embora a sociedade tente disfarçar seus preconceitos, o Estado reconheceu a necessidade de garantir igualdade de condições entre negros e brancos, isonomia antes não prevista.

A Constituição Federal brasileira atual trouxe consigo muitos dispositivos em prol da igualdade, da não discriminação, da preservação dos direitos humanos, este último, previsto no artigo 1º do mencionado diploma legal como sendo um direito fundamental.

Os direitos fundamentais são inerentes ao homem por sua condição de humano, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental que não se pode renunciar ou vender.

A discriminação racial fere os direitos humanos à medida que exalta uns em detrimento de outros. Uma vez que a discriminação racial direta é facilmente percebida e pode punida de imediato, a sociedade tem caminhado para um outro tipo de discriminação racial, a indireta. Mesmo essa sendo mascarada por normas e atitudes aparentemente inofensivas, vem sendo reconhecidas pelo judiciário, ainda que tímida a sua punição.

Reconhecer a existência de discriminação racial no Brasil é uma forma de organizar políticas em leis em favor da não discriminação. O Estatuto da Igualdade Racial é um importante instrumento na luta por igualdade, devendo ser conhecido, respeitado e implementado.

Uma lei sozinha não é capaz de extirpar da sociedade um problema de gerações. A igualdade depende de um maior esclarecimento da população, pois a educação é a base de uma sociedade organizada.

Assim sendo, as ações do Poder Público não são capazes de sozinhas, promover uma mudança na sociedade, no entanto, a legislação atual em prol da igualdade, abre a visão da população e as novas gerações nascem com um novo olhar, de um modo geral, positivo.⁵³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado Federal, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Res publica**: Ensaios constitucionais. Coimbra: Almedina, 1998. p. 27.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOTTA, Ricardo Cavalcante. Perspectivas jurídicas, cíveis e criminais quanto à discriminação racial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Minas Gerais, v. 8, n. 9, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

QUEIROZ, Suely Robles Reis. **Escavidão negra no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1993.

⁵³ Esse artigo foi publicado originariamente na Revista *Âmbito Jurídico* e está disponível para leitura em: LIMA, J. L. A. Direitos humanos e discriminação racial. *Âmbito Jurídico*, ano XIV, n. 92, 2011.

CAPÍTULO 16

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: UM OLHAR DO CASO XIMENES LOPES *VERSUS* BRASIL



Gustavo Américo Máximo Santana Costa⁵⁴

RESUMO

Este breve estudo possui o fim de expor algumas considerações sobre o âmbito da responsabilidade internacional dos Estados e demais sujeitos de direito internacional sob a atual ótica global, utilizando para tanto, a análise específica da jurisprudência do caso *Ximenes Lopes versus Brasil*. A presente *case law* retrata perfeitamente o novo contexto da responsabilidade internacional que se insere atualmente diante das idiossincrasias existentes entre todos os novos sujeitos internacionais. O Brasil em específico por ser signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA), ou seja, necessariamente por se tratar de Estado pactuante deste instrumento internacional, encontra-se subjugado ao seu o âmbito jurisdicional e sancionador, o qual prima pelo regular cumprimento desse pacto internacional. Neste sentido, vários organismos internacionais buscam respaldar essas novas relações internacionais. A Organização dos Estados Americanos – OEA, em seu papel como membro integrante da sociedade internacional, atribuiu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos o poder de fiscalizar e dar cumprimento aos preceitos contidos no *Pacto de San José da Costa Rica* em relação aos seus Estados signatários,⁵⁵ a exemplo da submissão brasileira no *Ximenes Lopes versus Brasil*. Diante da abordagem exposta a presente pesquisa analisa a *case Law*, e demonstra a existência de novos sujeitos e obrigações no seara internacional. Para tanto, utilizamos do exemplo de responsabilização e reparação que o Estado Brasileiro fora

⁵⁴ Doutor em Direito Público, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FD/UC). Mestre em Ciências Jurídico - Comunitárias, pela FD/UC. Possui especialização em Direito Laboral, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Atualmente é Professor Adjunto do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Presidente da Associação Acadêmica Itabaianense Tobias Barreto. Tem atuação em Direito Público e atua principalmente nas seguintes áreas: Ciências Jurídico - Comunitárias, Teoria da Constituição, Direito Eleitoral e Direito Penal.

⁵⁵ Veja-se: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 221-223

obrigado a cumprir, em virtude da prática de transgressões internacionais, para uma melhor compreensão do problema. Desta forma, a partir da compilação do pensamento de vários autores que escrevem sobre o tema escolhido, em livros, publicações, legislações e outras fontes literárias, bem como no estudo de um caso concreto que resultou em jurisprudência que têm consolidado a responsabilidade internacional, pretendeu-se construir um embasamento para se analisar a responsabilidade internacional dos Estados. Este trabalho, após as partes pré-textuais, apresenta no capítulo inicial considerações preliminares sobre o cenário jurídico internacional esboçando brevemente a evolução da responsabilidade internacional. No capítulo três é feita uma breve abordagem sobre o caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, onde se apresenta um ensaio fático, com os respectivos desdobramentos no cenário internacional. O capítulo seguinte aborda a responsabilidade internacional demonstrando suas especificidades, seus sujeitos, seu âmbito de atuação e as maneiras pelas quais pode-se implementar sua reparação. Por fim, fazemos um enquadramento jurídico fático, entre a responsabilidade internacional e o *case law* apresentado, seguindo-se a opinião conclusiva.

Palavras-chave: Ximenes Lopes. Pacto de San José da Costa Rica. Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Começamos este breve ensaio de estudo por então espreitar, como curiosos sociais que somos, o direito e o homem como protagonistas de um mundo globalizado. Vejamos as sábias palavras pronunciadas por Ulpiano: *ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*, as quais em nossa língua materna se traduzem em, onde está o homem, aí está a sociedade; onde está a sociedade, aí está o direito. A saber, se um dia imaginamos que a sociedade era uma aglomeração de pessoas a viver em um determinado Estado, que conviviam em inter-relação, com costumes, com interesses, e algo a mais afim, atualmente esse aglomerado de afinidades transpassou as zonas fronteiriças dos Estados, surgindo deste modo a expressão sociedade de Estados⁵⁶.

Em outras palavras, o evoluir de toda sociedade desde sua gênese a até sua inserção no contexto de um mundo globalizado, foi marcada paralelamente pelo desenvolvimento do direito, este atrelado às mudanças vividas pelas novas necessidades surgidas nas inter-relações dos homens, dos Estados e nos últimos tempos, até mesmo,

⁵⁶BRIERLY, James Leslie. *The Law of nations: na introduction to the international law of peace*. 6ª Ed. London: Oxford University Press, 1963, p.41. Para a existência de uma - sociedade - é imprescindível a coexistência do direito, ou seja, uma matriz regulatória das relações materializadas entre seus membros.

de organizações não-governamentais que se apresentam como verdadeiras tutoras da humanidade.⁵⁷

Do mesmo modo, as fronteiras interestatais que outrora se apresentavam como verdadeiras muralhas chinesas ao defenderem de pronto as soberanias de cada Estado, agora esmorecem pelo efeito da degradação e/ou evolução do próprio conceito de soberania, a qual não mais se apresenta de forma indivisível, absoluta e indelegável.⁵⁸ Outrossim, esse novo contexto soberano fez surgir uma nova forma de organização, não mais tida como internacional, mas agora, supraestatal, ou seja, organizações que dispõem de poderes soberanos delegados por aqueles Estados que as compõem.⁵⁹

Diante desse verdadeiro calidoscópio de relações internacionais e supraestatais, torna-se, ainda mais complexa a ordem jurídica internacional, o que aumenta o clamor por uma segurança jurídica em todas as suas antigas e novas relações. Para tanto, desde sempre, as relações internacionais se pautaram sob a proteção da -responsabilidade internacional- que inicialmente resultava da transgressão por parte dos Estados no cumprimento de obrigações recíprocas.

Diante das novas relações internacionais, alargou-se ao ponto de não mais se restringir aos Estados o papel de sujeitos exclusivos dessas relações, afinal o crescente surgimento de organizações internacionais e de suas respectivas importâncias no contexto mundial, fez com que, a essas fosse reconhecida a capacidade jurídica de firmar compromissos e suportar obrigações na ordem internacional, isto é, foi-lhes atribuída personalidade jurídica internacional.⁶⁰

⁵⁷ALVES, Sandra Mara Freitas, A importância do direito internacional na sociedade contemporânea. Disponível em <<http://www.fag.edu.br/professores/bruno/Direito%20Internacional%20P%20FABlico/Artigos%20e%20Livros/A%20import%20ncia%20do%20Direito%20Internacional%20na%20Sociedade%20Contempor%20nea%20-%20Sandra%20Mara%20Freitas%20Alves.pdf>> Acesso 29 de março de 2010.

⁵⁸Com o advento das Comunidades Europeias o conceito de soberania passa ter uma nova percepção agora mais ligada a cooperação e não autodeterminação.

⁵⁹A primeira entidade supraestatal, conhecida no mundo, surgiu graças a assinatura do Tratado de Paris, que criou a CECA (Comunidade Européia do Carvão e do Aço) em 18 de abril de 1951, a qual no fundo, além de buscar a paz para o continente europeu, possuía maiores interesses integracionistas, que por naquela ocasião, usou-se dos fatores econômicos e comerciais para se atingir um bem maior. Pois, nada mais oportuno que se utilizar de uma necessidade presente para a concretização de um sonho já idealizado por muitos no passado, assim o “comércio” entre os Estado europeus, i.e, o fator econômico, tornou-se fundamental para a perpetuação da paz e para a promoção de uma Europa unida, refletindo o inscrito em, “L’effet naturel du commerce est de porter à la paix. Deux nations qui négocient ensemble se redent réciproquement dépendantes: si l’une à intérêt d’acheter, l’autre a intérêt de vendre; et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels.” MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*. Paris: Garnier Frères, Nouvelle Edition, Libraires-Éditeurs, 1869, pág. 297.

⁶⁰Veja-se: BRITO, Wladimir, *Direito internacional público*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 353-354.

Acresce, ainda, que a prudente preocupação em resguardar a segurança jurídica das relações internacionais, e desde logo, daqueles que sofrem diretamente ou indiretamente efeitos dessas, já se materializava na década de XX, do século passado, a elevação da responsabilidade em baila ao princípio jurídico de direito internacional, erigido a esta categoria pelo então Tribunal Permanente de Justiça Internacional, no caso *The Factory At Chorzów*.⁶¹

Além disso, vemos, sempre no cenário internacional, uma insistente busca pela efetiva salvaguarda dos - direitos humanos -, resguardando cidadãos individualmente das arbitrariedades e desrespeitos perpetrados pelos seus Estados-nacionais.

Para tanto, veremos a emblemática situação vivida no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*,⁶² e responsabilização internacional desse Estado face seu nacional, em virtude de descumprimento de preceitos internacionais.

BREVE RELATO CAUSÍDICO: XIMENES LOPES VERSUS BRASIL

No malfadado ano de 1999, especificamente no dia 4 do mês de outubro, o senhor Damião Ximenes Lopes, portador de uma enfermidade mental em tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes (Sobral/Ceará-Brasil), veio a falecer por circunstâncias alheias a ordem natural da vida.

Segundo a sua necropsia, esse senhor, antes de falecer, sofreu vários maus tratos evidenciados por diversas escoriações existentes no seu corpo, as quais podem ter o levado a óbito. Para além, deste fato, houve negligência por parte da instituição de saúde quando permitiu que aquele estabelecimento ficasse, por horas, totalmente desprovido de um profissional habilitado para o tratamento específico que estava em curso, comprometendo não só a integridade física desse cidadão, como também de toda a casa de repouso.

⁶¹“O dever de reparação de danos como consequência da violação de um compromisso, constitui um princípio geral do direito, aplicável também no ordenamento jurídico internacional...” Veja-se: ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira, *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 232. Bem como, ANDRADE, Enéas Setubal, *Personalidade jurídica e responsabilidade internacional das organizações internacionais*. In: _____. MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira Coordenadora. *Estudos de direito internacional público e relações internacionais*.

Coimbra: AFDL, 2008, p. 173. SILVA, Roberto Luiz, *Direito internacional público*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2008, p.302.

⁶²Sentença disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf> Acesso 26 de março de 2010.

Após vários anos de uma verdadeira *via crucis na justiça brasileira*, a família Ximenes Lopes levou o caso à análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão corretamente acionou o Estado brasileiro a se manifestar face às alegações apresentadas. Entretanto, não se logrando esclarecimento satisfatório nessa fase, resolveu a Comissão, por melhor modo, processar o Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁶³

Muito embora, a *persecutio* processual brasileira, no presente caso, ainda não estivesse totalmente exaurida, ou seja, transitada e julgada, a Corte Interamericana não aceitou a preliminar arguida pelo Estado brasileiro com esta fundamentação, pois logo percebeu que este equívoco poderia vir a prejudicar ainda mais a situação de justiça almejada, prosseguindo, assim, com o processo que culminou na condenação do Estado brasileiro.⁶⁴

Dessa forma, a Corte considerou violador dos direitos humanos, o demasiado tempo vivenciado na esfera cível e criminal brasileira, razão pela qual aceitou o prosseguimento do processo.

Essa circunstância foi fato perfeitamente comprovada durante o ínterim processual, pois quando da data da prolação da sentença internacional ainda não se havia pronunciado nenhuma decisão na esfera processual daquele Estado.⁶⁵

Assim, a decisão da Corte interamericana condenou o Brasil, em virtude de sua responsabilidade sobre a clínica que funcionava sob sua regulamentação, a prestar um

⁶³O Brasil é signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA), e como país integrante desta Convenção internacional, submete-se aos seus meios procedimentais e sancionatórios capazes de fazer efetivamente cumprir as vozes que emanam deste instrumento internacional. Para tanto a Organização dos Estados Americanos - OEA atribuiu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos o poder de fiscalizar e dar cumprimento aos preceitos contidos no Pacto de San José da Costa Rica em detrimento dos seus Estados signatários. Veja-se: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 221-223.

⁶⁴Embora haja entendimento sobre a existência da exaustão das vias internas, ou seja, nacionais, para solução de conflitos que gerem responsabilidade internacional, a eminente doutrina já reconhece a possibilidade de não se apresentar mais de forma estática a presente premissa. Veja-se: TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 405-408.

⁶⁵"No presente contexto da proteção dos direitos humanos, a regra do esgotamento dos recursos internos é dotada de um *rationale* distinto e próprio: este último aqui evidencia a função primordial dos órgãos e recursos internos dos Estados como parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos." Veja-se: TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. *A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional*. In: _____. ANNONI: Danielle Organizadora. *Os novos conceitos do direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 18.

serviço de natureza pública, por ter faltado com o respeito ao direito à vida e à integridade física do senhor Damião Ximenes Lopes.

Ademais, essa Corte atribuiu responsabilização ao Brasil por violação ao direito a integridade pessoal das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Miranda Lopes e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, todos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes.

Por fim, pela demasiada demora nos tramites investigativos e judiciais que são da competência do Estado Brasileiro, o Tribunal reconheceu em favor das duas primeiras requerentes o desrespeito ao direito às garantias judiciais e à proteção judicial, em consequência, arbitrou indenização em favor desses familiares e condenou, também, o Estado brasileiro ao pagamento de todas as despesas processuais.⁶⁶

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Historicidade da responsabilidade internacional

Ao buscarmos a gênese da responsabilidade internacional, deparamo-nos com a análise da regra do esgotamento dos recursos internos no âmbito do direito internacional.

A. A. Cançado Trindade entende que para o estudo das origens da responsabilidade internacional é imprescindível o exame da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos do direito interno, pois em sua compreensão, para o estudo do nascimento da responsabilidade internacional dos Estados, faz-se necessário o esclarecimento da natureza jurídica dessa regra.^{67 68}

As manifestações a respeito da busca dos meios de exaurimento dos recursos nacionais, como regra de direito internacional, surgiu muito antes da responsabilidade internacional.⁶⁹

⁶⁶ Caso Ximenes Lopes versus Brasil, Veja-se: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf > Acesso 27 de março de 2010.

⁶⁷Veja-se TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. *Ob. cit.*, 2002, p. 372.

⁶⁸Há quem entenda que o exaurimento das vias recursais nacionais por vezes se apresentava como entrave ao desenvolvimento da responsabilidade internacional, v.g. as palavras de MACHADO. Jônatas E.M., *Direito internacional do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. Coimbra: Coimbra editora, 3ª edição, 2006, p. 564. “O desenvolvimento da responsabilidade internacional não deixou de sentir o efeito inibidor do tradicional princípio da exaustão dos meios processuais de direito interno, enquanto mecanismo de audiência e defesa do Estado, de garantia da capacidade funcional dos tribunais internacionais e de moderação das tensões internacionais.”

⁶⁹Veja-se sobre a regra do esgotamento dos recursos do direito interno in: TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. *Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in international Law*. Revue belge de droit international. Bruxelles: Bruylant, Vol. XII, 1976 p. 499-527.

Desta feita, faremos breves comentários a respeito das duas correntes mais aceitas na doutrina internacional, as quais dizem respeito ao assunto ventilado.

A primeira corrente expressa taxativamente que o exaurimento dos recursos nacionais é *conditio sine qua non* para a configuração do momento de existência da responsabilidade internacional, já a segunda corrente atribui o surgimento da materialidade da responsabilidade internacional ao momento da violação do próprio direito internacional.

Assim, percebemos que para essa última corrente, a violação da norma é suficiente para o nascimento da responsabilidade internacional, enquanto para a primeira a responsabilidade internacional só se materializa com a violação, e com o exaurir da utilização dos recursos internos.⁷⁰

Em consequência a essas discussões doutrinárias e factual, urgia a necessidade de materialização normativa e resolutória do presente problema.

Nesse sentido, na Conferência de Codificação da Haia de 1930, especificamente no quadro da SDN, houve manifestações no sentido de criar normas pertinentes ao tema, o que após várias discussões sobre os dois posicionamentos, ou seja, o momento em que se surge a responsabilidade e a condição do esgotamento das vias recursais nacionais, fora aprovado o texto da Base de Discussão nº 27, o qual versava que “não se pode invocar a responsabilidade do Estado relativa à reparação de dano causado a estrangeiro até que se tenham esgotados os recursos de direito interno do Estado que dispõe a pessoa lesada.”

