



Felipe da Veiga Dias
Gabriel Ferreira dos Santos
(Orgs.)

Ciências Criminais & Sustentabilidade Social

IMED
Inspira quem transforma



A presente obra possui uma dupla função, pois pretende ser ao mesmo tempo um local de inovação e oportunidade acadêmica nas ciências criminais. Para alcançar tais objetivos dentro das proposições da Faculdade Meridional (IMED – Passo Fundo), as ciências criminais foram aliadas a sustentabilidade social, a fim de denotar que a crítica oposta ao sistema penal aqui visa superar as barreiras institucionais, para com isso questionar o nosso modo de vida em sociedade. Portanto aliam-se aqui pesquisadores experientes e jovens, para assim firmar a abertura intelectual e a coragem necessárias a oposição, e porque não dizer a modificação, da atuação punitiva contemporânea. Ao mesmo tempo as críticas são ampliadas a forma como os seres humanos definem os rumos de suas vidas e se relacionam com os demais seres vivos e não vivos, o que torna este o primeiro passo de um desafio trilhado pelos organizadores dessa obra: manter esse espaço de forma constante aos pesquisadores que quiserem expor suas construções dentro desse contexto de contraposição e debates constantes.



Ciências Criminais e Sustentabilidade Social



Inspira quem transforma

COMITÊ EDITORIAL

Prof^ª. Dr^ª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^ª. Dr^ª. Leilane Serratine Grubba

Prof^ª. Dr^ª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof^ª. Dr^ª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

Ciências Criminais e Sustentabilidade Social

Organizadores:

Felipe da Veiga Dias
Gabriel Ferreira dos Santos

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DIAS, Felipe da Veiga; SANTOS, Gabriel Ferreira dos (Orgs.)

Ciências criminais e sustentabilidade social [recurso eletrônico] / Felipe da Veiga Dias; Gabriel Ferreira dos Santos (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

166 p.

ISBN - 978-85-5696-441-0

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Ciências Criminais; 3. Direito; 4. Sustentabilidade social; 5. Direito Penal; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

1.....	9
As dez medidas de combate a corrupção sob a ótica dos princípios do estado democrático de direito	
Marina Colussi de Almeida; Marília de Nardin Budó	
2.....	31
O ato infracional e as medidas socioeducativas: estudo empírico a partir do jornal O Globo no ano 2015	
Lucas da Silva Santos; Patrícia Silveira da Silva	
3.....	53
Ativismo judicial reescrevendo a constituição: uma análise dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber no habeas corpus 152.752	
Wagner dos Santos; Tássia A. Gervasoni	
4.....	71
As violações das liberdades individuais e substantivas segundo Amartya Sen e os reflexos sociais na formação do indivíduo no campo da criminologia	
Vicente Teston Machado; Gisiane Machado da Silveira	
5.....	89
O regime disciplinar diferenciado como mecanismo ineficaz de proteção social	
Leonardo de Souza Machado; Luiza Rosso Mota	
6.....	107
Estupro de vulnerável e o erro de tipo: um estudo entre a dogmática penal e a proteção de crianças e adolescentes	
Patricia Santos da Silva; Felipe da Veiga Dias	
7.....	125
A possibilidade da relativização do critério legal no delito de estupro de vulnerável	
Taynara Hella Moraes Ouriques; Tábata Cassenote Mendonça	
8.....	145
Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347: o (não) contigenciamento de valores do FUNPEN como alternativa para o efetivo cumprimento do princípio da humanidade da pena	
Katiele Aparecida dos Santos Falcão; Gabriel Ferreira dos Santos	

As dez medidas de combate a corrupção sob a ótica dos princípios do estado democrático de direito

*Marina Colussi de Almeida*¹

*Marília de Nardin Budó*²

Introdução

As investigações da Operação Lava Jato entraram para a história do Brasil ao revelarem, não sem muitos holofotes e câmeras de televisão, um complexo esquema criminoso envolvendo, inicialmente, um cartel de grandes construtoras. Posteriormente, foi descoberto o envolvimento dessas grandes empresas com políticos de quase todos os partidos brasileiros e com servidores públicos em funções de poder decisório nos órgãos e estatais do governo federal, assim como de vários governos estaduais.

O processo de investigação, de apresentação da denúncia por parte do Ministério Público Federal (MPF) e os julgamentos e condenações envolvendo este esquema de corrupção foram alvo de críticas quanto aos métodos e interpretações dos dispositivos legais brasileiros. Numerosos juristas afirmam que, em nome do combate

¹ Bacharela em direito pela Faculdade Meridional.

² Orientadora. Doutora em Direito na Universidade Federal do Paraná com doutorado sanduiche na Facoltà di Giurisprudenza da Università di Bologna, na Itália. Professora adjunta no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) - Santa Maria -RS. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Poder, Controle e Dano Social”.

à corrupção, expandiram-se práticas judiciais de exceção. Na realidade brasileira, porém, trata-se muito mais do alastramento de uma violência histórica do sistema penal brasileiro, tipicamente orientado à perseguição e destruição de corpos negros das periferias às tradicionalmente imunizadas elites políticas e econômicas, ainda que seletivamente.

No meio desse debate sobre a observância da legislação penal e processual do país, o MPF defendeu a mudança de uma série de dispositivos legais e constitucionais, assim como a introdução de novos dispositivos na legislação brasileira, tanto na esfera penal quanto na processual. Essas proposições ficaram conhecidas como as Dez Medidas contra a corrupção, e hoje constituem um Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional.

O objeto desse artigo é o conjunto das Dez Medidas, buscando compreender como elas se relacionam aos princípios e garantias penais e processuais que constituem a base do sistema processual acusatório. O método utilizado é o dialético, e a metodologia de análise é a análise de conteúdo, partindo do texto da proposta e das justificativas apontadas, tendo sido extraídas categorias para, em seguida, se compreender suas relações aos princípios e garantias processuais penais.

Os textos analisados são as justificativas das medidas na forma como foram dispostas pelo Ministério Público Federal no site que promoveu uma campanha de coleta de assinaturas para apresentação delas como um Projeto de Lei. No referido site, juntamente com as justificativas dos 20 anteprojetos de leis.

1 O combate à corrupção e os princípios do Sistema Penal no Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é um dos princípios da sociedade brasileira segundo o artigo 1º da Constituição Federal, e com base neste princípio é organizado todo nosso sistema legal, incluso o Sistema Penal. Segundo José Afonso da Silva, um Estado

Democrático de Direito é aquele em que a lei é um ato de decisão política por excelência, expressão da vontade popular, materializada numa Constituição:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses (SILVA, 1999, p. 121).

Os princípios do Sistema Penal do Estado Democrático de Direito se desenvolveram em negação ao modelo inquisitório da idade medieval, cuja motivação era a vingança, privada ou da coletividade, bem assinalado por Luigi Ferrajoli.

A história das civilizações demonstra uma crescente racionalização do poder punitivo do Estado, sendo esse retirado progressivamente das mãos da vítima ou da comunidade afetada pelo crime, com o intuito de substituir o sentido de vingança pelo de retribuição ou de resposta punitiva do Estado ao desvio de comportamento. Efetivamente o direito penal surge não como desenvolvimento, surge como uma negação da vingança. (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Esta negação promoveu o desenvolvimento de ideias que entendem o indivíduo como portador de direitos fundamentais em relação ao Estado, e construiu as bases teóricas para um Sistema

Processual Penal, o acusatório, que garantisse a ele determinados direitos frente ao poder punitivo estatal, especialmente nas nações onde vige o Estado Democrático de Direito.

Zaffaroni e Pierangeli (2008), ao definirem o sistema penal numa perspectiva que parte do princípio dele como um sistema de defesa dos indivíduos em relação ao poder punitivo estatal, referido anteriormente, o descrevem como:

[...] um sistema de “controle social punitivo institucionalizado”, que inclui todas as atividades, desde o surgimento da suspeita de ocorrência de um delito, até a execução da pena a ele correspondente, incluindo, portanto, a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários da execução penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 65-66).

Dito isso, o Direito Processual Penal regula a aplicação do Direito Penal. Para os autores, “a relação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal é íntima, posto que este último é o que regula a forma em que se realiza o primeiro” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 126). Ele atua fundamentado nos princípios constitucionais, especialmente o da legalidade, buscando a verdade processual, relativa e aproximativa.

O desenvolvimento da finalidade do Direito Processual Penal ocorreu com a afirmação da existência de direitos fundamentais do indivíduo, e nesse sentido, Neves (2014) nota que a função do processo penal dentro de um Estado Democrático de direito

[...] é a assegurar os direitos fundamentais do acusado. O processo é garantia, é instrumento (forma) rígido do controle da democracia, pois é por meio de sua condução que se verifica o grau de efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo. Serve para impor limites e freios ao poder punitivo do Estado, porque é ele (processo) que irá evitar a vingança, a pena de morte, a tortura e demais práticas forasteiras. (NEVES, 2014, p. 3-4).

O Sistema Processual compatível com o Estado Democrático de Direito é o Acusatório. Aury Lopes Júnior, nessa linha de raciocínio, constata que:

[...] predomina o Sistema Acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em contrapartida, o sistema inquisitório aparece historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, reduzindo as garantias individuais em face da hegemonia estatal (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 56).

Quanto aos elementos que organizam o modelo acusatório, Luigi Ferrajoli (2006, p. 518) dispõe que “são características do Sistema Acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento”. De acordo com Nunes (2017, p. 149) “a oralidade se constitui um método indispensável para a construção dos atos decisórios com ruptura da tradição inquisitória”.