Em andamento, o período entre guerras foi marcadamente um lapso temporal significativo no desenvolvimento da regra esgotamento dos recursos internos no direito internacional, principalmente em relação a danos causados pelos Estados a estrangeiros. Após certo período de tempo de declínio das discussões, o tema voltou a ser tratado na Comissão de Direito Internacional da ONU. Neste momento, passando a analisar a matéria sobre uma ótica mais ampla, ou seja, vislumbrando a responsabilização dos Estados pela prática de atos internacionalmente ilícitos.⁷¹

Assim, a iniciativa de codificação da responsabilidade internacional foi algo tratado já há um certo tempo. Entretanto, foi com as iniciativas da Assembleia Geral das Nações Unidas (AG), ao agir como uma verdadeira instigadora deste processo, que se começou a

⁷⁰Veja-se TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. *Ob. cit.*, 2002, p. 372-373. Ainda analisa, “Em casos de incidência da regra do esgotamento de recursos, a suposta violação do direito internacional deve envolver danos causados a indivíduos; somente disputas privadas *ab initio*, mas subsequentemente “internacionalizadas” pelo Estado ao patrocinar a causa de seu nacional supostamente lesado no exterior, recaem no âmbito da aplicação da regra.”

⁷¹Veja-se TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. *Ob. cit.*, 2002, p. 375.

se materializar a atual normatização. A hoje famigerada Comissão de Direito Internacional (CDI), a qual adveio da Assembléia Geral das Nações Unidas, foi a responsável pelo desenvolvimento de um Projeto de Artigos que atualmente regulamenta a responsabilidade dos Estados face o cometimento de atos internacionalmente ilícitos.⁷²

Por tudo, normativamente, hoje, podemos encontrar algo material que fundamente de forma positiva a responsabilização dos Estados.

A relativização da regra do esgotamento das vias recursais nacionais, é algo cada vez mais presente no contexto internacional, o que demonstra a busca pelo verdadeiro escopo da responsabilidade internacional, qual seja a reparação dos danos causados por um sujeito de direito internacional, utilizando para tanto meios de reparação insculpidos no Projeto de Artigos elaborado pela CDI, em vigor desde 2001.⁷³

Percepções elementares

É diante do imaginar inicial das relações internacionais que os autores e as vítimas da responsabilidade internacional, naturalmente seriam os Estados, pois foram estes que inicialmente desencadearam essas relações, para tanto fundamentadas no clássico princípio jurídico *pacta sunt servanda*, elemento caracterizador destas relações bilaterais.⁷⁴

Naturalmente, o caráter sinalagmático existente nesses pactos, pressupunha, de logo, uma reparação e responsabilização por algum dano que estivesse contido no âmbito de proteção do instrumento internacional em questão, entretanto ficava ao alvitre dos Estados signatários honrarem ou não o compromisso outrora firmado.

As várias transformações sociais e os diversos fenômenos globalizantes, podendo imaginá-los já há época dos descobrimentos, ou até mesmo bem antes, marcaram as relações internacionais e, conseqüentemente, fez-se surgir novos sujeitos nestas relações. A passagem, portanto, da imagem que possuímos do direito internacional vivido no

⁷²A CDI se deparou com diversas críticas, tendo mesmo sido posta em causa a menor possibilidade de sucesso. Não obstante todas as contestações que a CDI sofreu, o seu trabalho conseguiu chegar a bom termo em 2001 e se revelou bastante enriquecedor.” Veja-se FERREIRA, Nuno, *Responsabilidade internacional: evolução na tradição*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, II - Lisboa, Setembro 2006, p. 515-516.

⁷³Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001). Disponível em: <<http://www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DASR.pdf>> Acesso 25 de maio de 2010.

⁷⁴Bem ilustrado pela exposição da própria gênese contratual dos tratados denunciada desta forma: “Os alicerces teóricos desta disciplina do direito dos tratados fundaram-se na regulamentação dos contratos no direito romano e no direito canônico”. HOMEM. António Pedro Barbas, *História das relações internacionais*, Almedina, Coimbra. 2003, p. 271.

período clássico para o período moderno, foi marcada pelo surgimento de novas entidades reconhecidas como sujeitas de direitos internacionais capazes de responsabilizar e serem responsabilizadas por atos internacionais.⁷⁵

Assim, já podemos prever em tempos a perfeita capacidade jurídica internacional da entidade que condenou o Estado Brasileiro no emblemático “Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil”. O reconhecimento desses novos sujeitos internacionais potencializou as violações internacionais, bem como ampliou o seu âmbito de responsabilização.⁷⁶

Naturalmente, a responsabilidade internacional no atual contexto vivido não se restringe apenas as tratativas existentes nas convenções realizadas entre dois Estados, ou entre vários Estados (tratados bilaterais e multilaterais), pois já há um verdadeiro corpo normativo internacional, seja este consuetudinário ou positivo, gerador de direitos e obrigações. A saber, a Convenção de Viena, em seu artigo 53, definiu a existência de normas imperativas gerais na ordem internacional, as quais devem ser respeitadas por toda comunidade internacional.⁷⁷

Mesmo com a existência desta nova ordem normativa e cogente, não podemos nos assegurar apenas em seus enunciados para garantir a plena efetividade destes preceitos normativos, pois, embora, as tratativas realizadas em desconformidade com a ordem internacional possam ser declaradas nulas, estas geram efeitos e em alguns casos danos

⁷⁵Veja-se: GOUVEIA, Jorge Bacelar, Manual de direito internacional público, Terceira Edição, Almedina, Coimbra. 2008, p. 817-818. Podemos utilizar como exemplo o nosso objeto de estudo: “Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil”.

⁷⁶O que desejamos explicitar é que há atualmente a perfeita possibilidade de uma organização internacional pleitear uma determinada reparação diante de uma conduta ilícita, por esta sofrida ou praticada. A Corte Internacional de Justiça em parecer consultivo, acerca de prejuízos sofridos pela ONU, utilizou-se de uma analogia para responder a questão que tanto nos aflita, sobre, às responsabilidades das organizações internacionais. Veja-se: REZEK. José Francisco, Direito internacional público, Editora Saraiva, Sétima edição, 1998, p. 269. “A Corte, em parecer consultivo de 11 de abril de 1949, deixa claro que em semelhante hipótese a própria organização sofre um dano em seus serviços, e à conta desse dano –que não se confunde com aqueles causados diretamente às vítimas e a seus sucessores- tem direito a uma reparação adequada. Transparece do texto a convicção de que, por igual, a organização, titular que é de personalidade jurídica distinta das de seus Estados componentes, pode neste caso tornar-se autora do ilícito e sofrer as respectivas consequências. A responsabilidade internacional, destarte, pode envolver organizações internacionais tanto como autoras quanto como vítimas do ato ilícito segundo o direito das gentes.”

⁷⁷Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Adotado em: Viena Data: 26 de maio de 1969, entrada em vigor internacional: 27 de janeiro de 1980. Art. 53, “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” Veja-se: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>> Acesso: 02 de abril de 2010. Sobre a Convenção de Viena e algumas peculiaridades dos tratados internacionais, veja-se ALVES. Raul Guichard, *Alguns aspectos do regime das reservas aos tratados na Convenção de Viena de 1969*. Direito e Justiça. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Volume VII, 1993, p. 141-161.

que necessitam de reparação, é, portanto, neste momento que urge o emprego da responsabilidade internacional em detrimento dos Estados ou organizações transgressoras.

Nesse contexto, o estudo dessa responsabilidade vem possuindo uns olhares mais refinados. Assim, várias são as iniciativas de se procurar uma melhor evolução para se garantir e assegurar a efetivação dos compromissos firmados no cenário internacional, pois em um mundo altamente globalizado, no qual todos e tudo se relacionam, é premente a necessidade de segurança real em qualquer relação, seja esta dentro do âmbito nacional assegurado pela soberania dos Estados, ou no âmbito internacional assegurado por um corpo normativo no qual os Estados se submetem.⁷⁸

ATOS E ELEMENTOS RESPONSABILIZADORES

Sujeitos das relações internacionais

O que podemos inferir diante das linhas preliminares em tempo manifestadas, é que não há mais no cenário internacional uma monopolização da figura do Estado como único sujeito de direito internacional. Há que se levar em consideração o surgimento de novos organismos internacionais com referida capacidade, como também, o surgimento da pessoa humana como sujeito de direito internacional.⁷⁹

Nesse contexto, é factual e jurídica a materialização desses novos sujeitos na sociedade internacional.⁸⁰ Entretanto, esses seres possuem capacidades, direitos e obrigações diversificadas de forma individual, em virtude da própria natureza ontológica de cada um, razão pela qual se torna pertinente nos deter a alguma classificação doutrinária para melhor análise causídica e compreensão da própria subsunção do direito internacional.

⁷⁸A exemplo vemos a busca pela codificação da responsabilidade internacional, este trabalho foi iniciado pela Sociedade das Nações Unidas, sendo impulsionada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, repercutindo na criação da atual Comissão de Direito Internacional (CDI). Veja-se: FERREIRA, Nuno, Ob. Cit. Setembro 2006, p. 515-535.

⁷⁹GOUVEIA, Ob. Cit., p. 604.

⁸⁰A expressão, sociedade internacional, manifesta a melhor localização existencial do direito internacional, tendo em vista, a discussão doutrinária sobre os termos: comunidade; sociedade. Assim, podemos aqui exemplificar de forma clara o presente posicionamento, no sentido que os constantes embates e verdadeiras idiosincrasias dos sujeitos internacionais, de logo, acarreta um desfazimento de qualquer comunidade prefigurada nos moldes do ordenamento internacional, ou seja, não há como cogitar o termo comunidade, em virtude do demasiado embate de interesses no âmbito do direito internacional. L'HUILLIER, Jean. *Éléments de droit international public*. Paris: Rousseau, 1950, p.1. Entretanto, não podemos nos esquecer da existência das Comunidades Europeias, as quais ultrapassaram as barreiras contratualísticas do direito internacional e criaram o direito comunitário, vivenciando um novo cenário supraestatal.

Utilizando da manifestação doutrinária apresentada por Roberto Luiz Silva, os sujeitos de direito internacional são os destinatários das atribuições emanadas das normas jurídicas internacionais, as quais materializam não só direitos, mas também obrigações a estes seres, quais são personificados nas figuras dos Estados; Organizações Internacionais; e na Pessoa Humana.⁸¹

Passemos, então, a vê-los de maneira individual, a começar pelo Estado, este para maior parte da doutrina foi o precursor e inicialmente o único integrante das relações internacionais. Único, no sentido de qualidade de sujeito, pois só se imagina uma relação internacional no mínimo com a existência de uma relação bilateral, mesmo que seus integrantes sejam dois Estados, a exemplo do que ocorria à época da gênese do direito internacional.

Há, ainda, quem atribua aos Estados à criação dos demais sujeitos internacionais. Isto se deve a sua participação/aceitação e reconhecimento da qualidade de sujeito internacional às diversas organizações internacionais atualmente existentes, bem como, do próprio reconhecimento da pessoa humana como possuidora direta de direitos e obrigações desta magnitude.⁸²

Por conseguinte, passemos às Organizações Internacionais, as quais surgem de forma diversa dos Estados, pois essas são compostas por sujeitos de direitos internacionais, ou seja, enquanto o Estado é o fim em si mesmo, as Organizações Internacionais são compostas por diversos sujeitos. Assim, a sua atuação além de condicionada a sua composição, também está condicionada a aceitação e reconhecimento de outros sujeitos internacionais.⁸³

Além disso, essas organizações por vezes têm funções de direcionar da melhor forma o entendimento de uma gama de Estados no sentido de conduzi-los a realização de

⁸¹ SILVA, Roberto Luiz, Ob. Cit., p.40.

⁸²Diante desta inteligência, percebemos a existência de uma qualificação atribuída aos sujeitos internacionais, vejamos em: ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira, Ob. Cit., ps.200-201. “Se pretendermos categorizar os vários sujeitos, poderemos, na esteira de A. CASSESE, começar por reconhecer a maior importância do Estado relativamente aos demais. Ele é, na verdade, o único sujeito de direito que se beneficia da característica da soberania, exercendo, de forma estável, duradoura, e plena, uma autoridade exclusiva sobre determinado território. Por esse fato, os Estados constituem a espinha dorsal da comunidade internacional, moldando-a nos seus traços mais essenciais. Por força de uma capacidade jurídica plena (GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS), calha-lhes na perfeição o qualificativo de sujeitos primários dessa comunidade. Já os restantes, em virtude da sua capacidade jurídica ser mais limitada e decorrente menor protagonismo, devem, por contraposição, designar-se sujeitos secundários.” Veja-se BATISTA. Vanessa Oliveira, *A integração dos tratados internacionais no direito brasileiro*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: PUC-Minas, 80, janeiro de 1995, p.131-139.

⁸³Ib idem, p. 201.

algo conjuntamente, o que se assim não fosse não se materializaria, a exemplo das diversas atuações da ONU em prol da segurança mundial.

Por fim, vemos atualmente a aceitação pacífica da personificação da Pessoa Humana como sujeito de direito internacional. Entretanto, durante um demasiado lapso temporal desta jornada, viveu-se uma constante insegurança e falta de clareza na definição desse sujeito,⁸⁴ mas há tempos se busca a proteção desses seres vulneráveis em relação à força predatória de alguns Estados.

Nessa perspectiva, a materialização jurídica da proteção internacional dos direitos do homem acontece logo após a segunda grande guerra, atribuindo direito subjetivo àquele novo sujeito. Aparecia, então, meios de proteção da pessoa humana contra os árbitres dos Estados, ou contra quaisquer tipos de violações.⁸⁵

Acresce que nova gama de direito hoje inerente a Pessoa Humana, não está no cenário jurídico internacional ligado à condição de cidadão de um determinado Estado, mas a novos vínculos internacionais que os respaldam.⁸⁶

Responsabilidade objetiva

Pelo que prenunciamos da responsabilização internacional do Estado até o momento, percebe-se que apenas nos detemos em comentar a imputação atribuída ao cometimento de algum ato ilícito por um sujeito de direito internacional. Entretanto, por vezes suscitamos as evoluções que a sociedade em si trouxe consigo ao longo desses anos. Acresce que essas evoluções, muitas das vezes científicas, tecnológicas ou de outros gêneros, vêm acompanhadas de graves riscos, nas palavras de Ferreira Almeida, “*ultra hazard*, ou risco excepcional”, necessitando para tanto assegurar de alguma forma a sociedade como um todo frente essa nova realidade.

⁸⁴Em tempos, custava-se reconhecer a - Pessoa Humana - como perfeito sujeito de direito internacional, vejamos o texto escrito por SPERDUTI. Giuseppe, *L'Individu ET Le droit international. Recueil des cours*. Paris: Academie de droit international, Tome 90 de la Collection. 1957, p. 769. “La capacité inhérente aux individus de satisfaire et de léser par leurs comportements des biens et intérêts internationalement protégés amène à dire que les individus sont capables, en leur qualité d'êtres humains, d'agir à la fois conformément au droit international et contre le droit international. Ces mots, employés au sens large, se rapportent à la condition des individus en tant que sujets matériels de droit international et expriment un aspect saillant de cette personnalité sui generis.”

⁸⁵GOUVEIA, Jorge Bacelar, Ob. Cit., p. 604.

⁸⁶CASSESE, ANTONIO, *Individuo*. Enciclopedia del diritto. Varese: Giuffr Editore, 1971, p. 190. Veja-se em suas palavras: “Anzitutto, beneficiário delle norme internazionali non è piu l'individuo avente la cittadinanza di un certo Stato, bensì la persona come tale, considerata indipendentemente da qualsiasi suo vincolo di appartenenza ad uno Stato, e presa in considerazione o per la sua qualità di essere umano, o per il suo carattere di membro di un gruppo etnico, o per sua determinata condizione (ad esempio, la qualità di lavoratore).”

Em outras palavras, mesmo que não haja nenhuma prescrição na ordem jurídica a respeito de alguns tipos de inovações da humanidade, temos que ter em mente que não só a prática de um ato transcrito na ordem internacional como ilícito é ensejador de responsabilidades, pois há atos lícitos que gerarão danos passíveis de imputação de responsabilidade aos Estados e organismos internacionais.

Deste modo, percebemos que os elementos ensejadores da responsabilidade objetiva se apresentam em dualidade, e não em uma tríade, como veremos na responsabilização por ato ilícito, ou seja, o que se infere é que não há a necessidade da existência da prática do ato ilícito para a existência da responsabilidade internacional objetiva, necessitando, assim, apenas a demonstração do nexo de causalidade existente diante da atividade e do risco exercido e os seus consequentes danos.⁸⁷

Podemos utilizar como exemplo para esse tipo de responsabilidade objetiva internacional, algumas situações já previamente convencionadas como ensejadoras dessa responsabilização, vejamos: a primeira é a utilização pacífica da energia nuclear; a qual já foi objeto de várias convenções, em destaque, a de Paris, de Julho de 1960, que atribuía responsabilidade civil no âmbito da energia nuclear, e a de Bruxelas, de maio de 1963, sobre transporte em vias marítimas de materiais nucleares; a segunda é a poluição dos mares e dos cursos de água por hidrocarburos e outras substâncias poluentes, destacando a Convenção de Bruxelas, de novembro de 1969; e ainda, a terceira que é a responsabilidade em virtude dos danos causados por engenhos espaciais, com a Convenção de Londres-Moscovo-Washington, de Março de 1972.⁸⁸

Há, ainda, o reconhecimento jurisprudencial no cenário internacional a aceitar outras situações que geram responsabilidade objetiva internacional, a exemplo dessa prática de atos por funcionários de Estados, que se exacerbam na amplitude de sua competência, e, ainda no famigerado risco de vizinhança.⁸⁹

⁸⁷ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira, Direito internacional público, Coimbra editora, 2003, p.242.

⁸⁸Ib idem, p. 243.

⁸⁹Ib idem, p. 244. O risco de vizinhança foi materializado, em discussão no caso da Fundação de Trail, os Estados Unidos acionaram o Canadá, gerando uma sentença arbitral. Ferreira Almeida, assim leciona “O recurso à arbitragem ficou-se a dever à poluição do ar por fumos de dióxido de enxofre emitidos por aquela fundição, situada na Colônia Britânica e pertencente a uma empresa canadense. Esses fumos, haviam causados danos ambientais no Estado de Washington, causando durante algum tempo, prejuízos significativos aos agricultores norte-americanos. Firmou-se, a partir de então, o princípio da responsabilidade do Estado pelos actos de poluição, com origem no seu território, causadores de danos no território de outros Estados, ainda que essas acções poluentes transfronteiriças não sejam imputáveis ao Estado, enquanto tal ou a seus órgãos(responsabilidade objetiva, portanto, fundada no que pode designar-se risco anormal de vizinhança).”

Responsabilidade subjetiva

Adversamente à responsabilidade objetiva, a responsabilidade subjetiva internacional se consolida pela existência de três elementos caracterizadores, um fato que seja considerado internacionalmente ilícito, o nexo causal e o dano.

A expressão ato ilícito se refere à ação ou omissão praticada por um sujeito de direito internacional que contradiga qualquer convenção a qual esteja vinculado, ou até mesmo regras de direito internacional imperativas, as resultantes de costumes e princípios gerais do direito, as quais se supõem estarem obrigados a responder.⁹⁰

Tendo em vista, a natureza das relações internacionais já prenunciadas, em momento algum, podem-se alegar a permissibilidade da prática do ato no âmbito interno do Estado, como fundamento de excludente de ilicitude internacional, pois a violação da norma internacional é ditada por normas desse gênero, as quais não estão à mercê das idiosincrasias dos diversos ordenamentos estatais existentes.⁹¹

Ainda na seara dos elementos caracterizadores da responsabilidade internacional, encontramos a imputabilidade, ou seja, o nexo de causalidade, que se refere à ligação entre o ato ilícito e o sujeito responsável.⁹² Assim, o ato ilícito praticado deve ser causa da produção de um dano a um terceiro sujeito internacional, que tem este dano como consequência do primeiro ato.⁹³

Por conseguinte, temos que perceber que o dano, terceiro elemento caracterizador da responsabilidade internacional, não se trata de um prejuízo único e exclusivamente patrimonial, ou seja, sua repercussão degradante não se limita aos aspectos econômicos e materiais, o que se busca, verdadeiramente, é proteger o direito violado de um terceiro ente internacional.⁹⁴

Ademais, a existência do dano, seja ele material, ou moral, é imprescindível, pois em não existindo dano a se reparar, não há como se imaginar agente causador, ou sujeito capaz de exigir a dita reparação. Naturalmente, não se pode exigir algo daquele que não lhe causou nenhum prejuízo, ou que não possua nenhum débito a ser saldado.⁹⁵

⁹⁰SILVA, Roberto Luiz, Ob. Cit., p.302.

⁹¹ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira, Ob. Cit., p.226.

⁹²SILVA, Roberto Luiz, Ob. Cit., p.302.

⁹³GOUVEIA, Jorge Bacelar, Ob. Cit., p.824.

⁹⁴FERREIRA, Nuno, Ob. Cit., p.521.

⁹⁵O terceiro pressuposto da responsabilidade internacional subjetiva, reconduz-se a ocorrência de danos. Quer dizer: é essencial que a conduta do Estado, violadora do Direito Internacional, cause danos (materiais ou morais) na esfera jurídica de terceiros. A não verificação de danos guindará a responsabilidade a um plano meramente teórico ou platônico, visto que, em tal caso, nenhum dever de reparação impenderá sobre

Neste sentido, poderemos verificar mais adiante a existência desses pressupostos no caso que este breve estudo se propôs a estudar.

MEIOS DE REPARAÇÃO

Diuturnas são as construções normativas internacionais, bem como o surgimento de novas tratativas neste âmbito, ambas as situações são materializadas pelas condutas dos sujeitos que integram uma nova sociedade internacional. A responsabilização pelos danos causados entre esses sujeitos, como já exposto, atualmente, transpassa as barreiras da ilicitude.⁹⁶

Entretanto, ao lado desta nova corrente objetivista, ainda persiste o dever de reparação pela prática de um ilícito internacional ensejador de um respectivo prejuízo, seja este de ordem material ou não. Desta feita, o que vemos atualmente é que a lesividade causada por um determinado sujeito, seja esta oriunda de uma conduta lícita ou ilícita, gera direitos e obrigações às partes envolvidas, ou seja, o agente causador do dano se eiva com o dever de repará-lo, e atribui ao sujeito lesado o direito subjetivo de exigir a devida reparação pelo dano sofrido.⁹⁷

Assim, deter-nos-emos neste tópico a esboçar comentários a respeito da obrigação de reparação pela prática de atos ilícitos, consubstanciada nos artigos elaborados pela CDI que versam sobre essa responsabilidade.

Diante das singularidades existentes em cada ato ilícito, e conseqüentemente na diversidade de lesividade que este pode gerar, os três meios de reparação reconhecidos pela CDI., quais sejam: restituição, compensação, e satisfação, poderão atuar de forma isolada ou em combinação para que se alcance o verdadeiro escopo da reparação.⁹⁸

o autor do facto ilícito; como, reciprocamente, ao Estado vítima não assistirá qualquer direito subjetivo de exigir essa reparação.” Veja-se: ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira, Ob. Cit., p.227.

⁹⁶Ib idem, p. 243.

⁹⁷O devido dever de reparação na ordem jurídica internacional já é visto há tempos, os primórdios desse dever foram fundados na relação entre Estados, veja-se ACCIOLY. Hildebrando, *Principes généraux de la responsabilité internationale d'Après la doctrine et la jurisprudence. Recueil des cours.* Paris: Academie de droit international, Tome 96 de la Collection. 1959, p. 353. “La responsabilité internationale est une situation juridique ayant pour base le principe bien connu d'après lequel, dans la Communauté des Nations, comme dans leurs rapports réciproques, doivent observer des règles de justice et respecter leurs engagements. La conséquence de la violation de ceux-ci ou de celles-là – comme nous le verrons – sera, pour la personne internationale à laquelle un tel acte doit être imputé, l'obligation bien justifiée de réparer la faute commise ou le préjudice cause.”

⁹⁸Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001). Article 34 Forms of reparation:

“Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this

A restituição (*restitutio in integrum*) ou reconstituição natural⁹⁹ é pacificamente reconhecida e erigida pela CDI., como o meio mais perfeito de reparação. Desta feita, busca-se, a princípio, desmaterializar a existência do dano causado com o escopo de retornar ao *statu quo ante*, eliminando as consequências do ato ilícito.

Neste sentido, caso o ilícito internacional tenha materializado seus danos através da prática de uma ação, *v.g.*, a edição de um ato legislativo gerador de uma ilicitude que efetivamente produziu danos no âmbito internacional, restituir-se-á o *statu quo ante* com a devida anulação do ato exercido pelo Estado e, ainda, que porventura o objeto ensejador do dano seja uma omissão Estatal, basta que o Estado venha a cumprir fidedignamente os preceitos internacionais os quais estejam vinculados para que cesse a ilicitude e conseqüentemente seja desconfigurado o dano.¹⁰⁰

No entanto, há certas circunstâncias que concretamente são inviabilizadoras da *restitutio in integrum*, *v.g.*, podemos estar diante do falecimento de um ser humano ocasionado pela prática do ilícito internacional, como constatamos no caso - Brasil *versus* Ximenes Lopes -, ou mesmo, pela destruição de um bem que não se pode reconstruir ou recriar.¹⁰¹

Ademais, temos, ainda que analisar o artigo 35.º B que trata de uma exceção textualmente insculpida no projeto da CDI., referentemente direcionada àqueles ilícitos internacionais mais gravosos. Surgindo a possibilidade do desrespeito à primazia da reconstituição natural, em virtude deste meio para a reparação vir a onerar o Estado transgressor de forma demasiadamente desproporcional aos benefícios que porventura uma indenização traria ao Estado vítima, ou ainda, quando a reconstituição da situação anterior causar uma grave estabilidade política e/ou econômica ao Estado agressor. O que em suma legalmente se permiti é a substituição da restituição pela compensação e/ou satisfação.¹⁰²

chapter.” Disponível em: <<http://www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DASR.pdf>> Acesso 25 de maio de 2010.

⁹⁹Veja-se BRITO, Wladimir, Ob. Cit., p.487-488.

¹⁰⁰Neste sentido, veja-se CAMPOS. Julio D. González, *Curso de derecho internacional publico*, Madrid: Editora Civitas, 1998, p. 366.

¹⁰¹Veja-se BRITO, Wladimir, Ob. Cit., p.488.

¹⁰²Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001). Article 35 Restitution:

“A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.” Disponível em: <<http://www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DASR.pdf>> Acesso 25 de maio de 2010. Veja-se ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira, Ob. Cit., p.233.

Desta forma, na perspectiva que por muitas das vezes será inimaginável a possibilidade do Estado transgressor conseguir reconduzir a situação factual ao *statu quo ante*, a forma de reparação que se apresentará intensamente mais perene, será a reparação por equivalente ou indenização compensatória.

Sendo assim, é preciso se ater às singularidades de cada dano em específico, pois é demasiado complexo a aferição do montante a ser atribuído a título indenizatório. Entretanto, é pacífico o entendimento que no momento de se mensurar essa quantia, deve-se levar em consideração não só o *damnum emergens*, mais também, a princípio, o *lucrum cessans*.¹⁰³

Além disso, como estamos a falar em responsabilidade internacional, ao atribuir-se as indenizações é natural que os parâmetros indenizatórios utilizados sejam os plasmados no ordenamento jurídico internacional, não se atendo as especificidades dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Ademais é imprescindível a apreciação do acontecido no momento atual do ato para que se possa mensurar o *quantum debeatur* é devido naquele instante, pois, só assim, verificar-se-á a amplitude dos danos emergentes e dos lucros cessantes que porventura sejam devidos, pois o caráter indenizatório necessariamente tem que englobar o *damnum emergens* e o *lucrum cessans*, com o fito de assegurar uma reparação justa.

Por consequência, depreende-se, portanto, que o cerne da indenização atribuída ao Estado transgressor, possui unicamente uma perspectiva reparatória e não sancionatória, pois o que de essencial se busca é a reparação dos danos causados ao Estado vítima e não a condenação do Estado agressor.¹⁰⁴

Em última análise, resta-nos apreciar a derradeira forma de efetiva materialização de reparação passiva de ser atribuída ao Estado agressor em -satisfação- ao dano por este cometido, este último meio reparatório se apresenta insculpido no artigo 37.º do projeto da CDI. Estamos a falar em um dano que se junte a um prejuízo especificamente

¹⁰³A indenização por equivalente é a forma mais frequente de indenização, tendo esta que prever os danos emergentes e os lucros cessantes. Veja-se THIERRY. Hubert, L'Évolution Du droit international. Recueil des cours. Paris: Academie de droit international, Tome 222 de la Collection. 1990, p. 111. "La réparation par équivalent, enfin, c'est-à-dire l'indemnisation pécuniaire, est la forme que revêt le plus fréquemment la réparation. Elle est appelée à couvrir le *damnum emergens* mais aussi, en principe, le *lucrum cessans*, c'est-à-dire le manque à gagner découlant du fait internationalement illicite."

¹⁰⁴Sobre a forma pela qual se perfaz a mensuração da amplitude do dano a ser reparado, veja-se os ensinamentos plasmados na obra de: ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira, Ob. Cit., p.233.

moral, ou seja, aquele que em virtude de sua natureza não se repara com a simples atribuição pecuniária.¹⁰⁵

Assim, diante da não satisfação¹⁰⁶ pela simples materialização de uma indenização pecuniária, ou mesmo da impossibilidade da reparação ao *statu quo ante*, há diversas formas de satisfazer um dano moral ora praticado: *v.g.*, a manifestação de atos simbólicos, como a saudação à bandeira em resposta a uma ofensa ou ultraje ao Estado vítima; a manifestação de pesar; o pedido de retratação por parte do Estado transgressor; a aplicação de sanções administrativas e/ou disciplinar àquele agente responsável pelo fato ilícito; ou ainda, uma manifestação oficial de um tribunal internacional no sentido de atribuir a um Estado a qualidade de agente causador de um ato ilícito.¹⁰⁷

Por fim, o que voltamos a referir é a possibilidade de aplicação dos três meios de reparação de forma individual ou simultânea, respeitando, entretanto, os preceito já expostos.

O OLHAR DO CASO XIMENES LOPES *VERSUS* BRASIL

Já foi evidenciada as diversas características, elementos e sujeitos da responsabilidade internacional, conhecimento que se demonstra imprescindível para compreensão da responsabilidade como um todo.

Assim, ao analisarmos o caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, o Estado aqui transgressor responderá dentro do âmbito da responsabilidade internacional, consubstanciada, ainda, pela obrigação outrora assumida por esse país perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁰⁸

¹⁰⁵Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001). Article 37 Satisfaction:

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation.
2. Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality.
3. Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State.

Disponível em: <<http://www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DASR.pdf>> Acesso 25 de maio de 2010.

¹⁰⁶BRITO, Wladimir, Ob. Cit., p.489. Este doutrinador conceitua a -satisfação- como um “acto unilateral do Estado responsável pela reparação através do qual este assume publicamente o fato ilícito e a responsabilidade de sua reparação por meio de actos simbólicos.”

¹⁰⁷Veja-se: QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, Direito internacional Público. Tradução: Vitor Marques Coelho. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1999, p. 717.

¹⁰⁸PIOVESAN, Flávia, 2006, p. 65. Veja ainda, a Opinião Consultiva n.º 2 de 24 de setembro de 1982 da Corte Interamericana de Direitos do Homem, a qual torna clarividente a responsabilidade dos Estados signatários sobre seus nacionais no âmbito de proteção e respeito aos direitos humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf> Acesso 15 de maio de 2010.

Nesse direcionamento, há instrumentos internacionais específicos que vinculam o Brasil à jurisdição de determinados tribunais internacionais, *v.g.*, a Corte Interamericana de Direitos do Homem, a qual nesse sentido, apresenta-se devidamente legitimada por meio do Decreto Legislativo nº 89 de 3 de dezembro de 1998, para proferir decisões que impliquem em reparação pelos atos geradores de danos, no caso em específico, em virtude de desrespeito às tratativas pertinentes aos direitos humanos.¹⁰⁹

Sob essas fundamentações, o Estado brasileiro fora obrigado, no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, a reparar os seus nacionais por ter transgredido diversos preceitos de ordem internacional. Situação que só reafirma, algo já pacificado no cenário internacional que é o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional.¹¹⁰

Entretanto, em relação ao senhor Damião Ximenes Lopes, a *restitutio in integrum* correspondente à prática do ilícito internacional cometido pelo Brasil, manifestou-se impossível de materializar-se em virtude de seu falecimento.

Razão pela qual, a decisão da Corte Interamericana foi buscar respaldo na fundamentação de ser inimaginável a possibilidade do Estado transgressor conseguir reconduzir a situação fática ao *statu quo ante*, atribuindo como forma de reparação uma indenização por equivalente ou indenização compensatória.

Não obstante a reparação em virtude do falecimento do Senhor Damião Ximenes Lopes, o Brasil, ainda fora obrigado a indenizar a família Ximenes Lopes por violação ao direito à integridade pessoal de seus integrantes durante a *persecutio* processual, e a instituir diversos procedimentos para resguardar os direitos humanos naquele país.

Sendo ainda presente no íterim procedimental desta jornada insólita, pois até então, o Brasil não havia sofrido uma repreensão desta natureza na ordem internacional, diversas manifestações do Estado brasileiro no sentido de se retratar por alguns atos que

¹⁰⁹Veja-se: GORDILLO, Agustín. apud PIOVESAN, Flávia, 2006, p. 81-82. “Todavia, não apenas o Tribunal nacional, mas também e especialmente o Tribunal internacional competente, estão expressamente facultados a declarar antijuridicidade da conduta e, conseqüentemente, invalidá-la, aplicando ainda sanções pecuniárias em favor da pessoa física que sofreu violação a direito fundamental, por atos, ações ou omissões de seu país, no plano interno.” Ainda, sobre a maneira pela qual são tratados os direitos do homem no sistema constitucional brasileiro veja-se SARLET. Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da constituição de 1998*. Revista de Direito do Estado. São Paulo: Renovar, nº1, Janeiro/Março de 2006, p. 74-75.

¹¹⁰“O dano sofrido por um particular se analisa desde logo, como uma ofensa ao direito juridicamente protegido do Estado ou da organização internacional, para fazer respeitar as garantias, oferecidas pelo direito internacional, aos seus nacionais ou aos seus agentes nas suas relações com outros Estados ou organizações.” Veja-se: QUOC DINH, DAILLIER, PELLET, Ob. Cit.1999, p. 706-708.

este julgava ter cometido,¹¹¹ e em virtude destes ter gerado danos nas esferas patrimoniais e morais de seus cidadãos.¹¹²

Tivemos, então, diante de reparações imateriais e materialmente mensuráveis, as quais se enquadram nos preceitos enunciados nos artigos do Projeto da CDI., apresentando-se empiricamente um exemplo claro de uma responsabilidade cada vez mais presente no seio da sociedade internacional.¹¹³

CONCLUSÃO

A responsabilidade internacional é algo já presente no contexto global, não há mais como quaisquer que seja o sujeito da ordem internacional tentar se esquivar de seus compromissos diante da sociedade internacional.

A busca pela sua efetivação, e a criação de meios para que se pudesse assegurar uma maior segurança jurídica às relações internacionais se perfizeram ao longo de vários anos, atingindo seu ápice com a aprovação do Projeto de Artigos elaborados pela CDI, o qual atualmente traduz-se no atual texto normativo mais completo pertinente a responsabilidade internacional.

Com o crescente surgimento de novos sujeitos na ordem internacional e consequentemente com o nascimento de novos litígios faz com que o atual texto normativo

¹¹¹II.O Reconhecimento de Responsabilidade Internacional pelo Estado Demandado. 16. há que passar despercebido que a Corte Interamericana valorou o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado demandado como "uma contribuição positiva ao desenvolvimento deste processo e à vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana no Brasil" (par. 80), em particular no tocante ao reconhecimento da violação dos artigos 4 e 5 da Convenção (pars. 119 e 122). Com isto cessou a controvérsia enquanto a determinados fatos do caso concreto, embora a Corte naturalmente não tivesse se eximido de proceder, como cabia, a sua própria valoração dos fatos. Veja-se: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf > Acesso 27 de março de 2010.