Entretanto, não é possível afirmar peremptoriamente que o sistema processual do Brasil é acusatório, quando existe um forte debate em relação ao papel do juiz na gestão das provas e de observância da legislação penal e processual (COUTINHO, 1998). Mais do que isso, o processo penal brasileiro é pautado historicamente pela exceção, antes que pelo respeito às garantias típicas do Estado de direito. Do ponto de vista dos tradicionais clientes do sistema penal, constituídos por homens e mulheres negras provenientes das periferias das cidades brasileiras, a regra é um sistema voltado estruturalmente para a destruição de seus corpos, junto de outras políticas de Estado que têm desempenhado a mesma função dentro de um projeto maior (FLAUZINA, 2008).

Um dado que simboliza a exceção permanente no Brasil, e em outros países da América Latina, é o uso da prisão preventiva como regra (ZAFFARONI, 2007), chegando ao dado absurdo de que cerca de 40% das pessoas presas hoje não foram condenadas (INFOPEN, 2017). Enfrentar essa realidade nos impede de afirmar que a exceção

é uma novidade do suposto combate à corrupção que tem legitimado uma série de violações de direitos e garantias dirigidas a grupos tradicionalmente imunizados pelo sistema penal capitalista. Ainda assim, não é possível negar o quanto tem expandido seus limites, apesar de as zonas de imunização serem ainda visíveis.

Um dos questionamentos que têm surgido é o do papel que alguns magistrados têm desempenhado nos processos da operação Lava Jato, levantando dúvidas sobre as provas já produzidas, inclusive no que tange à oitiva de testemunhas, dada através do estímulo a que tragam novos fatos e provas ao processo, não demandadas pela acusação, contrariando o papel a eles conferido no sistema acusatório. Poli (2017, p. 106) afirma que uma estrutura que permite que “a mesma pessoa atue na investigação, que recolha as provas, e que as valore para emitir uma decisão viola claramente o princípio da imparcialidade”. Para que ocorra a imparcialidade do juiz, exige-se que se mantenha afastado das atividades probatórias, para tanto, da produção de provas, na utilização e valoração dessas.

Este é um exemplo de porque não é possível afirmar peremptoriamente que o sistema vigente no país é o acusatório. Já que “[...] é necessário que o juiz seja mantido longe da atividade investigatória e instrutória, pois esta é a principal característica do sistema inquisitório”.

Independentemente do caráter puro ou misto do sistema processual acusatório vigente no Brasil, os seus princípios devem ser usados como referência na análise das Dez Medidas pois, além de terem previsão Constitucional, são os únicos compatíveis com a defesa dos direitos fundamentais previstos no Estado Democrático de Direito.

2 As Dez Medidas sob a ótica dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito

Segundo o MPF, a elaboração das Medidas de Combate a Corrupção decorre de sua experiência investigativa no âmbito da

Operação Lava Jato. Após a produção de um conjunto de proposições de mudanças na legislação brasileira houve uma campanha, exitosa, buscando assinaturas necessárias para que as mesmas fossem apresentadas ao Congresso Nacional como um Projeto de Lei de Iniciativa Popular. O Quadro 1 sintetiza a definição temática das propostas.

Quadro 1: Medidas e eixo temáticos agregadores das proposições

MEDIDA	EIXO TEMÁTICO
Medida 1	Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação
Medida 2	Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos
Medida 3	Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores
Medida 4	Eficiência dos recursos no processo penal
Medida 5	Celeridade nas ações de improbidade administrativa
Medias 6	Reforma no sistema de prescrição penal
Medida 7	Ajustes nas nulidades penais
Medida 8	Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2
Medida 9	Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado
Media 10	Recuperação do lucro derivado do crime

Fonte: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>

As medidas, com seus diferentes enfoques temáticos, cujos anteprojetos analisamos, podem ser melhor compreendidas no quadro 2:

Quadro 2: Medidas e anteprojetos

MEDIDA	ANTEPROJETOS
Medida 1	<ol style="list-style-type: none"> 1. Prevê a criação de regras de accountability no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e dos Ministérios Públicos respectivos, e dá outras providências. 2. Cria o teste de integridade dos agentes públicos. 3. Disciplina a aplicação de percentuais de publicidade para ações e programas, bem como estabelece procedimentos e rotinas para prevenir a prática de atos de corrupção. 4. Propõe a garantia de sigilo da fonte

Medida 2	5. Acrescenta o art. 312-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tornar crime o enriquecimento ilícito de agentes públicos.
Medida 3	6. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para majorar as penas dos crimes contra a Administração Pública, suprime a regulação específica do crime de corrupção praticado no contexto tributário da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e do crime de peculato praticado por prefeito, previsto no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e inclui a forma mais gravosa de corrupção no rol de crimes hediondos da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.
Medida 4	7. Acresce ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal – o art. 580-A, para disciplinar o trânsito em julgado de recursos manifestamente protelatórios. 8. Acresce ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal – o art. 578-A, para disciplinar os pedidos de vistas no âmbito dos tribunais. 9. Altera os arts. 600, § 4º, 609, 613, 620, 647, 652, 664, todos do Código de Processo Penal e acrescenta o art. 638- A, também ao Código de Processo Penal, no intuito de melhorar a eficiência da Justiça a partir da revisão dos recursos cabíveis. 10. Altera o art. 96 da Constituição da República Federativa do Brasil para incluir o parágrafo único, bem como acrescenta o § 4º ao art. 102 e o artigo 105-A, da Constituição Federal.
Medida 5	11. Altera os §§ 7º, 8º, 9º e 10 do art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para agilizar a tramitação da ação de improbidade administrativa. 12. Prevê a criação de Turmas, Câmaras e Varas Especializadas para o julgamento das ações relativas a atos de improbidade administrativa, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, e dá outras providências. 13. Acresce o art. 17-A à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para disciplinar o acordo de leniência.
Medias 6	14. Altera os arts. 110, 112, I, 116 e 117, e acrescenta § 2º ao art. 337-B, todos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, que versam sobre o prazo prescricional penal.
Medida 7	15. Altera os arts. 157, 563, 564, 567 e 570 a 573 do DecretoLei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para

	redefinir o conceito de provas ilícitas e revisar as hipóteses de nulidade.
Medida 8	16. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, a fim de prever a responsabilização dos partidos políticos por atos de corrupção e similares; acrescenta os arts. 32-A e 32-B à Lei nº 9.504, de 30 de setembro 1997, para tornar crime o caixa 2, e altera a redação do art. 105-A da mesma lei.
Medida 9	17. Altera a redação do art. 312 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a fim de prever a possibilidade de prisão preventiva para evitar dissipação do dinheiro desviado. 18. Altera o art. 17-C da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para estabelecer o pagamento de multa em caso de descumprimento de ordem judicial por instituições financeiras obrigadas a prestar informações bancárias e fiscais.
Medida 10	19. Acrescenta o art. 91-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tornar possível o confisco alargado. 20. Disciplina a ação para extinção de domínio sobre bens de qualquer natureza, ou valores, que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita ou com as quais estejam relacionados na forma desta lei, e na sua transferência em favor da União, dos Estados ou do Distrito Federal, sem direito a indenização

Fonte: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>

O MPF, na justificação das propostas, afirma que a corrupção é facilitada pela legislação brasileira, que não tem penas duras o suficiente para penalizar os crimes de colarinho branco. Além disso, o Ministério Público não teria os poderes suficientes para investigar esse tipo de crime e, também, porque os indivíduos, especialmente as pessoas acusadas, possuem direitos processuais que prolongam julgamentos ou permitem escapar por formalidades. Sendo assim, a solução para isso passaria por modificar a legislação brasileira, estipulando penas mais duras, conferindo mais poderes investigativos ao MPF, e diminuindo as garantias processuais do indivíduo. Como decorrência dessa argumentação, as Dez Medidas de combate à corrupção, seriam a solução ao problema exposto.

Neste item, abordaremos a compatibilidade dessas dez medidas com os direitos fundamentais do indivíduo que se

constituem como princípios de um sistema processual, o acusatório, único compatível com o Estado Democrático de Direito. Nessa análise, utilizaremos cinco direitos fundamentais extraídos dos discursos das justificativas dos anteprojetos de lei propostos, sendo eles: o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, da paridade de armas, do ônus da prova e o da verdade processual mediante a ilicitude das provas.

2.1 Presunção de Culpa

O princípio da presunção de inocência é previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro no rol de garantias e direitos fundamentais da Constituição Federal. Está positivado no inciso LVII no artigo 5º que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Vários anteprojetos das Dez Medidas apresentadas pelo Ministério Público Federal ferem de alguma forma o princípio da presunção de inocência.

O anteprojeto de número 8, da Medida 4, fere este princípio na medida em que a limitação dos embargos infringentes e de nulidade permitirá a condenação total ou parcial por 2x1, segundo a justificativa do MPF:

... o vigente Código de Processo Penal, quando a decisão em segunda instância não for unânime em desfavor do acusado, cabem embargos infringentes e de nulidade. Entretanto, a amplitude dos embargos infringentes e de nulidade tem causado embaraços à duração razoável do processo. Para evitar uma prodigalização excessiva dos embargos infringentes, em prejuízo da celeridade processual, a proposta reduz o seu cabimento ao âmbito realmente importante, admitindo a sua interposição para conferir ao acusado a oportunidade de fazer prevalecer em seu favor voto vencido pela absolvição. Assim, havendo, no órgão colegiado de segunda instância, voto vencido pela absolvição, o acusado remanesceria com a possibilidade de manejar os embargos infringentes.