¹¹² Caso Ximenes Lopes versus Brasil, Veja-se: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf > Acesso 27 de março de 2010.

¹¹³ "Além de ter recebido outras sanções imateriais, o Brasil foi condenado a indenizar os pais e os irmãos de Damião Ximenes Lopes em mais de US\$130 mil, mediante pagamento direto aos beneficiários. Essa condenação sofrida pelo Brasil por violação a direitos consagrados em acordos internacionais configura um marco na realização do princípio de proteção aos direitos humanos, entre os quais a razoabilidade na duração do processo, direito já presente em textos constitucionais e em convenções internacionais, e também constitui alerta ao nosso país sobre a necessidade de uma prestação jurisdicional de qualidade." OLIVEIRA, Vallisney de Souza, O caso Ximenes Lopes, <http://www.direitos.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3523> Acessado em 27 de março de 2010.

não se traduza em um corpo de lei estático, pois o que se deve buscar é uma hermenêutica que acompanhe o dinamismo das relações internacionais.

Muito embora, seja imprescindível a existência de um corpo normativo e cogente que possa transmitir uma segurança e que possibilite o evoluir tais relações, é certo que surgirão demandas que não estarão inseridas em corpos legislativos pré-existentes.

O caso *Ximenes Lopes versus Brasil* traduz perfeitamente a evolução da responsabilidade e das tratativas na ordem internacional, pois pudemos ver especificamente na presente *case law* o tratamento do indivíduo como verdadeiro sujeito internacional detentor de direitos previamente resguardados pela ordem internacional.

O que podemos inferir diante este breve ensaio de estudo, é que embora já se tenha evoluído na construção normativa de um direito internacional que se preocupa dentre outros problemas, os de interesses econômicos, os de interesses financeiros e os de interesses políticos, também houve uma dedicação às necessidades e idiosincrasias de seus novos sujeitos.

Novos sujeitos, novos problemas, os quais não serão resolvidos apenas e isoladamente através de normas, e sim deverão todos diante novos problemas aplicar o velho preceito internacional das negociações entre às partes envolvidas, buscando o melhor caminho a resolução dos problemas, sob pena de reações da ordem internacional àqueles sujeitos que contrariarem os princípios que fundamentam todo esse ordenamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Principes généraux de la responsabilité internationale d'Après la doctrine et la jurisprudence**. Recueil des cours. Paris: Academie de droit international, Tome 96 de la Collection. 1959.

ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira. **Direito Internacional Público**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ALVES. Raul Guichard. **Alguns aspectos do regime das reservas aos tratados na Convenção de Viena de 1969**. Direito e Justiça. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Volume VII, 1993.

ALVES, Sandra Mara Freitas. **A importância do direito internacional na sociedade contemporânea**. Disponível em <<http://www.fag.edu.br/professores/bruno/Direito%20Internacional%20P%20FAblico/Artigos%20e%20Livros/A%20import%20E2ncia%20do%20Direito%20Internacional%20na%20Sociedade%20Contempor%20E2nea%20-%20Sandra%20Mara%20Freitas%20Alves.pdf>> Acesso 29 de março de 2010.

ANDRADE, Enéas Setubal, Personalidade jurídica e responsabilidade internacional das organizações internacionais. In:_____. MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira Coordenadora. **Estudos de direito internacional público e relações internacionais**. Coimbra: AFDL, 2008, p. 173.

BATISTA, Vanessa Oliveira. A integração dos tratados internacionais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte: PUC-Minas, 80, janeiro de 1995.

BRIERLY, James Leslie. **The Law of nations: na introduction to the international law of peace**. 6ª Ed. London: Oxford University Press, 1963.

BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAMPOS, Julio D. González. **Curso de derecho internacional publico**. Madrid: Editora Civitas, 1998.

CASO Ximenes Lopes versus Brasil. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf> Acesso 27 de março de 2010.

CASSESE, ANTONIO. **Individuo**. Enciclopedia del diritto. Varese: Giuffr Editore, 1971.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados, Adotado em: Viena Data: 26 de maio de 1969, entrada em vigor internacional: 27 de janeiro de 1980, Disponível em <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>> Acesso: 02 de abril de 2010.

DRAFT articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001). Disponível em: <<http://www.ilsa.org/jessup/jessup06/basicmats2/DASR.pdf>> Acesso 25 de maio de 2010.

FERREIRA, Nuno. **Responsabilidade internacional**: evolução na tradição. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, II - Lisboa, Setembro 2006.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**. Terceira Edição, Almedina, Coimbra. 2008.

HOMEM. António Pedro Barbas. **História das relações internacionais**. Coimbra: Almedina, 2003.

L'HUILLIER, Jean. **Éléments de droit international public**. Paris: Rousseau, 1950.

MACHADO. Jônatas E.M., **Direito internacional do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. Coimbra: Coimbra editora, 3ª edição, 2006.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Garnier Frères, Nouvelle Edition, Libraires-Éditeurs, 1869.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **O caso Ximenes Lopes**. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3523> Acessado em 27 de março de 2010.

OPINIÃO Consultiva n.º 2 de 24 de setembro de 1982 da Corte Interamericana de Direitos do Homem. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf> Acessado 15 de maio de 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

QUOC DINH, DAILLIER, PELLET. **Direito internacional público**. Tradução: Vitor Marques Coelho. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1999.

REZEK. José Francisco, *Direito internacional público*, Editora Saraiva, Sétima edição, 1998.

SARLET. Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da constituição de 1998. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo: Renovar, nº1, Janeiro/Março de 2006.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

SPERDUTI. Giuseppe. **L'Individu ET Le droit international**. Recueil des cours. Paris: Academie de droit international, Tome 90 de la Collection. 1957.

TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

_____. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In:_____. ANNONI: Danielle Organizadora. **Os novos conceitos do direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in international Law. **Revue belge de droit international**, Bruxelles: Bruylant, Vol. XII, 1976.

CAPÍTULO 17

PESQUISA DE CAMPO: PENAS APLICADAS AOS QUE MALTRATAM ANIMAIS



Jhébica Luara Alves de Lima¹¹⁴



Nilza Dutra Aives¹¹⁵

RESUMO

O Direito dos animais não é uma novidade para o legislador brasileiro. Há décadas as legislações que protegem e tutelam os animais existem e não são efetivamente cumpridas. Os animais sempre existiram e fizeram parte do ambiente natural. Por isso, é que se deve perceber a influência dos animais na vida em sociedade e na preservação e conservação do meio ambiente. Assim, o ordenamento jurídico pátrio necessita despir-se do caráter antropocêntrico e tornar-se prático para reconhecer a inclusão dos animais não-humanos como sujeitos de direitos. Assim, para que os direitos dos animais sejam respeitados, é preciso conhecer as penalidades aplicadas àqueles que maltratam os animais. Para tanto, realizou-se uma pesquisa de campo em determinado município de Estado da Federação brasileira, visando constatar o nível de informação da população quanto às referidas penalidades. Constatou-se que a população pesquisada desconhece às penalidades, carecendo de intervenção estatal para difundir informações no seio social, de modo a sensibilizar a sociedade quanto aos direitos dos animais.

Palavras-chave: Penalidades. Animais. Sociedade. Direitos dos Animais.

¹¹⁴ Pós-doutoranda em Direito pela UnB. Doutora em Direito pela UnB. Docente Adjunto A do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Possui atuação no NPJ/UFRR.

¹¹⁵ Doutora e Mestre em Farmacologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Docente de graduação e pós-graduação na Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).

INTRODUÇÃO

Os maus-tratos aos animais é uma constante no Brasil. As manchetes de jornais apontam para o tratamento negativo de algumas pessoas em relação aos animais. Para evitar os maus-tratos aos animais, o Poder Legislativo editou leis em favor dos animais. A Constituição Federal, Lei Maior, em seu artigo 225, §1º, inciso VII, reconhece que os animais são dotados de sensibilidade, impondo a sociedade e ao Estado o dever de respeitar a vida, a liberdade corporal e a integridade física destes, além de proibir expressamente as práticas que coloquem em risco sua vida (BRASIL, 1988).

A norma constitucional brasileira atribui direitos aos animais, como por exemplo, o direito de não serem submetidos a tratamentos cruéis ou práticas que os coloquem em risco, comando este assimilado pela Lei crimes ambientais (BRASIL, 1998), que dispõe sobre as sanções derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Essa lei traz no artigo 32 que praticar ato de maus-tratos aos animais, tem como pena a detenção, de três meses a um ano, e multa.

Todo animal tem direito a atenção, a cuidados e a proteção do homem. Assim, entende-se que o respeito pelos animais por parte do homem está ligado ao respeito dos homens entre si. Desta forma, a educação deve ensinar desde a mais tenra idade que o ser humano tem por obrigação legal e moral, observar, compreender e respeitar os direitos dos animais.

Além da falta de conhecimento sobre os direitos dos animais por parte da sociedade, existe outra problemática, a presença de enfermidades transmitidas naturalmente dos animais ao homem, conhecidas como doenças zoonóticas, as quais podem se transformar em ameaças, se não cuidadas (ANDRADE, *et al.*, 2000).

O trabalho pretende demonstrar que o conhecimento acerca das penalidades àqueles que maltratam animais é importante pois, pelo menos no plano teórico, evitaria maus-tratos aos animais.

Portanto, o presente estudo traz contribuição para a população, academia, e órgãos públicos responsáveis pela proteção dos animais, na medida em que objetiva analisar o conhecimento da população acerca das penalidades para aqueles que maltratam animais.

METODOLOGIA

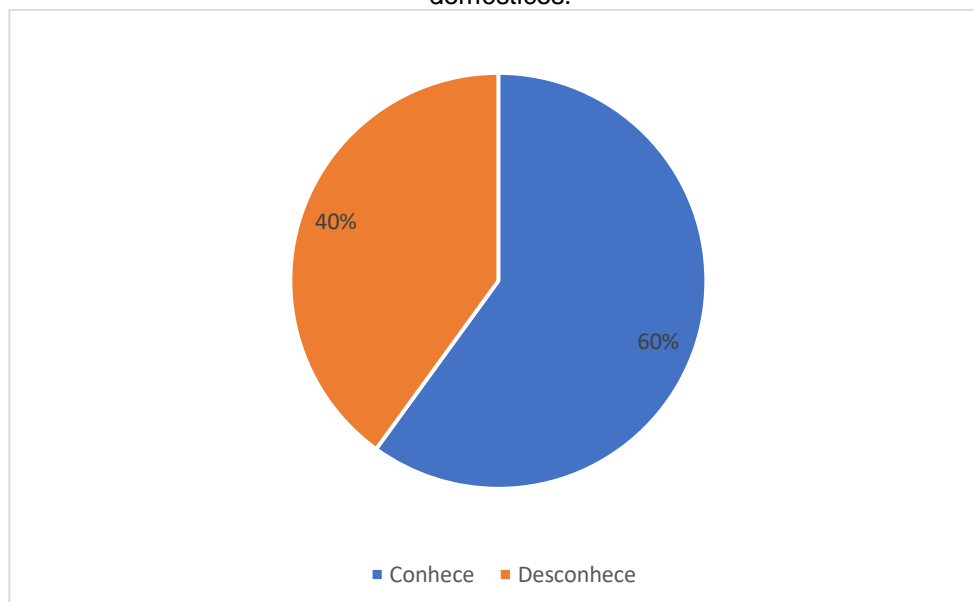
O método utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi uma pesquisa de campo, que envolveu 1.000 (mil) participantes, maiores de dezoito anos, residentes em determinado município de Estado da Federação brasileira. O trabalho utilizou-se de questionário estruturado com perguntas fechadas acerca dos maus-tratos realizados com animais e as penalidades previstas em lei. Esse trabalho foi aprovado pelo comitê de ética em pesquisa da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, com parecer nº 40506515.4.0000.5294, de 13 de abril de 2015.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os animais são protegidos por lei. No Brasil, a Constituição Federal é a base de proteção aos direitos dos animais (BRASIL, 1988), além da Lei dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1998) e outras leis estaduais e municipais. Todavia, nem todas as pessoas estão cientes dessa proteção legal.

No Município pesquisado, das pessoas pesquisadas, 60% afirmaram conhecer que os animais têm proteção legislativa, enquanto 40% desconhecem essa proteção (Figura 1).

Figura 1 – Conhecimento da população pesquisada quanto a existência de proteção legal aos animais domésticos.

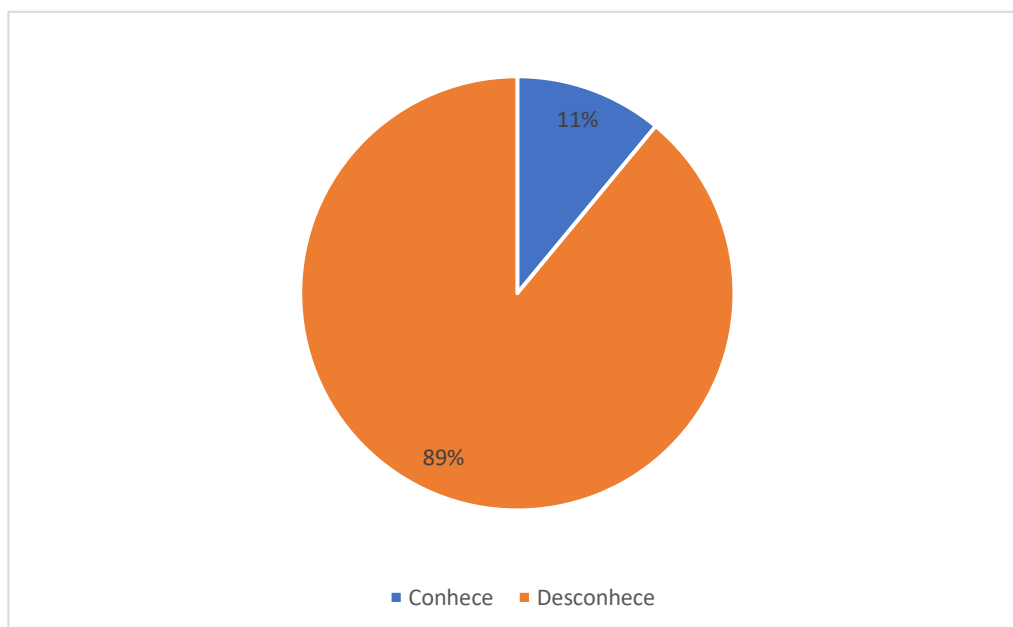


Fonte: Autoras, 2015.

O conhecimento sobre as leis e penalidades nela contidas, é assunto tratado por Capez (2007), deputado que atua na elaboração destas em favor dos animais. Conhecer a proteção legal aos animais tem como consequência conhecer a penalidade aplicada àqueles que maltratam animais e, ao menos em tese, deveria refletir em atos de bem-estar em vez de atos de maus-tratos. A autoridade policial é obrigada a proceder a investigação de fatos que configuram crime ambiental (UOL BICHOS, 2014).

Quanto ao conhecimento das leis, 18% afirmaram conhecer alguma lei de proteção aos animais, enquanto 82% não souberam citar nenhuma lei protetiva. Sobre a penalidade aplicada aos que cometem maus-tratos com animais, apenas 11% dos pesquisados acertaram ser esta de 03 meses a 01 ano e multa, conforme a Lei dos Crimes Ambientais, enquanto 89% não souberam responder (Figura 2).

Figura 2 – Conhecimento da população pesquisada acerca das penalidades aplicadas aos que maltratam animais domésticos



Fonte: Autoras, 2015.

Poucos pesquisados conhecem a existência de leis protetivas aos animais. Do mesmo modo, a maior parte não soube responder qual a pena aplicada aos que maltratam animais. Isso só demonstra a necessidade de implantação de políticas públicas de conscientização à população.

Os resultados são preocupantes, inclusive, essa ausência de conhecimento demonstrada pela população, reflete a ausência de conhecimento dos próprios parlamentares e profissionais que lidam com o Direito Ambiental. Existe, inclusive, projeto

de lei para demonstrar a ausência de conhecimento dos parlamentares acerca de suas próprias leis (GLOBO RURAL, 2011), o que é uma questão que merece o devido debate para a melhoria da legislação e da proteção por esta conferida.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a população pesquisada possui um conhecimento baixo acerca das penalidades para aqueles que maltratam animais. Dessa forma, é preciso intervenção do Estado para a implementação da educação ambiental e de medidas de sensibilização social, protegendo, conseqüentemente, os animais e a saúde pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, A.; PINTO, S. C.; OLIVEIRA, R. S. **Animais de Laboratório**: criação e experimentação. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 388. p. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 outubro 1988. ed. Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. Legislação Penal Especial. vol. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GLOBO RURAL. Projeto afirma que deputados não conhecem leis de biossegurança. **Globo Rural**, São Paulo, 2011.

LIMA, Jhéssica Luara Alves de. Um estudo acerca da legislação sobre maus-tratos com animais. 2015. 112 f. **Dissertação** (Mestrado em Ambiente, Tecnologia e Sociedade), Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, 2015.

UOL BICHOS. Conheça a legislação e as instituições que cuidam da regulamentação e proteção dos animais. **Uol**, São Paulo, 2014.

CAPÍTULO 18

REABILITAÇÃO CRIMINAL, RESSOCIALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS



Jhébica Luara Alves de Lima¹¹⁶

RESUMO

O presente artigo objetiva fazer um estudo sobre a reabilitação criminal no Brasil, sua relação com a ressocialização, com ênfase aos direitos humanos. A reabilitação criminal é um benefício criado no direito com a intenção de restituir ao condenado o direito a ter sua ficha de antecedentes criminais “apagada” após o cumprimento de sua pena. A reabilitação criminal não está ligada diretamente a ressocialização, mas com ela guarda relação, pois é um benefício que garante o sigilo dos antecedentes do condenado. O ato de discriminar aquele que cumpriu sua pena e deseja reintegrar-se em sociedade, afeta os Direitos Humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. A exclusão social pode ser considerada a mais dura pena enfrentada por um condenado no momento de seu retorno à sociedade, devendo essa atitude ser coibida como forma de garantir igualdade social e humanidade.