Segundo Aury Lopes Júnior (2015, s.p.), a revogação desses recursos estaria ferindo de morte a ampla defesa e a própria presunção de inocência, “na medida em que não mais se permitiria a ampla discussão até a superação da dúvida razoável”. Para ele, “Graves injustiças seriam cometidas, basta ver a quantidade de Embargos Infringentes e de Nulidade anualmente acolhidos nos tribunais brasileiros com a reversão de condenações”. O anteprojeto de número 9, também da Medida 4, que visa a permitir o cumprimento da pena após decisão de segunda instância, afronta o princípio da presunção da inocência até o trânsito em julgado e ao direito constitucional do devido processo legal, algo previsto constitucionalmente e na legislação infraconstitucional, como o artigo 283 do CPP³.

O anteprojeto número 16, da Medida 9, que consiste na criação de uma nova hipótese de prisão processual para, segundo consta no texto,

[...] permitir a identificação e a localização ou assegurar a devolução do produto e proveito do crime ou seu equivalente, ou para evitar que sejam utilizados para financiar a fuga ou a defesa do investigado ou acusado, quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas.

Esta proposta fere a presunção da inocência pois, no ordenamento jurídico brasileiro, são admitidas somente duas modalidades de prisão: a prisão pena, que é aquela decorrente da sentença penal condenatória transitada em julgado, conforme dispõe o já citado inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, e a prisão processual “na persecução penal, como forma de acautelamento a finalidade do processo, quando presentes os pressupostos constantes do Código de Processo Penal”. Essa alteração pretendida na medida 16 fere o princípio da presunção de inocência ao permitir

³ **Art. 283.** Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

a prisão sem o devido processo legal que define tanto a ilicitude da renda quanto a culpabilidade.

2.2 O fim do devido processo legal

O devido processo legal é um princípio que está previsto no artigo 5º inciso LIV da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Bueno (2008, p. 104) o define como “devido processo constitucional”, já que a pauta de reflexão se impõe a partir da Constituição Federal e não de lei. O autor entende que o Estado-Juiz deve atuar conforme normas pré-estabelecidas, deve atuar conforme um padrão adequado. O Estado não pode e nem deve atuar de qualquer forma, e sim de forma específica, possibilitando das partes o ataque e a defesa, por isso o termo “devido” processo.

A medida de número 10, em seu anteprojeto 19, estabelece que nos casos de confisco alargado “é garantida ao condenado oportunidade de demonstrar a legalidade do seu patrimônio, bem como aos terceiros indevidamente afetados pela decretação da perda ou pela constrição cautelar de bens”. Tal proposta fere claramente o princípio do devido processo legal, pois o anteprojeto prevê a possibilidade do Ministério Público propor que um acusado ou investigado tenha que provar a origem de seu patrimônio e, caso contrário, tenha penalizações antes do trânsito em julgado de um processo principal, no interior e ao cabo dele o acusado poderia refutar uma acusação, em que uma possibilidade dela é mostrar-se sem provas, e com isso inclusive mostrar a licitude do seu patrimônio. Afinal: se um acusado é absolvido de uma acusação, deduz-se que seu patrimônio não foi de fonte criminosa.

2.3 A verdade real construída com provas ilícitas

Como demonstra Aury Lopes Junior (2015, p. 351), o processo penal é um instrumento de reconstrução aproximada de um

determinado fato histórico. Sendo esse um ritual, está atribuído a esse instruir o julgador, a proporcionar conhecimento ao juiz por meio dessa reconstrução histórica dos fatos. Então, nesse contexto, as provas são os meios pelo qual se fará essa reconstrução de um fato passado. Em relação ao conceito de verdade, Ferrajoli afirma que a ideia da verdade absoluta é um ideal inalcançável. Ele acredita que em relação à verdade, é possível somente uma aproximação.

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre a “expressão de um ideal” inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica. (FERRAJOLI, 2002, p.42).

A verdade real num sistema acusatório é uma questão de prova, que deve ter compromisso com a verdade material, com os fatos. O debate sobre a busca da verdade real num sistema acusatório tem gerado questionamentos sobre o princípio do Sistema Penal acusatório de que a gestão das provas deve estar com as partes e não com o juízo, para garantir sua imparcialidade. Há uma corrente que discorda deste princípio e defende que o juiz tem um papel na produção de provas para a busca da verdade real.

Alguns autores afirmam ser perigoso dar um papel ativo ao juízo nesta busca, com o seguinte exemplo: durante uma instrução, o Ministério Público e o defensor estão satisfeitos com as provas produzidas no processo, porém, o juiz está em dúvida. Diante desta situação, fica a questão do que o juiz fará para esclarecer esta dúvida. É possível defender que se deve absolver o acusado, prevalecendo o *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida, em favor do réu, fundamentando a decisão em uma das hipóteses do artigo 386 do Código de Processo Penal. No entanto, o julgador pode aplicar o artigo 209 do CPP (ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes). Pergunta-se: por que o juiz fez isso? É possível defender que o julgador tomou tal atitude para “buscar a verdade real”, mas na

realidade, é possível afirmar que fez isso para buscar suporte para condenar o acusado, pois a dúvida já bastaria para absolvição. Lopes Junior (2005, p. 74) afirma: “o objetivo justificador do processo penal é a garantia das liberdades dos cidadãos, através da garantia da verdade, não uma verdade caída dos céus, tampouco uma tal verdade real, mas sim aquela obtida mediante provas lícitas, refutáveis e no devido processo”.

Nessa perspectiva, de que o princípio da verdade real se vincula à verdade dos fatos como sendo aquelas que são apresentadas como provas pelas partes, temos a questão posta acima por Aury Lopes Junior: a verdade deve ser obtida com provas lícitas e refutáveis. Assim sendo, a verdade real exige a observância dos dispositivos constitucionais e legais em sua construção.

O anteprojeto 15 da medida 7 propõe a aceitação no processo de provas hoje consideradas ilícitas. Conforme demonstrado em um trecho da justificativa apresentada pelo Ministério Público: “há diversas outras causas excludentes de ilicitude da prova, já admitidas pela SCOTUS (Suprema Corte dos Estados Unidos da América), que ainda não foram positivadas no direito brasileiro, e que o projeto pretende corrigir”.

O conceito de provas ilícitas em nosso ordenamento é definido de acordo com artigo 157 do Código de Processo Penal, e são aquelas provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Cabe ainda lembrar, diante do foco da análise, no que diz respeito as provas ilícitas, que o artigo art. 5.º, caput, LIV, da Constituição Federal, assegura que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Nesse contexto, também estão inseridas as provas ilícitas por derivação.

O referido anteprojeto propõe uma nova redação do caput do artigo 157 do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais”. Isto é, para que uma prova seja caracterizada como ilícita, não é preciso fazer qualquer diferenciação entre natureza da norma

violada, se de direito material ou processual. Essa situação, tornava difícil a distinção do conceito entre prova ilícita e ilegítima.

A proposta propõe a inserção de dois novos parágrafos no artigo 157 do Código de Processo Penal. Ela prevê que nulidades processuais que não sejam arguidas em tempo oportuno pela defesa, ou pronunciadas pelo juiz, serão sanadas. O MPF, baseado em decisões da Suprema Corte americana, sustenta também que algumas provas derivadas de provas ilícitas devem ser permitidas, e propõe as situações de excepcionalidade.

Nossa Constituição garante que no processo são inadmissíveis as provas ilícitas obtidas de má-fé. Mas como demonstra Badaró (2015, s.p.), não é a intenção do agente que determina a ilicitude da prova. Segundo ele, essa exceção “poderá servir para isentar o agente público ou o particular do cometimento de algum crime, por ocasião da obtenção de tal elemento. Mas não pode servir para afastar a violação da garantia constitucional na obtenção da prova e, conseqüentemente, sua inadmissibilidade no processo”.

Diante do exposto, é possível concluir que a Constituição, sendo garantidora das liberdades públicas, verifica-se que a busca pela verdade real encontra limitações constitucionais e legais e não pode ser perseguida a todo custo, nem mesmo em um Estado de exceção. Principalmente se a consequência disso for o sacrifício dos direitos fundamentais. Portanto, a proposição do MPF fere dispositivos constitucionais para dar mais poder a si e diminuir direitos dos acusados.

2.4 Disparidade de Armas

Há um princípio no direito processual, fundamental para a garantia de direitos do acusado, que é o da paridade de armas. Ele consiste, dentro do processo penal, na igualdade de oportunidades que deve ser assegurada a ambas as partes em todos os atos processuais. Sobre ele, Luigi Ferrajoli (2002, p. 565) afirma que, para que tal disputa ocorra,

[...] é necessária, [...], a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditório seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

O anteprojeto 9, da medida de número 4, trata também da ação autônoma de impugnação de Habeas Corpus. O Ministério Público na justificativa apresentada no site das referidas medidas afirma que “as alterações sugeridas para o habeas corpus visam evitar que, em instrumento moldado para proteção da liberdade ambulatorial, sejam adotados, por exemplo, expedientes destinados a anular processos de forma açodada”.

Em relação a esse anteprojeto, em sua análise crítica sobre as medidas de combate à corrupção, propostas pelo MPF, a defensoria pública do Rio de Janeiro, no site denominado Dez Medidas em Xequê, dispõe que a limitação ao direito de habeas corpus é uma grave afronta ao direito de ir e vir de todos os cidadãos.

A limitação ao uso do habeas corpus é uma grave afronta ao direito de ir e vir de todos os cidadãos, e tal medida é típica de ditaduras e modelos fascistas de governo. Foi o que aconteceu entre 1964 e 1985 no Brasil, quando um golpe militar solapou diversos direitos e garantias em nome de um controle desenfreado do Estado sobre a vida (e morte) dos brasileiros. Não pode ser esse o modelo que desejamos, especialmente porque o habeas corpus e os recursos previstos no nosso ordenamento jurídico são instrumentos de que dispõem o cidadão num Estado Democrático de Direito para frear os abusos estatais, especialmente ao avançar sobre um dos bens de maior valor para a sociedade: as liberdades individuais (DPRJ, 2017).

Ao promover esta limitação na concessão de habeas corpus para investigados ou acusados, está possibilitando ferir garantias fundamentais deles. Marcus Vinícius Pimenta Lopes (2013, s.p.)

aponta a “possibilidade de concessão do Habeas Corpus de ofício como um dos elementos para garantir a paridade de armas entre as partes”. A partir do momento em que ocorre a limitação de sua concessão, especialmente que ele seja concedido de ofício, promove a diferenciação de oportunidade entre a acusação e a defesa, fortalecendo a promotoria.

Ainda na medida de número 7, em seu anteprojeto 14, também temos a ofensa ao princípio da paridade de armas, tendo em vista que o objetivo deste anteprojeto é revisar as hipóteses de nulidade. Ofende este princípio com a ampliação das possibilidades de geração de provas por parte do MPF por meio da utilização de provas que hoje são consideradas ilícitas, que podem ter a ilicitude excluída pelos fatores previstos no anteprojeto.

2.5 A inversão do ônus da prova

Dentre as regras constitucionais derivadas do princípio da presunção de inocência, está a que o ônus da prova é do acusador. Dito isso, o referido princípio está previsto na Constituição Federal no artigo 5º no inciso LVII, no rol de direitos e garantias.

O ônus da prova, segundo o artigo 156, do Código de Processo Penal, incumbirá a quem a fizer. Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2014, p. 397-398) dispõe:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*). (...) É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Dito isso, a medida de número 10 em seu anteprojeto 19 trata sobre a possibilidade de permitir a retirada do patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa, referentes a infrações que não possa ser completamente apurada e punida em decorrência de limitações constitucionais. Conforme demonstrado na própria justificativa do anteprojeto pelo Ministério Público: “O instituto ora proposto visa, assim, a criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada”.

A proposição de um tipo de confisco aqui chamado de “alargado”, como o que está sendo proposto com a introdução do artigo 91-A do Código Penal, tem como objetivo, de acordo com a justificativa do anteprojeto, “criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada”.

O problema da proposição: querer punir um acusado somente com circunstâncias e suspeitas, passando por cima de leis e garantias. Buscando punir a existência de patrimônio de origem injustificada, o MPF propõe inverter o princípio do ônus da prova, que passa a ser do acusado, que assim necessitará provar a origem de seu patrimônio, e não da acusação, que deveria ter de provar a ilicitude da origem do mesmo, de acordo com os princípios do sistema acusatório. Essa inversão do princípio do ônus da prova na proposição do MPF demonstra mais uma vez que na sua luta contra a corrupção não houve preocupação com a preservação de direitos constitucionais e princípios do sistema acusatório.

Conclusão

Pelo apresentado, foi possível compreender que vários anteprojotos das Dez Medidas de combate à corrupção afrontam direitos fundamentais do indivíduo previstos constitucionalmente.

Desde que elas foram apresentadas para a sociedade ficou claro que o seu objetivo não levava em consideração esses direitos, pelo contrário: eles têm sido tratados como empecilhos antes que como garantias.

Em pelo menos três anteprojetos foi possível constatar violações ao princípio da presunção da inocência. O princípio do devido processo legal não é observado por dois anteprojetos, o da paridade de armas por dois, o do ônus da prova por um e o da verdade processual mediante a licitude das provas é ferido também por um anteprojeto.

O debate sobre corrupção necessita ser feito a partir de lentes estruturais que ponham em questão o próprio capitalismo e as relações entre mercados legais e ilegais que proporcionam a imunização dos homens brancos de poder como reverso da criminalização dos homens e mulheres pretos das periferias do Brasil. As Dez Medidas apresentam-se como um retrocesso do ponto de vista dos direitos fundamentais e na perspectiva de um Sistema Penal que proteja o indivíduo dos arbítrios do poder punitivo estatal, limitando recursos da defesa e ampliando os da acusação. Historicamente, todas as flexibilizações legais ou judiciais nos direitos atingem estruturalmente os mesmos corpos negros e apenas conjunturalmente corpos brancos; estruturalmente os pobres, e apenas conjuntural, excepcional e seletivamente as elites políticas e econômicas. Este, porém, já é tema para um próximo trabalho de corte criminológico.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. Boletim 277 do ICCRIM, 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicitas-no-processo-penal>. Acesso em: 27 set. 2017. Na página 36

BADARÓ, Gustavo; LOPES JÚNIOR, Aury. Parecer Presunção da Inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória, 2016. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf Na página 27.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. **Código de processo penal**.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, 1. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p.104-6. Na página 31.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **10 medidas em xeque**. 2017. Disponível em: <http://10medidasemxeque.rj.def.br>. Acesso em 30 out.2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 30, n. 0, 1998. P. 163-198.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. **A paridade de armas no processo penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 set. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45031&seo=1>. Acesso em: 18 set. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Dez medidas de combate a corrupção**. 2016. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. **A função do processo penal no estado democrático de direito**. Revista Direito UNIFACS nº 163, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2923>>. Acesso em: 15 set. 2017.

NUNES, Leandro Gornicki. Sistema processual penal adversarial: entre a democratização e o eficientismo neoliberal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) **Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

POLI, Camilin Marcie. Acusatório de corpo e inquisitório de alma: Quando a prática desdiz a lei . In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) **Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, L. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. 2017. In: Revista Consultor jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 19/10/2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Antonio. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

O ato infracional e as medidas socioeducativas: estudo empírico a partir do jornal O Globo no ano 2015

Lucas da Silva Santos¹
Patrícia Silveira da Silva²

1. Introdução

O jornal O Globo foi selecionado para análise, por ser um dos maiores jornais em circulação no Brasil, segundo a Associação Nacional de Jornais (ANJ). O ano escolhido foi 2015, por ter sido votada e aprovada, em primeiro turno, pelo plenário da Câmara dos Deputados, a emenda à Constituição que reduz a maioria penal para os 16 anos.

Assim, o presente artigo tem como escopo analisar a maneira como o Jornal O Globo, um dos principais jornais em circulação, tiragem e impacto no país, constrói a representação do ato infracional, e quais as respostas estatais apresentadas para seus leitores e leitoras. A pergunta a ser respondida pela pesquisa é: De

¹ Acadêmico do 9º semestre da Escola de Direito na Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, violência e sustentabilidade” (IMED) coordenado pelo Prof. Dr. Felipe da Veiga Dias. Email: lucassantospf@gmail.com.

² Acadêmica do 9º semestre da Escola de Direito na Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Bolsista de iniciação científica pela FAPERGS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, violência e sustentabilidade social” (IMED) coordenado pelo Prof. Dr. Felipe da Veiga Dias. E-mail: ps1108591@gmail.com.

que maneira a mídia como controle social informal, representada pelo jornal O Globo, influencia no recrudescimento de medidas para os adolescentes em conflito com a lei?

Contudo, cabe inicialmente referir que a presente pesquisa faz parte de um projeto maior, no qual foram analisadas reportagens também na revista Veja e no Jornal Folha de São Paulo. O corpus da pesquisa foi constituído de todas as matérias jornalísticas informativas contidas no jornal O Globo, publicadas no ano de 2015, coletadas a partir dos mecanismos de busca do acervo online. Os termos de procura utilizados foram: no campo “com todas as palavras” foi incluído o termo “adolescente”; no campo “com pelo menos uma das palavras” foram incluídas as palavras infração, apreendido, apreensão, infracional, maioridade, internação, internado, socioeducativa, crime e pena.

Após a coleta das reportagens, procedeu-se o início à análise através do software Weft-QDA, que permite selecionar trechos das reportagens e realizar a construção de categorias a elas vinculadas, segundo procedimento metodológico da teorização enraizada nos dados. O presente trabalho encontra-se dividido em duas partes. Na primeira serão apresentados os atos infracionais mais destacados pelo jornal. Na segunda serão apresentadas as medidas socioeducativas trazidas pelo jornal como resposta estatal aos atos infracionais praticados.

2. Representação do ato infracional

Portanto, tendo por base a análise das reportagens do jornal O Globo, para justamente demonstrar o tratamento dado pela mídia aos adolescentes autores de atos infracionais. Neste tópico é analisada a percepção do jornal referente aos atos infracionais. Foram divididos entre os atos violentos, os quais são cometidos mediante grave ameaça, ou condutas violentas. E os atos infracionais não violentos, quando não houve emprego de grave ameaça ou alguma conduta violenta.

Na grande maioria o jornal retratou atos infracionais que atingiram patrimônio de particulares. Verificou-se que ao noticiar atos infracionais violentos, o jornal deu um enfoque maior ao utilizar termos impactantes e muitas vezes sensacionalistas.

Ao referir-se aos atos infracionais não violentos, o jornal majoritariamente noticiou de forma mais superficial, sem adentrar nos detalhes do modo em que o ato ocorreu. No entanto, foram mencionados para informar os antecedentes infracionais dos adolescentes.

2.1 Representação dos atos infracionais violentos

O presente jornal vincula reportagens da cidade do Rio Janeiro e região. Uma reportagem que retratou o ato infracional equiparado ao crime de latrocínio, o jornal noticiou a morte de um haitiano, que ocorreu em outro estado, distante da área abrangida pela cobertura do jornal.