Palavras-chave: Reabilitação Criminal. Ressocialização. Direitos humanos. Exclusão Social.

INTRODUÇÃO

A escolha da temática se deve ao ímpeto de estudar e investigar a reabilitação criminal, suas bases, e o seu contexto em nível de Brasil nos tempos atuais, sob a ótica dos direitos humanos, uma vez que a temática sempre se mostra atual devido ser um tema de interesse na sociedade moderna, a qual está assolada por tantos crimes e ex-apenados que pagaram por seus crimes, ansiosos por uma nova oportunidade.

¹¹⁶ Pós-doutoranda em Direito pela UnB. Doutora em Direito pela UnB. Docente Adjunto A do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Possui atuação no NPJ/UFRR.

O raciocínio e meditação sobre a temática que se pretende introduzir decorre da preocupação atual da sociedade frente à preservação dos direitos humanos e a busca pela igualdade social.

A reabilitação criminal deixa muitos populares temerosos com relação à aplicabilidade das normas penais, e ao papel que o Poder Judiciário vem desempenhado nas últimas décadas em relação ao sistema penitenciário, inclusive pela promulgação da nova lei processual penal, recentíssima, a nº 12.403/2011, que traz alterações relativas à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, além de outras providências.

Serão demonstrados os fatores imprescindíveis à ressocialização dos apenados, mostrando que a sociedade é tão responsável quanto vítima, fazendo o devido debate sobre a ressocialização e a inclusão dos ex-apenados ao convívio social e humano. Necessário a criação de condições estruturais para que a reabilitação não seja apenas um papel riscado, mas que cumpra sua função social de ressocialização e efetivação de direitos.

Assim sendo, a reabilitação criminal não pode ser apenas um benefício social ou jurídico, e sim um meio de garantia de humanidade, reintegrando em sociedade os condenados que cumpriram suas penas, para que possam ser considerados seres humanos dignos de consideração e respeito.

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O Brasil em seu sistema penitenciário adota a progressividade da execução da pena, a qual pode ser cumprida em três espécies de regime, quais sejam, fechado, semiaberto e aberto. O apenado passa do regime mais severo para outro mais brando, não sendo admitido o chamado “salto” do regime fechado para o regime aberto. Para a progressão de regime são necessários alguns requisitos, são eles o bom comportamento carcerário e que o apenado tenha cumprido 1/6 (um sexto) de sua pena.

A prisão, ao contrário do que ela é, deveria representar um aparelho disciplinar em que os apenados se veriam isolados da sociedade como forma de repensar seus atos amorais e ilegais. No entanto, a prisão representa uma relação de hierarquia de uns em detrimento de outros, onde os primeiros vigiam, reprimem, isolam, enquanto estes submetem-se a todo tipo de tratamento desumano em consequência de sua má conduta.

O sistema penitenciário brasileiro, ao invés de ressocializar, acaba por condenar ainda mais o indivíduo para além de sua condenação, renegando o seu direito a uma nova oportunidade na sociedade após cumprida a sua pena.

Certo é que na penitenciária há projetos para reduzir a pena do condenado, no entanto, apesar de serem importantes instrumentos para garantir dignidade ao apenado, ainda não é capaz de, por si só, garantir sua ressocialização, eis que de caráter mais social que jurídico.

REABILITAÇÃO CRIMINAL E SEU CARÁTER RESSOCIALIZADOR

Reabilitação Criminal é um benefício jurídico criado com o intuito de restituir o condenado ao seu *status quo ante*, ou seja, para sua situação anterior à condenação, retirando de sua ficha de antecedentes criminais as anotações negativas nela apostas.

O Código Penal assim prevê acerca do instituto da reabilitação:

Código Penal

Art. 93 – A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único – A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no Art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Como se observa da transcrição do artigo, a reabilitação criminal, além de garantir o sigilo dos antecedentes criminais daquele que cumpriu sua pena, também tem o condão de suspender alguns efeitos secundários da condenação.

O instituto da reabilitação criminal produz efeitos positivos em favor da ressocialização do indivíduo que cumpriu sua pena, são eles: o sigilo sobre os registros criminais referentes ao processo e a condenação, e a suspensão dos efeitos extrapenais específicos.

Com relação ao sigilo dos registros, cumpre dizer que esse efeito é obtido após o cumprimento ou extinção da pena, como bem traz o artigo 202 da Lei de Execuções Penais.

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.

Art. 202 – Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Como o nome bem expressa, trata-se de sigilo de informações, uma vez que sendo para fins de instrução em processo pela prática de nova infração penal, os registros criminais serão utilizados. O que ocorre é a não divulgação desses dados, para que aquele que deseja reconstruir sua vida, deixando para trás o passado de crimes, possua o direito a ressocialização e a dignidade.

No que diz respeito à suspensão dos efeitos extrapenais do artigo 92 do CP, cumpre dizer que nos termos do parágrafo único do artigo mencionado, continua sendo vedado ao beneficiário da reabilitação criminal, a reintegração em cargo, função pública ou mandato eletivo, nos termos do inciso I do artigo 92 do CP, bem como continua sendo vedada a titularidade do pátrio poder, tutela ou curatela, nos termos do inciso II do mesmo diploma legal.

Código Penal

Art. 92 – São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (...) omissis

O artigo mencionado não significa que o instituto da reabilitação criminal impede que o beneficiário desse instituto goze do direito de exercer cargo, função pública ou mandato eletivo; ou o seu pátrio-poder. O que esse artigo veda é que o beneficiário da reabilitação criminal possa ser conduzido ao cargo, função pública ou mandato eletivo, anteriormente ocupado, ou possua o pater poder em relação ao filho contra o qual praticou um crime.

Importante mencionar que o instituto da reabilitação criminal não tem o condão de apagar a reincidência, mas sim de garantir seu sigilo, de modo a possibilitar àquele que praticou um crime e cumpriu sua pena, o direito a reinserção em sociedade.

A reabilitação tem o intuito de ressocializar e esta tem como objetivo o direito à humanização do período de transição da vida condicionada na instituição carcerária, ao direito a uma nova vida em paz com a sociedade. Desse modo, aquele que delinuiu e cumpriu sua pena, passa a ser o centro de reflexão sobre a ótica dos direitos humanos.

Conceituar o que seriam os direitos humanos não é tarefa simples, no entanto, é comum ouvir que são aqueles próprios da pessoa humana, direitos os quais nenhum ser

humano pode ser privado, sob pena de violação de sua honra, qualidade subjetiva por excelência.

A concepção atual de direitos humanos está estabelecida no mais importante documento jurídico em matéria de direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris no ano de 1948, onde elenca os direitos ínsitos a todos os seres humanos.

Assim sendo, os direitos humanos são um conjunto mínimo de direitos que possibilitam ao ser humano viver em sociedade com dignidade. Os direitos humanos equivalem às necessidades fundamentais da pessoa humana, resguardados pelo princípio de que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de nenhuma modalidade entre os brasileiros. A todos os seres humanos é de ser garantido o respeito devido, em igualdade de condições, sem preferência, com exceção aos casos de pessoas em condições de vulnerabilidade que, *per si*, necessitam de condições especiais.

Todo ser humano é detentor de direitos, alguns inerentes a simples condição de ser humano, os quais não podem ser violados, cabendo à lei regular atitudes discriminatórias, garantido às pessoas a preservação de seus direitos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana.

Aos que cometerem crimes, condenados com sentença transitada em julgado, que já tenha transcorrido 2 (dois) anos da data da extinção da pena, nos termos do artigo 94 do CP, é direito o benefício da reabilitação criminal, desde que preenchidos todos os requisitos necessários à sua concessão.

Dessa forma, a reabilitação criminal é vista no presente trabalho como medida de ressocialização no que diz respeito à proteção contra as informações negativas do beneficiário, facilitando seu reingresso ao convívio social.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA REABILITAÇÃO CRIMINAL

Dignidade humana é uma qualidade inerente ao ser humano, decorrente do simples fato de existir, fazendo parte de uma característica natural do próprio homem. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental irrenunciável e inalienável.

O homem é credor de um mínimo de direitos, os quais independem de qualquer critério, com exceção do simples fato de possuir condição humana, tendo sob seu domínio características atribuídas apenas aos seres humanos.

Segundo Pena Júnior (2008, p. 10), “a dignidade da pessoa humana é tão importante que, mesmo aquele que a desconhece, merece tê-la preservada”. Desse modo, a admissão como verdadeiro de que a dignidade é essencial a todos os seres humanos, pressupõe, de alguma maneira, que todos os outros direitos consagrados ao homem na Declaração Universal dos Direitos Humanos possam decorrer da dignidade humana e a ela devem observar.

Seguindo essa linha, é de se concluir que o só fato de ser pessoa humana é suficiente para que se possua dignidade, base dos valores morais de uma sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana está consubstanciado na Constituição Federal do Brasil, idealizada sob a rubrica de um Estado Democrático de Direito. A Carta Política estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, *verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;*
- II – a cidadania;*
- III – a dignidade da pessoa humana;*
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*
- V – o pluralismo político.*

O princípio da dignidade da pessoa humana orienta os demais princípios elencados na Constituição Federal Brasileira e implica inferir que o Estado existe em função do indivíduo e não propriamente as pessoas existem em função do Estado. O ponto de convergência principal deixa de ser o Estado e se transmuda para a pessoa humana.

O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) diz que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca do homem, carecedora de normas legais para sua preservação, nos seguintes termos:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente ao ser humano. O ato de discriminar outrem, por si só, fere esse princípio, tendo em vista que todos são iguais perante a lei, não devendo haver distinção ou tentativa de imposição de

um grupo sobre outro ou de uma pessoa sobre outra, menos ainda por seus antecedentes criminais.

A sociedade ao reprimir aquele que saiu da prisão, vendo-o como uma má-pessoa e não lhe oportunizando direitos, pratica conduta mais cruel do que os castigos impostos pela condenação.

Os direitos fundamentais são os direitos do homem, os quais estão efetivamente tutelados pelo Estado, através de seus preceitos constitucionais. Desse modo, os direitos fundamentais são reconhecidos e consagrados pelo Estado, devendo ser garantidos por meio de medidas eficazes ao combate a discriminação. Esses direitos consubstanciam-se nos direitos vigentes de uma sociedade democrática que prima pela ordem jurídica da nação.

A reabilitação criminal é um direito que deve ser respeitado e garantido. A ressocialização, por sua vez, acontece gradativamente, a medida em que a sociedade oportuniza direitos àqueles que desejam recomeçar suas vidas.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana é o respaldo para que aqueles que cometeram e pagaram por seus crimes possuam uma nova chance, sendo vistos como cidadãos e não como ex-presidiários.

O PAPEL DA SOCIEDADE NA LUTA PELOS DIREITOS HUMANOS DOS EX-APENADOS

A sociedade exerce importante papel na luta pela igualdade social, eis que a lei, sozinha, não tem o condão de extirpar o preconceito. “Quando se luta pelos direitos humanos, pensa-se e atua-se integralmente, tendo uma visão global da realidade em que vivemos” (DORNELLES, 1989, p. 59).

O Brasil, infelizmente, é um país de grandes desigualdades. Com relação aos ex-apeados não é diferente. Estes, ao saírem das prisões, necessitam reconstruir suas vidas, com trabalho, fruto de dignidade, no entanto, muitas vezes, a sociedade tem negado esse direito, fechando as portas.

Alterações nessa condição de desigualdade são fundamentais, porém, devem partir da própria sociedade, aliada à políticas públicas de apoio aos ex-apeados. Necessário a criação de condições estruturais para viabilizar a ressocialização do preso.

Infelizmente, as prisões não tem caráter ressocializador, sendo essa tarefa de difícil execução, dada a superlotação das prisões, a falta de recursos financeiros, e a própria

estrutura do poder público em relação aos apenados. O Poder Executivo não possui o aparelhamento necessário para executar a Lei de Execuções Penais.

Denise de Roure (1998, p. 15) assim se manifesta em relação a ressocialização nas prisões: “falar em reabilitação é quase o mesmo que falar em fantasia, pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem ao meio social”.

Uma vez que o Poder Público não tem o poder de agir sozinho em favor dos ex-apanados no que diz respeito a sua ressocialização, cabe à sociedade agir. O primeiro passo é deixar a visão preconceituosa de que o condenado não pode ser um bom cidadão. É preciso, assim como o instituto da reabilitação criminal, apagar o passado criminoso do ex-apanado, não devendo ser colocado sobre este um rótulo de má-índole.

Ademais, necessária mobilização social no sentido de oferecer ao ex-apanado uma oportunidade de trabalho.

Fundamental a valorização da pessoa como ser humano, desenvolvendo uma política social de conscientização, de modo a incutir na sociedade o respeito mútuo, acreditando que o ser humano é capaz de regenerar-se, sob pena de abalar a segurança nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal brasileira atual trouxe consigo muitos dispositivos em prol da igualdade, da não discriminação, da preservação dos direitos humanos, este último, previsto no artigo 1º do mencionado diploma legal como sendo um direito fundamental.

Os direitos fundamentais são inerentes ao homem por sua condição de humano, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental que não se pode renunciar ou vender.

A discriminação em relação àquele que já foi preso fere os direitos humanos à medida que, comparando este com o cidadão que jamais foi submetido a prisão, os primeiros são vistos em situação de inferioridade.

A reabilitação criminal é um importante instrumento para ressocialização dos ex-apanados, no entanto, importante mencionar que o sistema penitenciário brasileiro necessita, imediatamente, de uma reestruturação voltada para a humanização.

As pesquisas bibliográficas auxiliaram na realização deste trabalho de análise e crítica ao sistema penitenciário brasileiro, e principalmente, ao papel que a sociedade exerce na ressocialização do condenado que cumpriu sua pena. Não fornecer meios para garantir cidadania àqueles que saem das prisões, estimula, ainda mais, a violência e a discriminação.

A igualdade depende de um maior esclarecimento da população, a educação é a base de uma sociedade organizada.

Assim sendo, as ações do Poder Público não são capazes de, sozinhas, promover uma mudança na sociedade, no entanto, com a difusão da igualdade social e dos direitos humanos, a visão da sociedade se amplia, bem como as gerações futuras nascem com um novo olhar, de cunho positivo.¹¹⁷

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Res publica: Ensaio constitucional**. Coimbra: Almedina, 1998.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de Criminologia**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROURE, Denise de. Panorama dos Processos de Reabilitação de presos. **Revista CONSULEX**, Ano III, nº 20, Ago. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

¹¹⁷ Esse artigo foi publicado originariamente na Revista *Âmbito Jurídico* e está disponível para leitura em: LIMA, J. L. A. Reabilitação criminal, ressocialização e direitos humanos. *Âmbito Jurídico*, ano XIV, n. 92, 2011.

CAPÍTULO 19

MEDIDAS DE SEGURANÇA, ESPÉCIE DE SANÇÃO PENAL



Jhessica Luara Alves de Lima¹¹⁸



Eduarda Shirley Fernandes de Oliveira Vale Pedrosa¹¹⁹



Lindocastro Nogueira de Moraes¹²⁰



Carmem Tassiany Alves de Lima¹²¹

RESUMO

As medidas de segurança, por vezes, são confundidas pela sociedade civil com pena. Em verdade, as medidas de segurança tratam-se de sanção penal. No caso, são providências de caráter preventivo, com fundamento na periculosidade do agente, aplicadas pelo(a) juiz(a) na sentença, por prazo indeterminado – até a cessação da periculosidade –, e que têm por destinatários os inimputáveis e os semi-imputáveis. O objetivo do presente estudo é divulgar o instituto da medida de segurança. A relevância do trabalho dá-se diante de um

¹¹⁸ Pós-doutoranda em Direito pela UnB. Doutora em Direito pela UnB. Docente Adjunto A do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Possui atuação no NPJ/UFRR.

¹¹⁹ Mestre em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Docente do curso de Direito da Universidade Potiguar (UnP). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ/UnP).

¹²⁰ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

¹²¹ Mestre em Cognição, Tecnologias e Instituições pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Assistente Social da UFERSA e do Instituto Metrôpole Digital (IMD).

país com altos índices de pessoas que cometem crimes e se enquadram nos conceitos de inimputáveis e os semi-imputáveis. Como considerações finais, temos que as medidas de segurança visam a prevenção do delito e a proteção da sociedade.

Palavras-chave: Sanção penal; Inimputáveis; Semi-imputáveis.

INTRODUÇÃO

O que é uma medida de segurança? É um instrumento de proteção social e terapia individual. É uma medida de natureza preventiva e assistencial, cujo fundamento reside na segurança da comunidade (SANTOS, 2007).

A medida de segurança não é pena, e sim tratamento a que deve ser submetido o(a) autor(a) de crime com o objetivo de ficar curado ou, no caso de tratar-se de portador de doença mental incurável, de torna-se apto a conviver em sociedade sem voltar a cometer crimes (CARTILHA, 1999). Ou seja, são providências de caráter preventivo, com fundamento na periculosidade do agente, aplicadas pelo(a) juiz(a) na sentença, por prazo indeterminado (até a cessação da periculosidade), e que têm por destinatários os inimputáveis e os semi-imputáveis. A diferença do inimputável para o semi-imputável está no art. 26 do Código Penal (BRASIL, 1940).

CONCEITO DE IMPUTABILIDADE: INIMPUTÁVEIS E SEMI-IMPOTÁVEIS

Primeiramente, é importante saber o que é imputabilidade, para sabermos quem são os inimputáveis e os semi-imputáveis. A imputabilidade é o conjunto de capacidades mentais, analisadas no momento do ato, para que alguém seja capaz de responder penalmente sobre determinado delito, estabelecendo o nexó causal entre o agente e a conduta ilícita praticada. Ou seja, é a capacidade de culpabilidade, ou seja, no conjunto de condições que permitem que o agente seja juridicamente imputado pela prática de um fato punível, devendo estar presentes o elemento cognitivo e o elemento volitivo.