Haitiano é agredido e morto por jovens em Santa Catarina, vítima foi xingada com expressões racistas e homofóbicas. O haitiano Fetiere Sterlin, de 33 anos, morreu depois de ser agredido e esfaqueado por um grupo de jovens na cidade de Navegantes, Santa Catarina, a 115 km de Florianópolis, no último fim de semana. Sterlin estava andando na rua acompanhado da mulher, a brasileira Vanessa Pantoja, e um grupo de amigos haitianos quando foi atingido (O GLOBO, 2015a, p. 9).

Tratou-se de um caso em que, segundo informações da esposa da vítima, primeiro seu marido foi xingado por um adolescente de 16 anos, que utilizava a palavra “*macici*”, que significa “homossexual” no idioma falado pelos haitianos. Apesar de ser uma conduta contra a vida também apareceu a questão da homofobia.

Segundo retratou a esposa da vítima “o marido retrucou o xingamento, e, então um dos jovens avisou que voltaria para matá-lo, após 15 minutos, um grupo apareceu para confrontá-los” (O

GLOBO, 2015a, p. 9). O caso foi investigado pela Delegacia da Comarca de Navegantes, sendo tratado como “latrocínio”, quando ocorre um roubo seguido de morte. As vítimas tiveram seus celulares roubados, e o jornal novamente descreveu detalhes da conduta dos adolescentes.

A vinculação de uma notícia de outro estado recebeu grande destaque e cobertura pelo jornal O Globo, no qual entre centenas de notícias que ocorrem diariamente no país, buscou uma de extrema gravidade (violenta), claramente selecionada, pois os autores da conduta eram adolescentes. Mesmo que seja fora da cobertura do jornal, ele noticiou para dar a impressão que os adolescentes estão praticando majoritariamente atos infracionais violentos.

Partindo do estudo trazido pela criminologia crítica acerca dos meios de controle social, o controle formal: Legislativo, Judiciário e Polícia, e o informal: escola, família e a mídia, assim esses meios de controle possuem como função impor “regras”, ou seja, impor o modo como as pessoas devem se portar perante a sociedade, para serem definidas como cidadãos de “bem”.

Nessa esteira, o controle social formal e informal encontram-se ligados, atuando através da reprodução da realidade social, isto é, reforçando desigualdades. Possuindo os discursos produzidos e reproduzidos pelos meios de comunicação de massa, instrumento de perpetuação de estereótipos sobre o crime e o criminoso (BUDÓ, 2013, p. 259-264).

As notícias e reportagens como principais instrumentos de informação, que apresentam os delineamentos da sociedade, portanto não é difícil afirmar que mídia e os meios de comunicação de massa são de suma importância no controle social informal. Logo, não é aleatório a construção da imagem do adolescente criminoso na voz dos políticos, e conseqüentemente nas páginas dos jornais (BUDÓ, 2015, p. 91).

Nas reportagens que retratam atos infracionais equiparados ao crime de homicídio, o jornal buscou impactar o leitor e a leitora com termos sensacionalistas. O intuito é foi o de dar a impressão

que os adolescentes estão praticando em grande escala atos infracionais equiparados ao crime de homicídio.

Não é só na Lagoa que grupos de jovens usando facas vêm agindo com violência. O "Jornal Nacional", da Rede Globo exibiu ontem imagens de assaltos no Centro, praticados no início da noite de quinta-feira. Em um dos casos, um homem de 52 anos foi esfaqueado num ponto de ônibus da Avenida Rio Branco. Enquanto esperava condução para sua casa após um dia de trabalho, ele foi cercado por três jovens, que tentaram roubar seu cordão. Assustado, demorou a ser dar conta do que estava acontecendo e, mesmo sem esboçar reação, levou quatro facadas nas costas. A ação dos assaltantes durou seis segundos, e eles sequer se preocuparam em sair correndo do local do crime (O GLOBO, 2015a, p. 8).

Nesse trecho exemplificativo o jornal retrata novamente os detalhes do ato infracional praticado e tentou impactar o leitor ou leitora. Ele retratou que os adolescentes agiram com grande violência, ainda conferindo pouca importância à conduta praticada.

Outra reportagem que chama a atenção é quando o jornal informou a estimativa do percentual de ato infracional análogo ao crime de homicídio. Durante toda a análise foi citado o crime de homicídio em quinze oportunidades.

Estimativa do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) indica que apenas cerca de 1% dos homicídios registrados no país é cometido por adolescentes entre 16 e 17 anos. Em números absolutos, isso equivaleria a algo em torno de 500 casos por ano – o total de homicídios registrado no país em 2012, ano base das estimativas, foi de 56.337 (O GLOBO, 2015, p. 6).

O jornal também informou o percentual de atos infracionais análogos aos crimes hediondos. Segundo dados de um estudo realizado pela Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de São Paulo, referiu que apenas 2,8% dos internos da Fundação Casa se enquadram nessa situação (O GLOBO, 2015a, p. 7). Nessa mesma

reportagem o jornal informou que o ato infracional que ocasionou o maior número de internações foi o análogo ao crime de roubo.

O crime de homicídio foi pouco noticiado em comparação com os outros crimes, como furto e “arrastão”. O jornal, diferentemente das notícias em quais as práticas não são violentas, ao noticiar um homicídio, busca descrever minuciosamente a conduta dos adolescentes/crianças, informando seu *modus operandi*, muitas vezes sem mencionar quais fontes forneceram tais detalhes.

Na produção diária de sentidos pelos discursos oficiais e não oficiais essa percepção se aprofunda. Se, por um lado, as relações entre mídia e crime se estreitam quando se estuda a construção social operada pela seletividade característica da produção da notícia, por outro lado, elas parecem ainda mais significativas em alguns períodos em que casos concretos ganham dimensões inusitadas, se considerada a sua danosidade social. (BUDÓ, 2015, p. 96).

Nesse norte, verifica-se a mídia como instrumento de violência e de reprodução da mesma, contudo, ressalta-se que as notícias sobre a violência não constituem um problema em si mesmas, porém o modo de explorar as situações noticiadas conjuntamente com discursos de medo e ondas punitivismo gerados a partir das reportagens, representam o verdadeiro problema (DIAS, 2016).

Além do característico de ser dada maior visibilidade, as reportagens possuíam títulos impactantes, por muitas vezes sensacionalistas. Deste modo, ficou claro que um ato violento, além de gerar maior cobertura, acabava reproduzindo mais notícias acerca do mesmo fato. O objetivo era de realmente impactar o leitor com os atos violentos que supostamente são praticados por adolescentes.

As características dessas notícias são perceptíveis, pois são mais extensas e é dada maior cobertura sempre que elas acontecem, mesmo que em menor quantidade, como o próprio jornal informou.

No próximo tópico serão analisadas as menções do jornal referente aos atos infracionais considerados não violentos.

2.1.1 Representação dos atos infracionais não violentos

Diferente das reportagens envolvendo atos infracionais violentos, ao noticiar a prática de um ato infracional não violento, as reportagens tinham características mais superficiais, não buscando detalhar as condutas das crianças e dos adolescentes envolvidos. É possível compreender que a razão para não divulgar detalhes dos atos não violentos, é por elas não possuírem potencial para uma reportagem impactante, que gerasse maiores coberturas, ou possíveis notícias replicadas do mesmo fato.

Percebe-se que a postura do jornal mudava de foco por não possuir uma reportagem acerca de um ato violento. Ao noticiar a prática de um ato não violento, buscava atrelar nas reportagens informações que denegrissem a imagem das crianças ou dos adolescentes.

Como em notícias de práticas de furtos, por exemplo, o jornal não dá maior enfoque ao ato infracional, nem busca detalhar a conduta da criança ou adolescente. O objetivo é voltado em trazer outras informações como maus antecedentes infracionais, dependência química e o envolvimento com tráfico de drogas.

Questionado sobre fazer blitz em ônibus, o coronel Luiz Henrique Marinho Pires, do 1º Comando de Patrulhamento de Área da PM (1º CPA), disse nesta segunda que o 19º BPM (Copacabana) vem intensificando ações nos fins de semana devido aos dias de forte calor na cidade. De acordo com ele, os garotos recolhidos estavam gritando dentro dos ônibus, botando a cabeça para fora das janelas e do teto solar dos veículos e ameaçando passageiros. Segundo o comandante, muitos já são conhecidos da polícia, por terem sido levados outras vezes para abrigos sob a acusação de baderna. Além dos 15 jovens, sete foram levados ontem para a delegacia da área por porte de drogas. (O GLOBO, 2015, p. 13)

Nessa reportagem o jornal noticiou acerca das abordagens nos ônibus onde estavam adolescentes supostamente suspeitos. Logo, após o foco voltou-se para noticiar os antecedentes infracionais deles, mencionando que eles haviam “sido acusados por baderna”. A notícia retrata um ato infracional não violento, o porte de drogas, mas o foco do jornal não era esse.

Houve uma reportagem especial que o jornal detalhou a ação de adolescentes, ao retratar um dano ao patrimônio público e mensurou o prejuízo causados pelos mesmos. Tratou-se de um caso isolado em que o jornal buscou mensurar o prejuízo, pelo ato infracional cometido, em razão de tal ato ser contra o patrimônio público.

O prejuízo causado pelos jovens foi de R\$ 3 mil: esse será o custo para reparar a estátua, segundo a Seconserva. A empresa Essilor/Variluz, que adotou o monumento em 2009, foi acionada para fazer a reposição da peça. A última vez em que a estátua sofreu um ataque foi em maio de 2012 (BRISO, 2015).

Esse é um fato nitidamente de menor relevância, e foi noticiado pelo jornal em decorrência da classe social dos adolescentes, que será analisado no tópico que tratará sobre o assunto.