O elemento cognitivo é a capacidade mental de conhecer o caráter criminoso da conduta ilícita. Já o elemento volitivo é a autodeterminação ou autocontrole de uma conduta. Na falta dos dois elementos, ou de um deles, estaremos diante dos indivíduos inimputáveis, e os semi-imputáveis ou com imputabilidade reduzida.

Na presença de um agravo a saúde mental, existindo uma condição biológica com a existência de um transtorno mental, agregado a uma condição psicológica – razão pela qual o agente fica totalmente incapaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta e da autodeterminação de seus atos –, o indivíduo será isento de pena, uma vez que é inimputável. A inimputabilidade compreende a ausência da imputabilidade. Observa-se que o Código Penal adota o critério biopsicológico, e deve-se atender a correta comprovação das condições biológicas e psicológicas do momento do ato ilícito.

Já a semi-imputabilidade é a perda parcial da compreensão da conduta ilícita e da capacidade de autodeterminação ou discernimento sobre os atos ilícitos praticados, compreende a redução da imputabilidade. Tem como implicação a atenuação da pena conforme elenca o artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, que diz:

Art. 26. (...) Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ou, ainda, ocorrendo necessidade, pode existir a substituição da pena para tratamento curativo, internação ou tratamento ambulatorial, conforme dispõe o artigo 96 do Código Penal que traz as espécies de medidas de segurança:

Espécies de medidas de segurança

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Desse modo, existe a substituição da pena restritiva de liberdade para a medida de segurança. O Código Penal diz no artigo 97:

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como dito, medida de segurança não é pena. São 3 os tipos de penas: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa (art. 32, CP). Quem é inimputável ou semi-imputável, recebe a sanção da medida de segurança (Sentença absolutória imprópria).

A missão da medida de segurança é evitar que o agente perigoso volte a delinquir.

PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

São pressupostos para a aplicação das medidas de segurança: a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente.

Sobre o reconhecimento da prática de fato previsto como crime, tem-se que está vedada, pois, a aplicação da medida de segurança quando não há provas de que o réu cometeu a infração penal ou quando extinta a punibilidade – seja antes ou depois da sentença condenatória, conforme art. 96, parágrafo único, Código Penal –, ainda que reconhecida a inimputabilidade por doença mental (GONÇALVES, 2019). Quanto a periculosidade do agente, importa a probabilidade de vir novamente a delinquir (GONÇALVES, 2019).

Para ter um crime, é preciso um fato típico, que a conduta seja ilícita e que haja culpabilidade. Com esses elementos, estamos diante de um crime, que merece uma pena, que vem por meio de uma sentença condenatória.

Já no caso das medidas de segurança, temos um fato típico, temos uma conduta ilícita, mas não temos a culpabilidade; o que temos aqui é a periculosidade do agente; que merece uma medida de segurança, que vem por meio de uma sentença absolutória imprópria. Observação: A absolutória própria são as que conhecemos, como por exemplo, quando reconhecida a inocência do agente.

Reconhecidos os pressupostos, a medida de segurança é aplicada pelo juiz que decidir o processo de conhecimento. O juiz da execução será competente para determinar “a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança” (art. 66, V, d, da Lei de Execução Penal) nos casos de superveniência de doença mental ou de perturbação da saúde mental (art. 183 da Lei de Execução Penal) (BRASIL, 1984).

ESPÉCIES DE MEDIDA DE SEGURANÇA

São espécies de medida de segurança, duas: detentiva e restritiva.

A detentiva consiste em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou à falta, em outro estabelecimento adequado, conforme se verifica do art. 96, inciso I do Código Penal (BRASIL, 1940). Já a restritiva é a que ocasiona sujeição do agente a tratamento ambulatorial, nos termos do art. 96, inciso II do Código Penal (BRASIL, 1940).

O tratamento ambulatorial é aquele em que o paciente passa o dia recebendo todo o suporte necessário para a sua saúde, com profissionais das mais diferentes áreas. Neste tipo de tratamento ele não precisa se afastar de seu convívio com seus familiares e deixar de executar as suas atividades do dia a dia. Já a internação é um método de tratamento, em que a pessoa sai da sua convivência social e familiar durante determinado tempo, onde recebe todos os acompanhamentos essenciais a sua saúde seja física ou psicológica (SELBMAN, 2021).

De acordo com a antropóloga Débora Diniz, professora e pesquisadora na UnB, no Estado de Roraima, por exemplo, não existe nenhum Hospital de Custódia de Tratamento e nenhuma Ala de Tratamento Psiquiátrico que atenda pessoas em Medida de Segurança de Tratamento (DINIZ, 2013).

O internado deverá ser submetido obrigatoriamente aos exames psiquiátrico, criminológico e de personalidade, conforme artigos 100 e 174 c/c os artigos 8º e 9º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, se a conduta do sentenciado revelar necessidade de providências para fins curativos, ele poderá ser internado (art. 97, § 4º) (BRASIL, 1940).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, as medidas de segurança, previstas no art. 96 do Código Penal são importante instrumento para a tomada de providências de caráter preventivo que têm por fundamento a periculosidade do(a) agente, aplicadas pelo(a) juiz(a) na sentença, por prazo indeterminado, no caso, até a cessação da periculosidade, e que têm por destinatários os inimputáveis e os semi-imputáveis; aplicando-lhes sanção penal e não pena. É importante reconhecer a natureza jurídica deste instituto, cujo fundamento reside na segurança comunitária. Portanto, temos que as medidas de segurança visam a prevenção do delito e a proteção da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, de 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan.1941.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, de 13 jul. 1984.

CARTILHA dos Direitos e Deveres do Preso. **Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, 1999.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Sinopses Jurídicas - direito penal**. v. 7. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SELBMAN, Fabrício. Tratamento Ambulatorial: entenda como funciona a abordagem. **Grupo Recando**, 16 mar. 2021.

CAPÍTULO 20

A AÇÃO DA FORÇA POLICIAL BRASILEIRA PERANTE OS CIBERCRIMES: CONSIDERAÇÕES E POTENCIALIDADES

João Gabriel Saldanha de Almeida¹²²Saullo Henrique Chaves de Castro¹²³Rafael Danrley Barra de Menezes¹²⁴

RESUMO

Os cibercrimes, mesmo praticados na seara virtual, atingem todos os ramos do direito, e se materializam objetivamente em consequências desfavoráveis para a população. No Brasil, essa se constitui uma problemática cada vez mais premente, visto o notório crescimento de seus atentados. Essa questão está relacionada por um lado à falta de informação sobre o uso seguro da internet por parte da população, e por outro lado, ao flagrante atraso da ação policial no combate a estes crimes, evocando o sentimento de uma terra sem lei ao ciberespaço. Assim, neste trabalho será abordada, mediante revisão de literatura, a falta de preparo dos órgãos policiais brasileiros perante os cibercrimes. Ao fim, são apresentadas possibilidades e ações de enfrentamento possíveis por parte dos agentes policiais e a própria população no combate a estes crimes virtuais.

Palavras-chave: Cibercrimes. Internet. Segurança. Ineficiência Policial.

¹²²Discente do 10º período do curso de Direito da Universidade Potiguar (UnP). E-mail: joaogsdealmeida15@gmail.com.

¹²³Discente do 10º período do curso de Direito da Universidade Potiguar (UnP). E-mail: saullohenrique99@gmail.com

¹²⁴Professor DNS I da Área de Ciências Jurídicas da Universidade Potiguar (UnP). Assessor de Gabinete de Juiz no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN). Mestre em Ensino pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). E-mail: rafaeldbarram@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Ao final do século XX, adentra-se a era da pós-modernidade, assim intitulada no sentido de vinculação da realidade vivida globalmente face aos imperativos da sociedade do conhecimento e da informação, via “ondas tecnicistas, como a informática e a microeletrônica” (GAMBOA, 2001, p. 87). Fenomenicamente, essa transição aporta tanto rupturas quanto continuidades, e que muito tem transformado a dinâmica do trabalho e a comunicação, contudo, pouco se transformaram as relações de poder mediante a inércia formas de organização social e relações de propriedade, a despeito das transformações dos meios produtivos.

Estruturas sociais produtivas mantiveram-se, assim, privilegiando grupos dominantes da sociedade, em controle dos processos produtivos e em apropriação das inovações tecnológicas para o acúmulo de poder. Nesse aspecto, o volume de dados e informações produzidas na égide da sociedade informacional evocam um rigoroso fluxo de competitividade, erigido de forma vigorosa, gerando “reservas de mercado e [...] segredos industriais como a atual sociedade capitalista” (GAMBOA, 2001, p. 88).

Historicamente o ser humano tem buscado a evolução tecnológica, criando instrumentos que o auxiliem no objetivo dos avanços da humanidade e, sem dúvidas, uma das maiores conquistas foi a criação da internet, que está presente em todos os locais e contextos sociais, sendo impossível negar o usufruto desta ferramenta no cotidiano das pessoas. A internet trouxe consigo uma revolução informacional e tecnológica, que deve-se ressaltar, é produto dos processos de globalização, que tem implicado um caráter irreversível da interconexão mundial, gerando impactos indelévels na produção e organizações industriais e na comercialização dos produtos, e entrementes, na organização e desenvolvimento de relações geopolíticas e democráticas (JAMERSON, 2001).

Jamerson (2001) elabora que a globalização é um conceito comunicacional que ora mascara, ora transmite significados culturais ou econômicos em específico. Em atenção a desafiadora tarefa de definir aquilo que seria globalização, o autor manifesta no processo de análise dos elementos desse fenômeno a análise e interpretação dos fatores que aduzem para a sua instrumentalização, tributária à natureza das redes de comunicação mais intrincadas e extensas, e as inovações notáveis na tecnologia de comunicação; assim como dependente da ampliação tendencial dos processos de

modernização nos Estados-nação vide a produção de reformas de seus aparelhos e modos de regulação e governança.

No bojo das transformações aportadas pelo processo de crescimento da internet, de derrubada das fronteiras entre o global e local, se instalou uma notória dificuldade da função legislativa e regulatória para o acompanhamento da velocidade dessas transformações, que na produção do ciberespaço e ampliação desenfreada de suas possibilidades, tem se visto tolhido no exercício de garantir a segurança nas redes e coibir crimes virtuais. Para além disso, criminosos com um demasiado conhecimento do ciberespaço aproveitam tanto as lacunas na perspectiva da regulação/regulamentação, como também a falta de domínio da informação da população no geral, utilizando disso em seu próprio benefício.

Segundo o sociólogo alemão Castells (2003, p. 8) “atividades econômicas, sociais, políticas, e culturais essenciais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela internet e em torno dela.”. Diante disso, é possível notar a importância dessa para a sociedade, correspondendo não somente questões científicas e tecnológicas, mas envolvendo o convívio social encurtando relações onde os amigos e familiares podem se comunicar de qualquer local, de forma que também tem servido como ferramenta imprescindível de trabalho para várias pessoas.

Nesse contexto, estima-se que 81% da população brasileira com mais de 10 anos têm acesso à internet em casa (CERT.BR, 2020). Com essa alta conectividade, igualmente elevada é a incidência dos cibercrimes, já que a falta de informação dos usuários e a estrutura policial para o combate aliados à dificuldade do arcabouço normativo em acompanhar as evoluções das tecnologias de informação e comunicação, tem criado um ambiente propício à prática dos delitos no meio virtual, de forma que, muitos cibercrimes ocorrem diariamente ocasionando várias vítimas, como também há os chamados “ciclos efêmeros”, onde esses estão sempre se reinventando e criando novas formas de burlar o ciberespaço.

De acordo com Alan Moreira Lopes (2012), a Policial Federal apurou que oito a cada dez *hackers* ativos no mundo vivem no Brasil, tendo também dois terços de páginas criadas com o intuito de espalhar pedofilia na internet com origem brasileira. Inúmeras fraudes financeiras sediadas na internet e por correios eletrônicos já superaram, em valores, os prejuízos de crimes de roubo praticados em agências de banco e em caixas eletrônicos, ao passo que o cibercrime já é classificado como a terceira grande ameaça

às potências mundiais, perdendo somente para as armas químicas, bacteriológicas e nucleares.

Segundo Cassanti (2014, p. 89-90) “as forças policiais no Brasil não estão estruturadas e treinadas adequadamente para enfrentar, com eficiência, os crimes virtuais”, que tem sido um dos fatores primários para a alta incidência dos cibercrimes, eis que a falta de policiamento e fiscalização no espaço virtual trazem a sensação de uma terra sem lei, fator este determinante para o crescente número de sujeitos ativos da problemática e a baixa solução de casos.

Muitos são os incentivos fiscais oferecidos pelo Governo Federal para a compra de computadores e democratização ao acesso à internet no Brasil, porém, não basta só ceder o acesso ao usuário, mas há a necessidade de protegê-lo de eventuais problemas que possam a vim acontecer em virtude do cibercrime, sendo necessário ensinar a população como utilizar o ciberespaço da melhor maneira possível, bem como na qualificação de policiais capacitados ao combate desses crimes que, tendo em vista o número de usuários crescente e a falta de instrumentos auxiliares, acaba por dificultar muito a fiscalização e punição dos criminosos.

Com isso, a presente pesquisa objetiva analisar a ação da força policial brasileira perante os cibercrimes. A fim de atingir o objetivo da pesquisa, este estudo utiliza da abordagem exploratória, com vistas a contextualizar elementos importantes do desenvolvimento tecnológico da atualidade.

A AÇÃO POLICIAL BRASILEIRA PERANTE OS CIBERCRIMES

Uma das principais questões que implica diretamente na ocorrência dos crimes virtuais é a falta de estrutura policial para investigação dos delitos. Dificilmente os criminosos são responsabilizados e punidos, ao passo que as vítimas são afetadas continuamente e, nos casos mais graves, cometem até suicídio.

A utilização das novas tecnologias é uma realidade em todas as sociedades e aos cidadãos de bem, faz-se necessário que o Estado permita que estes usufruam da tecnologia de maneira tranquila, combatendo a criminalidade no meio digital e permitindo que usuários normais vivam a sua vida com auxílio da tecnologia. A sociedade atual vive parte de suas relações jurídicas de maneira virtual, devendo o Estado combater os crimes e permitir a tranquilidade no meio digital (BRITO, 2020, p. 23)

Conforme a criminalidade cresce exponencialmente todos os anos, a tecnologia envolvida nos instrumentos policiais e o corpo de profissionais vão ficando cada vez mais

para trás, deixando as delegacias especializadas sobrecarregadas e um índice de resolução dos crimes no ciberespaço baixo, ocasionando assim, um sentimento de impunidade na internet, sendo fator primário para os ocorridos.

Os cibercrimes consistem em uma das modalidades mais difíceis de investigação para os policiais. A busca por provas sempre será uma batalha exaustiva, cuja autenticação das mesmas é extremamente difícil e a punição igualmente fatigante, tendo o anonimato como forte arma dos criminosos (DIAS, 2010).

As dificuldades de prevenção, investigação, perseguição, comprovação e punição do cibercrime jazem nas suas características. O seu carácter transnacional, que permite o refúgio nas leis territoriais mais favoráveis e um ciberrasto mundial, aliado à permanência do facto que é automático, com a protecção do anonimato das redes, leva a uma extensa e alta lesividade dos danos, sendo a cifra negra elevada, o que aproxima o cibercrime do almejado crime perfeito. (DIAS, 2010, p. 85)

O trabalho das polícias judiciárias no ciberespaço é bastante semelhante do rito de qualquer outro crime conforme dita o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei 3.686, de 3 out. 1941), no qual o delegado de polícia fará a instauração do inquérito policial logo após tomar conhecimento do fato delituoso, fazendo todas as diligências com o objetivo de buscar a apuração dos fatos e sua autoria.

Diante do elevado número de cibercrimes, um dos mecanismos criados foi a chamada Safernet (organização não governamental que reúne especialistas no combate aos cibercrimes com o objetivo de promover os direitos humanos na internet) em parceria com o Ministério Público Federal. Nela, é possível denunciar pornografia infantil, racismo, apologia e incitação a crimes contra a vida, xenofobia, neonazismo, maus tratos contra animais, intolerância religiosa, homofobia e tráfico de pessoas (BARRETO; BRASIL, 2016).

Recebida a denúncia pelo Safernet, a própria fará a análise do conteúdo em busca de comprovar a materialidade envolvida no fato e em seguida, encaminhará para o Ministério Público e para a Polícia Federal, a fim de descobrir a autoria do crime e aplicar a devida punição.

No tocante ao combate aos cibercrimes, a legislação brasileira em sua vigência traz na Lei nº 12.735/12, em seu art. 4º, dispõe: “os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado” (BRASIL, 2012).

O Estado brasileiro tem o desafio da criação de delegacias com uma rede eficaz e eficiente no que se refere ao campo investigativo dos crimes cibernéticos. Além da existência orgânica destas, será necessário também a estruturação física, com equipamentos de ponta e um corpo de profissionais extremamente capacitados para a investigação de crimes virtuais praticados por pessoas com alto conhecimento em TICs. (SOBRAL, 2013).

Os órgãos policiais, de fato, não estão preparados e nem com estrutura que os deixem em paridade com os cibercriminosos, pelo contrário, Estados como o Rio Grande do Norte extinguiram completamente setores especializados da Polícia Civil em investigação dos crimes de alta tecnologia (Nicat). A portaria normativa que pôs fim ao Núcleo que investigava os crimes virtuais no estado foi assinada pelo delegado-geral Ricardo Sérgio Costa de Oliveira e publicada no Diário Oficial do Estado, onde ele admite que o Nicat carece de organização, estruturação, pessoal e disciplina de gestão administrativa permanente para alcançar a eficiência de resultados na prestação dos serviços públicos (CASSANTI, 2014).

É preciso haver uma paridade de conhecimento entre os policiais e os criminosos para que seja possível a persecução penal. Para isso, é necessário que as autoridades tenham acesso a uma equipe de especialistas ou tenham condições de capacitar, dentre seus membros, um grupo de agentes para atuar nessas questões. O investimento tem de ser constante, permitindo também o intercâmbio de conhecimento entre as diversas instituições, além do processo de capacitação seja disponível permanentemente (COSTA, 2017).

O sucesso das investigações dos cibercrimes depende de um avanço em conjunto de todas as autoridades judiciárias, policiais, advogados e demais operadores jurídicos e funcionários. Impreterivelmente há a necessidade da criação de polícias especializadas, os chamados *cybercops*, *electronic police patrols* ou *Task Forces* especializadas com elevados conhecimentos tecnológicos, científicos e forenses na área. Capital também será a necessidade de investimento de recursos técnicos, humanos e monetários, sendo este de suma importância ao combate dessas organizações criminosas especializadas no ciberespaço. Só mediante o domínio completo do funcionamento da rede e da internet, as autoridades conseguirão um certo êxito, sendo possível perseguições em tempo real, diminuição no tempo de buscas, e a realização de uma correta colheita de provas digitais que permitam a condenação dos infratores (DIAS, 2010).

A abordagem mais lógica para a resolução da temática, é a criação de uma força-tarefa multiagência, tendo em vista a territorialidade incerta da problemática, com a participação de todas as esferas governamentais do país. Em primeiro lugar para a criação dessa, deve ser observado o interesse do indivíduo de estar integrando, uma vez que, ele poderá ser treinado da melhor maneira possível, e também a capacidade demonstrando ser tecnicamente proficiente e um bom investigador em assuntos policiais (ARAUJO FILHO, 2019).

Essa força-tarefa não deve cingir-se às fronteiras dos entes federados brasileiros, mas devem ultrapassar as fronteiras do país. Em sendo a internet fonte da derrubada das fronteiras entre o global e o local, notadamente por sobrepujar-se às modalidades analógicas de transmissão de informação e de capitalização do processo de globalização, o pensar das estratégias deve considerar a atuação cooperada entre nações.

Nesse contexto, a cooperação internacional para o combate de cibercrimes tem ganhado relevância após o início do processo de incorporação ao ordenamento interno da Convenção sobre o Crime Cibernético (Convenção de Budapeste), marcado pela aprovação, pelo Senado Federal, do texto da Convenção de Budapeste em dezembro de 2021, materializada no decreto legislativo n. 37/2021 (SENADO FEDERAL, 2021).

De acordo com o Ministério Público Federal, a incorporação do referido tratado internacional fomenta a cooperação internacional para o combate ao cibercrimes, uma vez que há previsão expressa na Convenção de Budapeste para que sejam empreendidos métodos de cooperação entre os Estados-partes (COOPERAÇÃO..., 2022).

Contudo, a Convenção de Budapeste, apesar de sua contribuição para o estabelecimento de acordo de cooperação internacional, pode não parecer suficiente a médio ou longo prazo como diretriz frente aos cibercrimes. Conforme Ferreira e Watanabe (2022, p. 303):

A convenção de Budapeste, a despeito de tratar especificamente do cibercrime, foi firmada apenas no sistema regional europeu, e mesmo aberta à assinatura de outros países, não dispõe de mecanismos de monitoramento ou sanções ao descumprimento de suas diretrizes, funcionando apenas como um tratado de cooperação jurídica internacional na matéria.

Diante deste cenário, à guisa de implementação de proteção e enfrentamento, a cooperação, seja interna quanto externa, aliada ao preparo contínuo das forças de segurança estatais para garantir uma paridade de conhecimento entre agentes policiais e criminosos na internet tem extrema relevância no combate aos cibercrimes. Os

malfeitores estão diariamente reinventando seus métodos e ferramentas dificultando cada vez mais a elucidação dos casos, fator esse obstante a persecução penal.

CONCLUSÃO

Fato que a humanidade está cada vez mais dependente da tecnologia, sendo a internet um dos meios mais democráticos e importantes ao desenvolvimento humano, fazendo assim, a segurança cibernética um dos assuntos mais importantes que merecem estar em pauta nas esferas públicas de todos os países.

Diante de todas as informações apresentadas, pode-se observar que apesar dos esforços governamentais brasileiros para que haja um processo de modernização e inclusão tecnológica na sociedade, porém, o governo mostra-se não só ineficiente diante dos tipos de ameaça que podem surgir com o esse avanço, mas quase que displicente acerca da problemática, negligenciando tanto a população por um desfalque nos meios de transmissão de meios de prevenção a ataques cibernéticos, quanto a força policial por uma falta de preparo de seus agentes policiais contra esses tipos de ameaças advindos do uso da internet.

Diversos tipos de ameaças podem advir do uso imprudente da internet e algumas maneiras em que os usuários podem usar para prevenir-se contra esses tipos de ataques, no entanto apenas meios de prevenção não são o suficiente, faz-se necessário que haja programas e cursos de treinamento policial contra esses tipos de ataques e maneiras eficientes de resposta a ele.

Fato é que, sempre que houver a implementação de um novo sistema de segurança o número de casos despencará e em seguida, quando os criminosos conseguirem outras formas de invasão que burlem os sistemas mais sofisticados de segurança, voltará o crescimento desenfreado dos cibercrimes.

Tendo isso em vista, há de fazer-se relevante o acelerado conhecimento adquirido pelos criminosos em face da estacionária evolução policial na problemática. A falta de paridade de armas, sem dúvidas, é o fator determinante para a falta de êxito na localização e identificação dos infratores. De tal maneira, a cooperação internacional pode servir como subsídio às forças nacionais de segurança que atuam contra os cibercrimes, uma vez que seria possível o compartilhamento de conhecimentos informáticos com a conseqüente potencialização das defesas estatais e melhoria das políticas nacionais de enfrentamento à criminalidade cibernética.

A criação de treinamentos especializados e atualizados quanto às eventuais novas modalidades de crimes cibernéticos voltados às polícias judiciárias, bem como o investimento em equipamentos de alta tecnologia e a especialização de delegacias são imprescindíveis ao combate aos cibercrimes, fazendo com que as forças policiais assumam uma posição de igualdade frente aos autores de cibercrimes.

Não se pode olvidar que em face da derrubada de fronteiras verificada após o advento e evolução da internet e das tecnologias que encontram executadas no mundo virtual, que torna incerto o lugar da grande maioria dos delitos cibernéticos, se torna premente a cooperação nacional e internacional com o objetivo de garantir mais eficiência à atuação policial no combate aos cibercrimes, devendo a cooperação ser operacionalizada além da transmissão de informações para identificação da autoria dos delitos, mas com o compartilhamento de novas tecnologias e boas práticas que imprimam maior celeridade ao processo investigativo e à persecução penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO FILHO, José Mariano de. **Criminalidade cibernética: panorama atual e perspectivas**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76742/criminalidade-cibernetica-panorama-atual-e-perspectivas>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de Investigação Cibernética: À luz do Marco Civil da Internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.735/12, de 30 de novembro 2012**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm. Acesso em: 19 de novembro de 2021.

BRITO, Maximo. **A prática das fake news e a falsa sensação de anonimato**, 2020. Disponível: <https://mximobrito.jusbrasil.com.br/artigos/899194957/a-pratica-das-fekenews-e-a-falsa-sensacao-de-anonimato>. Acesso em: 12 jun 2021.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A GALÁXIA DA INTERNET: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. [S.l]: Zahar, 2003.

CERT.BR. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC Domicílios 2020: edição COVID-19**, São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021.

COSTA, Thabata Filizola. **Desafios para a investigação de crimes digitais**. 2017. Disponível em: <https://thabatafc.jusbrasil.com.br/artigos/351838651/desafios-para-a-investigacao-de-crimes-digitais>. Acesso em: 19 nov. 2021.

COOPERAÇÃO internacional rápida e efetiva é essencial no combate ao cibercrime, aponta MPF. **Procuradoria-Geral da República**, 2022. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/cooperacao-internacional-rapida-e-efetiva-e-essencial-no-combate-ao-cibercrime-aponta-mpf> Acesso em 06 jun 2022.

DIAS, V. E. **A problemática da investigação do cibercrime**. 2010. Disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p063-088.pdf. Acesso em 19 de maio de 2022.

FERREIRA, Julio Cesar de Souza; WATANABE, Carolina Yukari Veludo. Cibercriminalidade: um novo desafio para o sistema global de proteção aos direitos humanos. **Conjecturas**, vol. 22, n. 5, [S.I.], p. 284-307, 2022.

GAMBOA, Sílvio Sanchez. A globalização e os desafios da educação no limiar do novo século. *In*: SANFELICE, José Luís. (Org.). **Globalização, Pós-modernidade e Educação**: história, filosofia e temas transversais. Campinas: Associados, 2001, p.79-106.

JAMERSON, Fredric. Globalização e estratégia política. *In*: JAMERSON, Fredric. **A cultura do dinheiro: ensaios sobre a globalização**. Rio de Janeiro: Vozes, 2001. Tradução de Maria Elisa Cevalco, Marcos César de Paula Soares, 2001, p.17-72.

LOPES, Alan Moreira. **Crimes praticados por meio eletrônico**. Curitiba: Ag Book, 2012.

SENADO FEDERAL. Decreto legislativo n. 37, de 2021. **Aprova o texto da Convenção sobre o Crime Cibernético, celebrada em Budapeste, em 23 de novembro de 2001**, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/35289207/publicacao/35300588>. Acesso em: 06 jun. 2022.

SOBRAL, Carlos Eduardo Miguel. **Análise da Lei Carolina Dieckmann**, 2013. Disponível em: <http://www.emersonwendt.com.br/2013/02/artigo-analise-da-lei-carolina.html#.Up88-tl3uSo>. Acesso em 18 de novembro de 2021.

CAPÍTULO 21

CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO PENAL

Jhessica Luara Alves de Lima¹²⁵Lindocastro Nogueira de Moraes¹²⁶Carmem Tassiany Alves de Lima¹²⁷

RESUMO

O tema da ação penal é tratado a partir do artigo 100 do Código Penal, o qual traça regras básicas e declara que esta pode ser pública ou privada. A ação penal possui nomenclaturas técnicas muito específicas e que devem ser de conhecimento daqueles que trabalham ou pretendem trabalhar na seara criminal. Sendo assunto basilar e necessário, importante suscitar pontos imprescindíveis ao conhecimento da matéria. O objetivo é levantar considerações sobre a ação penal, disseminando conhecimento na área criminal àquele que, eventualmente, enquanto sociedade civil ou iniciantes no curso de graduação em Direito, desconhecem. A pesquisa legislativa é a base do trabalho. Como considerações finais, temos que em havendo violação da lei penal, o direito de ação penal deve ser o instrumento eficaz para exigir do Estado a aplicação da lei no caso concreto.

Palavras-chave: Ação Penal; Seara Criminal; Regras Básicas.

¹²⁵ Pós-doutoranda em Direito pela UnB. Doutora em Direito pela UnB. Docente Adjunto A do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Possui atuação no NPJ/UFRR.

¹²⁶ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

¹²⁷ Mestre em Cognição, Tecnologias e Instituições pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Assistente Social da UFERSA e do Instituto Metrópole Digital (IMD).

INTRODUÇÃO

A regra é que os processos judiciais na seara criminal se iniciem por iniciativa do Ministério Público. Essa afirmação tem por base o artigo 129, inciso I, da Constituição do Brasil que assim estabelece. Nesse caso, em que o processo criminal é iniciado por iniciativa do Ministério Público, estamos diante de uma “ação penal pública”. Entretanto, inserido na classificação “ação penal pública”, estão: a “ação penal pública incondicionada” e “ação penal pública condicionada à representação”.

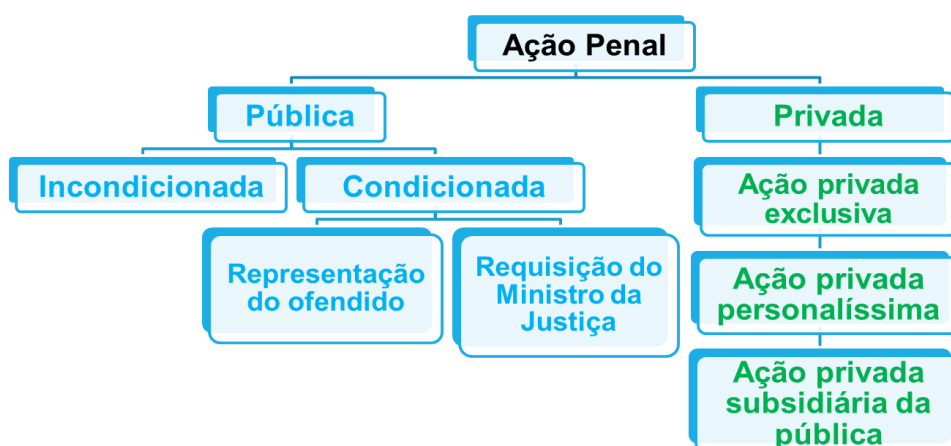
Por sua vez, a ação também pode se iniciar por iniciativa privada. É a chamada “ação penal privada”. Esta subdivide-se em três: “ação privada exclusiva”, “ação privada personalíssima” e “ação privada subsidiária da pública”.

É importante saber diferenciar os institutos penais para que o jurista da seara criminal obtenha êxito em suas demandas e projetos, razão pela qual o artigo traz conceitos básicos, mas de fundamental importância ao estudo do Direito Penal.

AÇÃO PENAL

O artigo 100 do Código Penal traça as regras básicas em torno da ação penal e declara que ela pode ser pública ou privada (BRASIL, 1940). Ou seja, no Brasil nós temos duas espécies de ação penal: ação penal pública e ação penal privada, como vocês podem ver na figura 1.

Figura 1 – Esquema da ação penal



Fonte: Autores, 2022.

Embora a ação penal seja matéria de Direito Processual Penal, o direito de punir é direito penal subjetivo.

Ação Penal Pública e Ação Penal Privada

A ação penal pública, conforme art. 129, inciso I, da Constituição do Brasil, é de iniciativa exclusiva do Ministério Público. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)” (BRASIL, 1988).

Por que nós chamamos de ação pública? Porque o titular da ação penal é um órgão público: é o Ministério Público quem tem legitimidade para intentar a ação penal pública. Já a ação penal privada é de iniciativa do ofendido ou, quando menor ou incapaz, de seu representante legal. Por exemplo: crimes contra a honra são crimes de iniciativa privada. Isso significa que é preciso contratar advogado(a) para fazer a queixa. Nem a polícia e nem o Ministério Público vai tomar a iniciativa de uma ação que é privada. O(A) ofendido(a) por meio do seu(sua) advogado(a) é quem deve tomar a iniciativa e fazer uma queixa-crime. Queixa-crime é, pois, a peça inicial da ação privada. Não baixa a notícia crime, tem que fazer a queixa-crime, que é a peça técnica.

E qual é a peça técnica da ação penal pública? É a denúncia. O promotor de justiça oferece denúncia e o(a) ofendido(a), por meio do seu(sua) advogado(a) oferece queixa-crime.

Não é tecnicamente correto dizer que fez/fará denúncia ou queixa na delegacia. Denúncia quem oferta é promotor(a) de justiça, peça técnica para promover ação pública. Queixa quem promove é o(a) ofendido(a) por meio de advogado(a), peça técnica para promover ação privada. Na delegacia, é possível ofertar notícia-crime.

Ação Penal Pública

Como dito, a ação penal pública é uma ação que deve ser proposta pelo Ministério Público, por meio da peça processual chamada denúncia. Nessa ação penal pública vigora o princípio da obrigatoriedade, ou seja, havendo indícios suficientes, surge para o Ministério Público o dever de propor a ação.

Uma ação penal pública somente tem início efetivo quando o juiz recebe a denúncia, ou seja, quando o magistrado admite a existência de indícios de autoria e

materialidade de uma infração penal e, assim, determina a citação do réu para que este tome ciência da acusação e produza sua defesa. A ação pública pode ser: Incondicionada ou Condicionada.

A ação penal pública incondicionada é a regra no direito penal. Nesta, é suficiente a ocorrência do ilícito penal para que seja instaurado o inquérito policial e a consequente ação. Toda vez que o Código traz um crime e esse crime nada fala de ação penal, é porque a ação penal é pública incondicionada. No silêncio da lei, o crime será de ação pública incondicionada (art. 100, caput, Código Penal) (BRASIL, 1940). Além disso, o art. 24, § 2º, do Código de Processo Penal dispõe que a ação também será pública, qualquer que seja o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado ou Município (BRASIL, 1941). Só estaremos na ação penal pública condicionada, se estiver expresso em lei. Quando estamos diante de uma ação penal pública incondicionada, significa que o promotor não depende de nenhuma condição para oferecer a denúncia. Digamos que houve um crime de ação penal pública incondicionada, faz-se o inquérito policial na delegacia, o(a) delegado(a) conclui o inquérito policial e manda para o(a) promotor(a). Este, ao concluir o inquérito, verifica indícios de autoria e prova da materialidade. Diante desses indícios e prova, o(a) promotor(a) pode promover a ação penal. Sendo a ação penal pública incondicionada, não depende de nenhuma condição. Essa é a regra do nosso direito penal, porque a maioria dos crimes do Código Penal não fala do tipo da ação penal, portanto, é ação penal pública incondicionada.

A ação penal pública condicionada, por sua vez, é quando o oferecimento da denúncia depende da prévia existência de alguma condição. Que condição? Se exige a representação do(a) ofendido(a) ou de seu representante legal ou a requisição do(a) Ministro(a) da Justiça. Significa que a ação é condicionada à representação da vítima ou de seu(sua) representante legal ou à requisição do(a) Ministro(a) da Justiça. Para ser necessária a representação da vítima, precisa de previsão expressa em lei. Para ser necessária a requisição do(a) Ministro(a) da Justiça, precisa de previsão expressa em lei.

Na ação penal pública condicionada, mesmo que o(a) promotor(a) tenha em mãos indícios de autoria e prova da materialidade, ele(a) nada pode fazer se o(a) ofendido(a) não apresentar a representação. É o que diz o Código Penal (BRASIL, 1940). Mas se a vítima representar (dentro do prazo de 6 meses desde que descobriu o(a) autor(a) do crime), o(a) Ministério Público vai denunciar. Se a vítima não representar no prazo, extingue-se a punibilidade e bom para o(a) suspeito(a), porque ficará livre de responder a processo.

A titularidade da ação, neste caso, continua a ser do Ministério Público, mas este somente poderá oferecer a denúncia se estiver presente a representação ou a requisição que constituem, em verdade, autorização para o início da ação. Em face disso, representação e requisição do Ministro da Justiça têm natureza jurídica de condição de procedibilidade. Veja-se, entretanto, que a existência da representação ou requisição não vincula o Ministério Público, que goza de independência funcional e, assim, poderá deixar de oferecer a denúncia, promovendo o arquivamento do inquérito policial, se entender que as provas são insuficientes.