Em uma reportagem, em que “jovens” atacam a estátua de Drummond, o jornal noticiou a partir do acesso a câmera de segurança da prefeitura. Refere que os três “jovens” estão bem vestidos, tiraram *selfies*, imitaram a postura da estátua, no entanto a legenda da foto é intitulada “brincadeira de mau gosto”, como os adolescentes fogem do estereótipo de “criminoso” e possuem boa vestimenta.

Segundo o jornal, os adolescentes não são pobres, há uma tentativa de noticiar um ato não violento como uma brincadeira de mau gosto. Não houve como de costume, quando os autores são de classe social baixa ou negros, a tentativa de difamar a imagem desses

adolescentes, buscando informações de maus antecedentes, envolvimento com uso de drogas etc.

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2011, p. 161).

Posto isso, tanto o sistema penal e meio socioeducativo atua de forma seletiva pois visa criar uma identidade, perfil de um criminoso, fabricado em grande parte pelos meios de comunicação de massa, que definem esse determinado estereótipo por meio da ostentação do horror, e discurso do medo frente a sociedade.

Delinea-se assim o estereótipo que corresponde a um perfil criminoso, um inimigo social que deve ser combatido, mas o mesmo sistema penal seleciona quais estereótipos, perfis de criminoso deve-se deixar de lado, ou seja, alguns sujeitos não serão alvo da intervenção penal (ZAFFARONI, 2001, p. 130).

Em síntese, não é o foco do jornal noticiar fatos de pequeno potencial ofensivo, e nem detalhar o seu cometimento. A única exceção ocorreu quando a conduta foi cometida por alguns adolescentes que fogem do estereótipo de criminoso, não correspondem o perfil delineado.

2.1.2 Menção aos antecedentes infracionais

Outra questão de suma relevância, acerca da caracterização do ato infracional pelo jornal, é mencionar os “antecedentes” dos adolescentes. São mencionados em vinte ocasiões, e possuem interpretações tendenciosas e por vezes claros posicionamentos em favor do endurecimento penal contra os adolescentes.

Na reportagem intitulada “Mais um jovem no crime”, o jorna retrata um crime que chocou a cidade, local onde a prática foi cometida. Enfatizou a apreensão do adolescente, e destacou que ele possuía 16 anos, e tinha 15 passagens pela polícia. (O GLOBO, 2015b, p. 9).

É nesse sentido que uma lógica circular se estabelece, com as notícias reforçando o senso comum e seus pré-conceitos a respeito do crime e dos criminosos, legitimando as demandas e ações sociais sobre os mesmos, que reproduzirão as mesmas ações, (re)produzindo assim “novas” notícias (ROCHA, 2010, p. 46-60).

Em regra, as reportagens, trazem em seus títulos, a prática de condutas violentas por adolescentes/crianças, conforme já exposto, com a intenção de mostrar que apesar da pouca idade possuem vasta ficha de antecedentes. Visou confirmar a impunidade em razão da certa proteção que possuem, a partir da inimputabilidade penal.

2.1.3 Uso de jargões

Demonstrou-se em diversas reportagens menções de práticas que não possuem tipificação ou previsão em nenhuma legislação penal, tampouco no Estatuto da Criança e do Adolescente. O jornal vinculou tais condutas às crianças e aos adolescentes, são exemplos: “arrastão”, “confronto”, “ataque”, “esfaqueamento”, “invadir ônibus”.

Na reportagem intitulada “Linha 474 tem rotina de ‘passe livre’, som alto e uso de drogas”, o jornal refere-se à adolescentes que estavam ouvindo música alta e supostamente com apologia ao tráfico.

No sábado, por volta das 9h, o ônibus seguiu vazio e sem problemas. Na segunda viagem, que começou por volta das 11h, no Jacaré, tudo parecia tranquilo, mas o clima logo mudou quando, em São Francisco Xavier, um grupo de cinco adolescentes invadiu o ônibus sem pagar, aproveitando-se da porta de trás aberta. Um

deles carregava uma caixa de som, de onde se ouvia, em alto volume, um funk que fazia apologia ao tráfico de drogas. Três pontos depois, outros jovens entraram e se juntaram ao grupo. Um deles trazia um celular que tocava outro funk em alto volume, provocando uma confusão sonora (O GLOBO, 2015b, p. 8).

Nesse trecho da reportagem, o discurso do jornal, visou denigrir o ritmo musical *funk*, atrelando de certo modo, a conotação, de quem escuta esse ritmo é o público formado por adolescentes desviantes das regras da sociedade. Nessa reportagem é possível identificar um certo controle social informal, adequando tal conduta “escutar *funk*”, como comportamento não aceitável para normas sociais.

As práticas mencionadas/definidas como “crimes” cometidas ou imputadas, às crianças e aos adolescentes são em sua maioria condutas de cunho patrimonial. Os cinco crimes mais mencionados são: roubo, assalto, furto, tráfico de drogas e homicídio.

São aludidos casos específicos de crimes de estupro, tortura e eventualmente alguma conduta que visasse atingir o patrimônio público (vandalismo ou dano). Além das menções que possuem erro na terminologia jurídica como “esfaqueamento” (vinte e seis vezes), “arrastão” (nove vezes), “atacar” (dez vezes), “confronto” (uma vez) e “linchar” (uma vez). A partir das reportagens, nas quais foram mencionadas essas condutas, verificou-se que em sua grande maioria, o jornal as caracterizou como violentas.

Diante disso, no próximo tópico, será apresentado como o jornal vincula os atos infracionais graves com as medidas socioeducativas, uma vez que, como visto, prioriza notícias de atos infracionais graves.

3 As medidas socioeducativas no jornal O Globo

Foi analisado nas reportagens do jornal o modo como as medidas socioeducativas são retratadas. Elas estão previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente e são divididas

em meio aberto e fechado (BRASIL, 1990). As medidas em meio aberto são: liberdade assistida, advertência, prestação de serviços à comunidade e obrigação de reparar o dano. As medidas em meio fechado são a de internação e a de semiliberdade.

Há previsão no artigo 121, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente que quando não há o cumprimento da medida socioeducativa em meio aberto, existe a possibilidade de regressão da medida para o meio fechado, pelo período máximo de 3 meses (BRASIL, 1990). A previsão trazida pelo ECA, é que as medidas em meio aberto sejam ofertadas como regra, e as em meio fechado de forma excepcional. A medida de internação foi dividida em duas categorias, pois apareceram de duas formas nas reportagens: como punição e como educação.

3.1 Menção a medida de internação como punição

Na maioria de suas reportagens o jornal trata a medida socioeducativa de internação como um meio de punição ao adolescente infrator, e não de educação. Noticiou diversas reportagens envolvendo atos infracionais graves, sempre com o objetivo claro de buscar a “punição” deles. Essa aproximação feita pelo jornal entre Direito Infracional e Direito penal é indevida, pois não se tratam dos mesmos institutos (ROSA; LOPES, 2011, p. 41-42).

Em um caso bastante destacado pelo jornal é possível identificar qual é a sua visão sobre as medidas socioeducativas. Na reportagem intitulada “Justiça decreta apreensão de segundo acusado do crime”, nela é retratado o envolvimento de um adolescente com a morte de um médico.

Após a última detenção, a Justiça determinou que o adolescente cumprisse medida socioeducativa provisória no Centro de Socioeducação Dom Bosco (antigo Instituto Padre Severino), na Ilha do Governador, onde permaneceu de 23 de fevereiro até 38 de março. Ele foi solto e, em abril, após 45 dias, recebeu medida de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade. A pena,

porém, não foi cumprida e sequer fiscalizada, uma que vez que a sentença da Vara da Infância e da Juventude até ontem ainda não havia sido encaminhada à Promotoria de Execução de Medida Socioeducativa (O GLOBO, 2015, p. 10).

O jornal induz sobre a “impunidade” do adolescente, pois ele já deveria estar cumprindo uma medida socioeducativa, e não estava por problema do próprio Poder Judiciário. Mencionou que o adolescente deveria estar cumprindo medida de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade, dando a entender que se houvesse fiscalização dessas medidas, o novo ato infracional poderia ter sido evitado. Ao utilizar termos do direito penal como “detenção” e “pena”, é possível identificar que ele realmente retrata a medida de internação como forma de punição, e a identifica como parte do sistema penal.

Em outro caso específico, referente a um estupro coletivo de quatro adolescentes, em uma cidade no Piauí, o jornal informa que a medida de internação foi aplicada aos quatro adolescentes, pelo período de três anos, pois é a pena máxima estabelecida pela legislação (O GLOBO, 2015b, p. 7). Outra vez o termo do direito penal “pena”, foi mencionado para retratar a medida socioeducativa de internação. O interessante foi a menção de uma possível extensão do prazo de internação, para além dos três anos.

De acordo com a lei, a internação de adolescentes por mais de três anos é autorizada quando a periculosidade é comprovada. Por conta disso, eles passam por avaliações com psicólogos e psiquiatras a cada seis meses. Transferidos para o Centro Educacional Masculino (CEM), os quatro adolescentes devem cumprir toda a internação nesse local (O GLOBO, 2015b, p. 7).

O jornal informou que se comprovada a periculosidade do adolescente, há uma previsão legal para que se prorrogue o prazo de internação para além dos três anos. Nessa reportagem, a fonte utilizada pelo jornal, é a fala de um Promotor de Justiça do Piauí, local onde o ato infracional foi cometido.

O promotor utilizado como fonte afirma que diante da gravidade do fato, e após o exercício do contraditório entre as partes (Ministério Público e Defesa), o Poder Judiciário poderia prolongar o período. Ocorre que o promotor não menciona a existência de previsão legal para tal acontecimento, tendo apenas o jornal afirmado a existência de norma regulamentando o aumento do prazo de internação. Afirmção é feita de forma equivocada, e desprovida de fonte, previsão legal específica para isso.

A outra medida em meio fechado, a medida de semiliberdade foi mencionada em uma única ocasião, em uma reportagem intitulada “Unidades para menor parecem presídio”, para retratar a passagem de um adolescente mais de uma vez pela internação, por tráfico de drogas. Após sua passagem pela semiliberdade, o adolescente teria sido “flagrado em um assalto”, evento que acarretou na sua internação.

Em Formosa, o interno que usa termos próprios do mundo prisional começou a usar drogas aos 12: “maconha, cerveja e roupinol”, comprimido de uso controlado. Internado em semiliberdade por tráfico de drogas mais de uma vez, foi flagrado num assalto e levado a um centro de internação, onde reagiu a outro jovem que o ameaçou com “um espeto”. — Passei a teresa no pescoço dele, puxei e matei — conta o garoto (O GLOBO, 2015, p. 6).

Nessa reportagem específica o foco foi a menção da medida de semiliberdade, que o adolescente cumpriu por um período, mas não foi o suficiente para que ele parasse de cometer condutas ilícitas, acarretando então em sua internação.

A relação do título da reportagem, com o conteúdo da matéria, levou a entender que os adolescentes internados possuem o mesmo perfil dos presidiários. O jornal inclusive informou na reportagem que o vocabulário desse adolescente é um dos pontos em comum entre o sistema socioeducativo e o sistema prisional do país (O GLOBO, 2015, p. 6).

Exposta essas percepções quanto às medidas em meio fechado, é importante analisar como o jornal noticiou as casas de internação. Em algumas oportunidades, ele preocupou-se em retratar o seu funcionamento e suas precariedades.

3.2 Menção a medida de internação como educativa

Em algumas reportagens o jornal denunciou as precárias condições das casas de medidas de internação. O jornal acaba por reconhecer que o objetivo da legislação é de dar um caráter educativo às medidas socioeducativas. Ocorre que ele apenas fez esse reconhecimento para demonstrar que ele não é cumprido pelas unidades de internação.

É gritante o descompasso entre o sistema socioeducativo previsto na legislação e a realidade. Além do desrespeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), unidades para infratores do país inteiro ignoram as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade. Uma delas é a que determina a separação dos jovens por porte físico, o que evita a violência, inclusive sexual, entre os reeducandos (MARIZ, 2015).

Nessa mesma reportagem é destacado a importância da separação dos adolescentes por ato infracional, para que não haja troca de experiência entre eles. Informa que apenas 16,1% das unidades no país obedecem essa previsão (MARIZ, 2015).

É nítido o descontentamento do jornal com a situação das casas de medidas, ao declarar que inclusive existe a violação dos direitos de adolescentes internados. Nota-se que o termo “reeducandos”, foi utilizado para retratá-los, reconhecendo o caráter educativo das medidas, mesmo que não acredite que elas realmente sejam, devido ao não cumprimento do Estatuto em sua integralidade.

Outra reportagem importante, por ser uma exceção dentre as analisadas, é a que destaca a violência dos agentes socioeducadores

dos centros femininos de internação. Na reportagem foram entrevistadas adolescentes que tiveram sua integridade física violada ao serem agredidas pelos agentes.

Segundo anotações da Defensoria Pública, as internas teriam batido nas grades do alojamento para pedir aos agentes que socorressem uma delas, que passava mal. Como estava de noite, os funcionários teriam se irritado com o barulho e decidiram puni-las. Uma das adolescentes relata ter ficado das 20h às 3h na posição da “bailarina” num cômodo escuro, infestado por baratas e lacraias (ARAÚJO; MARCOLINI; WERNECK, 2015).

Eram três internas, e a posição de bailarina mencionada no trecho, consistiam em elas permanecerem algemadas a grades acima de suas cabeças, e obrigadas a ficar nas pontas dos pés enquanto eram agredidas. Elas possuíam idade entre 15 e 17 anos, e sofreram essa violência no ano de 2013, no educandário Santos Dumont, na Ilha do Governador, no Rio de Janeiro. Uma delas chegou a ser levada à Delegacia para denunciar a conduta dos agentes, porém não conseguiu fazer a denúncia, por motivos não esclarecidos na reportagem. Dentre todas as reportagens analisadas essa é a única que retrata brevemente os centros de internação feminino.

A partir dessas denúncias de violência e precariedades dos centros, importante destacar que essas reportagens são exceções, a prioridade do jornal não foi a de informar os leitores e leitoras sobre a situação dos centros. No ano de 2015, somente sete reportagens trataram sobre o tema.

Apesar de destacar as falhas no sistema socioeducativo, o jornal em momento algum preocupou-se em detalhar o funcionamento das medidas em meio aberto, e tampouco sobre suas precariedades. No próximo tópico serão analisadas as menções do jornal sobre as medidas em meio aberto, elas apareceram em número menor e de forma mais específica.

3.3 As medidas em meio aberto como excepcionais

As medidas socioeducativas em meio aberto foram em regra mencionadas apenas para relatar se o adolescente já havia cumprido alguma. Em uma notícia específica, em que o adolescente acabou sendo morto pela polícia, o jornal entrevista alguns familiares dele, e esses acabam revelando que antes da morte, ele tinha envolvimento com o tráfico.

Apesar de amigos e parentes admitirem o envolvimento de Eduardo Felipe com o tráfico, ele tinha cumprido apenas uma medida socioeducativa. De acordo com decisão da Vara da Infância e da Juventude, o adolescente ficou em liberdade assistida por uso de drogas (O GLOBO, 2015, p. 12).

Nesse trecho é revelado o envolvimento do adolescente com um ato infracional pretérito, e é mencionada a medida de Liberdade Assistida, como uma medida que ele já havia cumprido. Ou seja, apenas foi mencionada a medida após ele ter cumprido, o jornal não traz a medida em meio aberto como uma solução a ser aplicada. Nota-se que o jornal identifica apenas a medida de internação como uma solução, relacionando medida em meio aberto com um ato infracional leve, mas nunca a trazendo como resposta estatal.

Em uma outra reportagem o jornal entrevista um interno do Centro de Internação para Adolescentes de Anápolis (GO), que estava cumprindo medida de internação, por anteriormente não ter cumprido sua medida em meio aberto.

A mistura é geral na cela onde está o jovem levado para o Centro de Internação para Adolescentes de Anápolis (GO) por ter desacatado um policial e resistido à prisão. Ele recebeu a medida socioeducativa mais leve, a prestação de serviços à comunidade, mas não a cumpriu. Por isso, foi internado. Hoje, convive com meninos que praticaram delitos mais graves, como homicídio e latrocínio. — Sou o mais leve aqui. Meu problema é a droga. Eu era total flex, usava maconha, cocaína, crack, lança — conta (O GLOBO, 2015c, p. 7).

O interessante nessa reportagem, é que a medida de prestação de serviços à comunidade foi retratada pelo jornal como uma “medida mais leve”, em comparação com a medida de internação. Há novamente uma crítica ao adolescente que hoje convive no centro de internação com adolescentes que praticaram delitos mais graves, visto que ele havia praticado os atos infracionais análogos aos crimes de desacato e resistência.

O comum entre essas duas reportagens, e regra geral do jornal, é a menção da aplicação das medidas em meio aberto quando antes da internação já foi aplicada alguma. É possível entender que o jornal tentou induzir o leitor/leitora, para perceber que as medidas em meio aberto são ineficazes. Se possuíssem algum resultado, teriam evitado novos envolvimento dos adolescentes com atos infracionais, e conseqüentemente evitariam a medida de internação, ou até mesmo a morte do adolescente que foi morto pela polícia.

4. Conclusão

A partir dessas informações, é possível detectar que o jornal divulgou muitas reportagens e tratou muito em divulgar o cometimento de atos infracionais, em regra com erro na terminologia e principalmente destacando os que têm natureza grave. As exceções apareceram quando retratou de casos isolados, de diferente região da cobertura do jornal, e de noticiar casos de menor relevância.

Referente as medidas socioeducativas, as medidas em meio aberto são mencionadas quando o adolescente já cumpriu alguma antes de ser internado. O jornal publicou 7 reportagens sobre as medidas socioeducativas nos meses de junho e julho, meses em que ocorreram a votação para a redução da maioria penal na câmara dos deputados. Demonstrou que as medidas em meio aberto são ineficazes, pois o adolescente ou é morto depois (um caso apenas, em confronto policial), ou posteriormente é internado.

Quanto às medidas de internação, o foco do jornal foi demonstrar que a socioeducação não educa e não profissionaliza, pois, os centros são precários, inclusive entrevistando os adolescentes para comprovar isso. Ao informar o descumprimento da legislação, reconhece que o caráter educativo das medidas.

Por fim, conclui-se que o jornal O Globo como controle social informal aumenta a sensação de impunidade, bem como a percepção de que os adolescentes cometem em sua maioria atos infracionais graves. Essa percepção distorce a realidade, uma vez que não é possível se ter um dado absoluto de atos infracionais praticados, apenas corroborando com o senso comum já existente na sociedade.

Referente as medidas socioeducativas, elas apareceram pouquíssimas vezes como resposta estatal. Apenas a medida de internação teve o foco como possível solução, deixando de lado o previsto na legislação, de que as medidas em meio aberto teriam prioridade.