Para saber quando um crime é de ação pública condicionada basta verificar o tipo penal, pois a lei explicitamente menciona as expressões “somente se procede mediante representação” ou “somente se procede mediante requisição do Ministro da Justiça”.

Ação Penal Privada

A ação penal privada é de iniciativa do(a) ofendido(a) ou, quando menor ou incapaz, de seu representante legal. O legislador, atento ao fato de que determinados ilícitos atingem a intimidade das vítimas, deixa a critério destas o início da ação penal. Na ação privada, portanto, vigora o princípio da oportunidade ou conveniência, ou seja, ainda que existam provas cabais de autoria e de materialidade, pode a vítima optar por não ingressar com a ação penal, para evitar que aspectos de sua intimidade venham à tona em juízo.

Reforçando, a peça inicial da ação privada é a queixa-crime. Por sua vez, a ação penal privada, subdivide-se em: Ação privada exclusiva, Ação privada personalíssima e Ação privada subsidiária da pública, como se verifica da Figura 1.

Nesse tipo de ação, a vítima tem que apresentar queixa-crime por meio de advogado(a). Caso a vítima venha a falecer antes de apresentar queixa-crime a tempo, a legitimidade passa para ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 100, §4º, Código Penal) (BRASIL, 1940). Isso se for ação penal privada exclusiva. Já na ação privada personalíssima, não tem como. Se morrer, ninguém pode dar entrada nessa ação. No Brasil só tem um crime de ação privada personalíssima, é o crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento para casamento, em que o art. 236, parágrafo único, estabelece que a ação penal só pode ser iniciada por queixa do contraente enganado (BRASIL, 1940).

Sobre a ação privada exclusiva, ela está prevista no art. 100, § 2º do Código Penal.

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...)

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Conforme Gonçalves (2019, p. 214), “A iniciativa incumbe à vítima ou a seu representante legal. Em caso de morte do ofendido antes do início da ação, esta poderá ser intentada, dentro do prazo decadencial de 6 meses, por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 100, § 4º).”.

Já a ação privada personalíssima “só pode ser intentada pela vítima e, em caso de falecimento antes ou depois do início da ação, não poderá haver substituição para a sua propositura ou prosseguimento.” (GONÇALVES, 2019, p. 215). A morte do(a) ofendido(a) implica extinção da punibilidade do(a)s autore(a)s do crime, uma vez que não será possível substituir o polo ativo (GONÇALVES, 2019).

Por fim, a ação privada subsidiária da pública tem sua importância por estar prevista na Constituição do Brasil e por ser subsidiária da pública. Nesta, o Ministério Público, ao receber o inquérito policial que apura crime de ação pública (condicionada ou incondicionada), possui prazo de 5 (cinco) dias para oferecer denúncia, se o(a) indiciado(a) estiver preso(a), e de 15 (quinze) dias, se estiver solto(a).

Por exemplo, se passou o prazo e o(a) promotor(a) esqueceu de denunciar, abre-se a possibilidade de a vítima oferecer a peça acusatória, que é a queixa-crime. O direito de apresentar essa queixa subsidiária inicia-se com o término do prazo do Ministério Público e estende-se pelos 6 (seis) meses seguintes. Mas a natureza continua sendo pública (GONÇALVES, 2019).

Neste exemplo, digamos que o(a) promotor(a) perdeu o prazo de denunciar e a vítima também não fez a queixa-crime, mesmo assim o(a) promotor(a) pode oferecer a denúncia dentro desses 6 (seis) meses e até mesmo após tal período, desde que não tenha havido prescrição. A questão desse tipo de ação é a abertura de possibilidade para o particular, a vítima, dar entrada na queixa-crime quando o Ministério Público não se manifesta dentro do prazo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Havendo violação da lei penal, o direito de ação penal deve ser o instrumento eficaz para exigir do Estado a aplicação da lei no caso concreto. Entretanto, saber quais são

esses instrumentos e quem são os legitimados para propor as respectivas peças técnicas é fundamental a(o) operador(a) do direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, de 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan.1941.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, de 13 out.1941 e retificado em 24 out. 1941.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Sinopses Jurídicas - direito penal**. v. 7. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

CAPÍTULO 22

PRINCIPAIS ASPECTOS DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES



Rayza Jerônimo Gonçalves¹²⁸



Jhessica Luara Alves de Lima¹²⁹



Eduarda Shirley Fernandes de Oliveira Vale Pedrosa¹³⁰



Lindocastro Nogueira de Morais¹³¹



Carmem Tassiany Alves de Lima¹³²

RESUMO

O presente artigo visa apresentar os principais aspectos do concurso material de crimes, previsto no artigo 69 do Código Penal. O assunto concurso material de crimes está inserido no tema geral concurso de crimes. Trata-se de tópico basilar para compreensão do direito penal e da base do processo penal. Utilizou-se como metodologia, pesquisa

¹²⁸ Discente do curso de Direito da UFRR. Monitora da disciplina de Direito Penal no semestre 2022.1.

¹²⁹ Pós-doutoranda em Direito pela UnB. Doutora em Direito pela UnB. Docente Adjunto A do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Possui atuação no NPJ/UFRR.

¹³⁰ Mestre em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Docente do curso de Direito da Universidade Potiguar (UnP). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ/UnP).

¹³¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

¹³² Mestre em Cognição, Tecnologias e Instituições pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Assistente Social da UFERSA e do Instituto MetrÓpole Digital (IMD).

doutrinária e legislativa. A relevância do tema dá-se por se tratar de conceito basilar do direito penal e que precisa ser compreendido para prosseguir nos demais temas jurídicos. Como considerações finais, temos que os crimes praticados pelo mesmo agente, por mais de um crime, idênticos ou não, configuram-se concurso material de crimes e devem ser punidos nos limites da lei.

Palavras-chave: Concurso de crimes; Concurso material; Direito Penal.

INTRODUÇÃO

Conforme consta do Código Penal (BRASIL, 1940), quando um agente pratica duas ou mais infrações penais, estamos diante do concurso de crimes. Nos termos dos artigos 69 a 71 do Código Penal, o concurso de crimes pode ser de três espécies: concurso material, previsto no art. 69; concurso formal, previsto no art. 70; e crime continuado, previsto no art. 71.

Concurso material é a pluralidade sucessiva de fatos puníveis; concurso formal é a pluralidade simultânea de fatos puníveis; e crime continuado é a pluralidade continuada de fatos puníveis.

O presente artigo, entretanto, possui foco apenas no concurso material de crimes, sendo, portanto, um pequeno resumo de tópico do tema geral concurso de crimes.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCURSO MATERIAL DE CRIMES

Para abordar o concurso de crimes, primeiro é importante saber qual a ideia de concurso em direito penal. Quando se fala de concurso em direito penal, quer dizer que tem mais de alguma coisa acontecendo, ou seja, concurso de crimes, quer dizer que aconteceu mais de um crime. Ou seja, quando um agente pratica duas ou mais infrações penais, estamos diante do concurso de crimes, que, nos termos dos artigos 69 a 71 do Código Penal.

O concurso material, espécie de concurso de crimes que aqui será abordado, vale-se do sistema da acumulação material para a fixação da pena ao agente que, tendo praticado mais de uma ação ou omissão, cometeu dois ou mais crimes. No caso, concurso material é a pluralidade sucessiva de fatos puníveis (BRASIL, 1940). De acordo com Pacelli (2019, p. 414), “no concurso material o critério escolhido foi o da cumulação de crimes, reconhecendo a autonomia geral entre eles.”

O concurso material, previsto no art. 69 do Código Penal diz o seguinte:

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Nos termos do art. 69, dá-se o concurso material quando o agente, mediante duas ou mais ações ou omissões, comete dois ou mais crimes, sejam eles idênticos ou não. Quando isso ocorre, as penas deverão ser somadas (GONÇALVES, 2019). Exemplo: Uma pessoa mata outra e após esconde o cadáver. Temos aqui dois crimes: Homicídio e ocultação de cadáver. Então como calculamos a pena? O juiz soma as penas de cada um dos crimes, calcula a pena de homicídio, calcula a pena de ocultação de cadáver, depois soma as penas. Normalmente os crimes são apurados no mesmo processo, mas, quando isso não for possível, a soma das penas será feita na Vara das Execuções Criminais.

A regra do concurso material não se aplica, entretanto, quando presentes os requisitos do crime continuado. Assim, ausente qualquer dos requisitos do crime continuado, pode-se aplicar a regra do concurso material, mas é preciso que o agente tenha praticado duas ou mais condutas que impliquem o reconhecimento da existência de dois ou mais crimes (GONÇALVES, 2019).

Esse concurso material tanto pode ser homogêneo, quando os crimes praticados forem idênticos, quanto pode ser heterogêneo, quando os crimes não forem idênticos. Nesse sentido, Mirabete e Fabrinni (2021, p. 332): “O concurso material pode ser homogêneo, quando se trata de crimes idênticos (vários homicídios, por exemplo), ou heterogêneo (...), não importando se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias diferentes.” O art. 69, caput, em sua parte final, acima transcrito, esclarece que, em havendo aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Vejamos, na sequência, o que diz o §1º do citado art. 69: “§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” (BRASIL, 1940).

De acordo com Nucci (2021, p. 470), o §1º do art. 69, trata da possibilidade de cumulação de pena privativa de liberdade com restritiva de direitos e diz:

§ 1.º estabelece a viabilidade de se cumular, por ocasião da aplicação da pena, quando o juiz reconhecer o concurso material, uma pena privativa de liberdade, com suspensão condicional da pena ou mesmo regime aberto (prisão-albergue domiciliar), com uma restritiva de direitos. É perfeitamente possível cumprir as

condições de um sursis, ao mesmo tempo em que o condenado efetua o pagamento da prestação pecuniária. Não é cabível, por outro lado, a fixação de uma pena em regime fechado, ao mesmo tempo em que se estabelece outra, na mesma sentença, de prestação de serviços à comunidade.

A finalidade deste dispositivo era afirmar que, no caso de concurso material, se o condenado tivesse de cumprir pena privativa de liberdade por um dos delitos, em relação ao outro não caberia pena restritiva de direitos. Acontece que a Lei n. 9.714/98 alterou o capítulo das penas, criando novas modalidades de penas restritivas de direitos, que podem ser cumpridas concomitantemente com a pena de prisão (GONÇALVES, 2019). Vejamos o que diz o §5º do art. 44 do Código Penal, incluído pela mencionada Lei nº 9.714/98: “Art. 44. (...) § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.” (BRASIL, 1940).

Como se verifica do dispositivo acima, quando o condenado já estiver cumprindo pena restritiva de direitos e sobrevier condenação a pena privativa de liberdade por um outro crime, o juiz da execução decidirá a respeito da revogação da pena restritiva, podendo deixar de decretá-la, se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. Desse modo, como se verifica, o art. 69, § 1º, sofreu revogação tácita com o advento da Lei nº 9.714/98.

O §2º do citado art. 69, por sua vez, trata do cumprimento simultâneo ou sucessivo de penas restritivas de direitos. Segundo Nucci (2021), o § 2º preceitua que duas penas restritivas de direitos podem ser cumpridas ao mesmo tempo, desde que sejam compatíveis; do contrário, devem ser cumpridas sucessivamente, se incompatíveis. Vejamos: “§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” (BRASIL, 1940).

Exemplo de concurso material de crimes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

3. Quando o agente adquire ou baixa arquivos de imagens pornográficas (fotos e vídeos) envolvendo crianças e adolescentes e os armazena no próprio HD – como no caso dos autos –, é perfeitamente possível o concurso material das condutas de ‘possuir’ e ‘armazenar’ (art. 241-B do ECA) com as condutas de ‘publicar’ ou ‘disponibilizar’ e ‘transmitir’ (art. 241-A), o que autoriza a aplicação da regra do art. 69 do Código Penal” (AgRg no AgRg no REsp 1.330.974/MG, 5.ª T., rel. Ribeiro Dantas, 12.02.2019, v.u.). (NUCCI, 2021, p. 468)

Exemplo de concurso material de crimes na jurisprudência dos Tribunais, no caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para fins de exemplo: “O réu praticou três

ações distintas, razão pela deverá ser reconhecida a regra do concurso material, prevista no art. 69 do Código Penal” (Ap. Crim. 1.0223.12.018670-3/001-MG, 1.^a C. Crim., rel. Walter Luiz, 07.04.2015) (NUCCI, 2021, p. 468).

De acordo com Nucci (2021, p. 468), o sistema que impõe a acumulação de penas também está presente em outras hipóteses e exemplifica:

É o que ocorre nos casos dos tipos penais prevendo a aplicação de determinada pena, além de outra, advinda da violência praticada em conjunto. Vide, como exemplo, o disposto no art. 344 do Código Penal (coação no curso do processo), estipulando a pena de 1 a 4 anos de reclusão, e multa, além da pena correspondente à violência. Portanto, embora através de uma única ação o agente tenha cometido a coação, deverá responder também pelo resultado gerado pela violência. O juiz utiliza a regra do concurso material (soma das penas), ainda que tenha havido uma única ação. Outro exemplo pode ser encontrado nos delitos previstos no art. 161 (alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório), conforme prevê o § 2.º (“se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada”).

Por fim, dentre os tipos de concursos de crimes, o crime material é o que se apresenta mais simples para a aplicação da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudado, ocorre concurso de crimes quando um mesmo agente comete mais de um crime. Os crimes praticados pelo mesmo agente, por mais de um crime, idênticos ou não, configuram-se concurso material de crimes e devem ser punidos nos limites da lei. O artigo trouxe apenas algumas considerações iniciais sobre o tema, instigando a curiosidade para aprofundá-lo e conhecer as demais espécies de concursos de crimes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, de 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan.1941.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Sinopses Jurídicas - direito penal**. v. 7. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**: arts. 1º a 120 do CP, v. 1, 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SOBRE A ORGANIZADORA



JHÉSSICA LUARA ALVES DE LIMA

Docente Adjunto A do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Professora colaboradora no Doutorado Interinstitucional da Universidade de Brasília com a Universidade Federal do Acre (DINTER UnB/UFAC). Advogada. Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Doutora em Direito pela UnB. Mestre em Ambiente, Tecnologia e Sociedade pela Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Graduada em Direito pela UERN. Pesquisadora na UFRR e na UnB. Na UFRR possui atuação no Núcleo de Práticas Jurídicas e defesa de Direitos Humanos (NPJDH), sendo líder do Grupo de Pesquisa “Clínica Jurídica de Inovação Pedagógica (CJIP)” e coordenadora dos seguintes projetos: Projeto de ensino “Semeando ensino jurídico”; Projeto de pesquisa “Clínica Jurídica”; Projeto de Extensão “Ensino jurídico na comunidade”. Na UnB integra o grupo de pesquisa “Direito e Educação” e o Projeto de pesquisa “Formação Jurídica - Graduação e Pós-Graduação, internacionalização e interdisciplinaridade na perspectiva da Faculdade de Direito da UnB”. Embaixadora literária da Associação dos Escritores Mossoroenses (ASCRIM), elevada à categoria de Academia dos Escritores Mossoroenses (ACADEM).

ÍNDICE REMISSIVO

Ação penal...	10, 19, 37, 46, 56, 63, 67, 72, 73, 78, 81, 85, 93, 102, 103, 106, 107, 108, 110, 112, 136, 153, 198, 201, 202, 211, 224, 225, 226, 227, 228, 229
Assistência religiosa.....	9, 43, 45, 47, 48, 51, 52, 53, 54, 118
Cenário jurídico.....	10, 132, 172, 182
Cibercrimes.....	10, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222
Código penal.....	10, 19, 20, 22, 23, 26, 27, 28, 30, 37, 46, 47, 49, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 78, 85, 93, 104, 122, 129, 131, 140, 142, 147, 148, 149, 152, 201, 202, 209, 210, 211, 212, 222, 224, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234
Concurso material de crimes.....	10, 230, 233
Concursos públicos.....	10, 140, 141, 144, 145, 146, 148, 150
Cotas Raciais.....	10, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 148, 149, 150
Direito Penal. .1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 17, 21, 24, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 38, 39, 40, 44, 49, 54, 55, 57, 59, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 74, 77, 79, 85, 89, 90, 95, 101, 107, 111, 130, 131, 136, 159, 198, 207, 213, 224, 225, 226, 227, 229, 230, 234	
Direitos humanos.....	1, 2, 5, 7, 9, 10, 11, 16, 21, 70, 72, 77, 79, 82, 83, 85, 87, 94, 99, 119, 122, 123, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 189, 190, 193, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 218, 223
Discriminação racial.....	10, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170
Educação ambiental.....	9, 102, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 198
Estupro de vulnerável.....	10, 151, 152, 158
Força policial brasileira.....	10, 214, 217
Garantia de direitos.....	9, 32, 118
Medidas de segurança.....	10, 208, 209, 210, 211, 212
Meio ambiente.....	9, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 194, 195, 198
Pacote Anticrime.....	9, 66, 67, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 85
Pena de fome.....	5, 9, 114, 115, 119, 120, 121, 123
Penas alternativas.....	9, 13, 19, 22, 23, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 43, 102, 104, 107
Princípio da insignificância... .	9, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65
Relações internacionais.....	10, 21, 64, 171, 173, 174, 178, 180, 181, 184, 190, 191, 192
Ressocialização... .	9, 10, 13, 16, 18, 19, 20, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 31, 43, 45, 47, 51, 52, 54, 71, 77, 102, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 206
Sanção penal.....	10, 14, 16, 25, 27, 58, 81, 208, 209, 212
Sistema penal.....	9, 12, 23, 30, 35, 56, 76, 78, 79, 89, 90, 120
Sistema prisional... .	9, 12, 14, 15, 16, 21, 29, 31, 69, 72, 75, 83, 93, 114, 115, 116, 118, 121, 122, 123
Superpopulação Carcerária.....	9, 12, 13, 16, 18, 20, 21
Tribunal do júri.....	9, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131



ISBN 978-655376080-6



9

786553

760806