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS. Maiores jornais do Brasil. Disponível em: <<http://www.anj.org.br/maiores-jornais-do-brasil/>>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

ARAÚJO, Vera; MARCOLINI, Barbara; WERNECK, Antônio. Constitui crime de tortura.... **O Globo**, 12 jul. 2015, p. 12.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. **Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

BRISO, Caio Barretto. Três jovens atacam a estátua de Drummond. **O Globo**, 04 dez. 2015, p. 17.

BUDÓ, Marília de Nardin. **A redução da maioridade penal na folha de S. Paulo: da razão à emoção.** Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM, v. 10, n. 1 / 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/18649#.WPuqXGnyvIU>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

_____. **Mídias e discursos do poder:** a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

DIAS, Felipe da Veiga. Punitivismo midiático nos programas policiais e regulação da comunicação no Brasil com base nos direitos de crianças e adolescentes: ensinamentos uruguaios com a estratégia por la vida y la convivência. In: COPENDI 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/910506b2/37pop6ol/ows72J6ya7hn4Ylo.pdf>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

MARIZ, Renata. Unidades para menor parecem presídios. **O Globo**, 21 jun. 2015, p. 6.

O GLOBO, **Unicef estima em 1% os homicídios cometidos por menores no Brasil**, 02 abr. 2015, p. 6.

O GLOBO, **Em SP crime hediondo é minoria entre infratores**, 23 jun. 2015a, p. 7.

O GLOBO, **Adolescentes condenados por estupro coletivo**, 11 jul. 2015b, p. 7

O GLOBO, **Juventude ameaçada**, 21 jun. 2015c, p. 7.

O GLOBO, **No centro grupos agem com violência e sem repressão**, 02 mai. 2015a, p. 8.

O GLOBO, **Linha 474 tem rotina de ‘passe livre’, som alto e uso de drogas**, 21 set. 2015b, p. 8.

O GLOBO, **Haitiano é agredido e morto por jovens em Santa Catarina**, 21 out. 2015a, p. 9.

O GLOBO, **Mais um jovem no crime**, 28 mai. 2015b, p. 9.

O GLOBO, **Justiça decreta apreensão de segundo acusado do crime**, 29 mai. 2015, p. 10.

O GLOBO, **Testemunha teria sido ameaçada por PMs**, 01 out. 2015, p.12.

O GLOBO, **Defensoria estuda ação contra o estado**, 25 ago. 2015, p. 13.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Criminologia e Teoria Social: Sistema Penal e Mídia em luta por poder simbólico**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Criminologia e sistemas jurídicos-penais contemporâneos II. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 42-60.

ROSA, Alexandre de Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. XLI e XLII.

ZAFFARONI, Eugênio Rául. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Ativismo judicial reescrevendo a constituição: uma análise dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber no habeas corpus 152.752

Wagner dos Santos¹

Tássia A. Gervasoni²

Introdução

É notório o crescimento no espaço midiático bem como na academia da discussão acerca do princípio da presunção de inocência, bem como a incerteza de como o Supremo Tribunal Federal viria a analisar tal questão.

O STF já veio a se pronunciar sobre a matéria em diversas outras situações, todas em Habeas Corpus, sendo sua última decisão em 2016, no HC 126.298, decidindo que o cumprimento antecipado da pena não fere o princípio da presunção de inocência. Porém, em 2018 a matéria novamente voltou a ser questionada, gerando grande instabilidade, bem como ansiedade, por parte da população e dos juristas, para ter-se, finalmente, uma posição sobre o tema, tema

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Meridional IMED.

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado na Faculdade Meridional - IMED. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: tassiangervasoni@gmail.com.

este que ainda aguarda julgamento das ADC's 43 e 44, a serem colocadas em pauta.

O texto constitucional é claro ao dizer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, todavia, posições ativistas dos Ministros do STF acabam por afrontar o texto constitucional, onde, por consequência, reescrevem o texto conforme entendem em suas decisões de HC's. Mais ainda, decisões dessa magnitude causam insegurança sobre a forma como a Constituição será aplicada adiante e em outras matérias, além de frustrações de como a norma é interpretada à vontade dos Ministros, Ministros estes que tem o dever de zelar pela Constituição.

Todavia, a falta de fundamentação pautada na juridicidade das normas, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, assim como um cenário de grande influência política e social no Poder Judiciário, causam fissuras na base do princípio da presunção de inocência.

O presente artigo irá se dividir em três pontos distintos, buscando, inicialmente, uma rápida conceituação de Ativismo Judicial. No segundo ponto busca-se apontar um conceito do princípio da Presunção de Inocência e a sua importância em todo o ordenamento jurídico, em especial no Processo Penal. Por fim, será feita a análise dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber no Habeas Corpus 152.752, onde o Supremo Tribunal Federal consolidou o seu entendimento na jurisprudência de que a execução antecipada da pena não fere o princípio da presunção de inocência, sendo pertinente com o tema do artigo para avaliar os problemas de posturas ativistas e os prejuízos ao princípio da Presunção de Inocência.

Assim, pretende-se avaliar o impacto ao sistema jurídico causado pelo Ativismo Judicial, em particular ao princípio da Presunção de Inocência, através do estudo dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber no Habeas Corpus 152.752, utilizando do método de pesquisa dedutivo, partindo da definição de conceitos

acerca do Ativismo Judicial e da Presunção de Inocência, a partir disso, aplicando estes conceitos aos referidos votos no Habeas Corpus 152.752. Para isto será necessária uma metodologia de análise monográfica e técnica de pesquisa de documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica.

1 Delimitando um conceito: o que é ativismo judicial?

Antes de adentrar ao objeto principal do texto, é importante que seja feita uma distinção entre princípios e regras para facilitar a compreensão do trabalho, tendo em vista que princípios e fundamentos como, por exemplo, a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III da Constituição Federal), a Igualdade (art. 3º, IV art. 5º, I da Constituição Federal), a Cidadania (art. 1º, II da Constituição Federal), a Liberdade (art. 3º, I da Constituição Federal), são definições complexas de serem alcançadas e, em alguns momentos, de serem aplicadas.

Princípios funcionariam como a base do sistema jurídico brasileiro e da Constituição Federal, pois como lhes é atribuído um sentido mais abrangente e essencial, atuam na maior amplitude legislativa para o caso concreto, como núcleo e forma de todo o sistema jurídico do Estado. No entanto, as regras jurídicas seriam a realização destes princípios, colocando a sua atuação em uma esfera mais centralizada, delimitando a área de atuação do princípio, onde assim, a norma coloca em prática o princípio de maneira centralizada e limitada, coabitando de modo equilibrado e harmônico. Portanto, regras nascem de princípios, e algumas vezes, princípios necessitam de regras para atuarem, podendo concluir que ambos fazem parte de uma norma, regulando as relações sociais e jurídicas. Assim, norma seria gênero e regras e princípios seriam espécies de normas.³

³ “As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar. [...] princípios seriam as normas

No funcionamento do sistema jurídico, o magistrado, como responsável por aplicar a norma⁴ a fim de dirimir o conflito da maneira mais justa possível, tem aptidão funcional de interpreta-la, como visualizado por exemplo no controle de constitucionalidade (art. 102, I, “a” da Constituição Federal) exercido pelo STF, que enquanto guardião da Carta Maior, tem o dever de zelar por ela e interpretá-la quando necessário, pacificando determinado tema fruto de discussão. Entretanto, há momentos em que o magistrado deixa de atuar na esfera de intérprete da lei, passando a utilizar de princípios morais e sociais⁵ e não aqueles previstos na Constituição Federal ou em qualquer outro documento jurídico, deixando de utilizar até mesmo doutrinas e, desse modo, diz-se que o magistrado passa a decidir “conforme a sua consciência”. É de valor ressaltar que a problemática não se encontra na interpretação para aplicação da lei, o problema está em:

Aplicar o direito quer dizer “fazer interpretação com base em argumentos de princípio” e não “por argumentos pessoais” etc. Portanto, quando se pergunta ao judiciário sobre alguma coisa, este não pode responder com argumentos pessoais, políticos, morais etc. Em uma democracia não se quer saber o que o juiz pensa sobre determinado fenômeno; o que se quer saber é como se pode alcançar uma resposta a partir do direito. E, definitivamente, o direito não é – e não pode ser – aquilo que o judiciário “diz que é”! (STRECK; BARRETO, 2009, p. 81)

Portanto, todo magistrado deve atuar e sentenciar conforme as regras e princípios jurídicos e, quando necessário, interpretar

mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.” (SILVA, 2003, p. 612-613).

⁴ Após feita a distinção entre normas, regras e princípios, será utilizado a expressão “norma” para tratar acerca de princípios e regras interpretados pelos magistrados no decorrer do trabalho.

⁵ “De pronto, consigno que, quando o judiciário age – desde que devidamente provocado – no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o ‘bem’, seja para o ‘mal’”. (STRECK, 2010, p. 22)

essas regras e princípios seguindo o ordenamento jurídico, caso contrário, estaria o magistrado atuando segundo seus ideais morais e sociais, estendendo a interpretação hermenêutica da norma para além de sua competência, dando poderes abstratos ao Judiciário, extrapolando os limites legais colocados pelo próprio ordenamento jurídico de aplicar o Direito ao caso concreto. Quando ocorrido isso, estar-se-ia falando de Ativismo Judicial, postura que pode trazer sérios riscos a princípios postos em nossa Constituição Federal - como será tratado no presente trabalho, com relação ao princípio da Presunção de Inocência.

Importante esclarecer que o juiz ativista não atua fora do ordenamento jurídico, pelo contrário, ele utiliza da norma posta pelo ordenamento, interpretando-a de modo moral para alcançar o caso concreto. Quando citado ou comentado sobre Ativismo Judicial, é necessário haver um cuidado e uma distinção para com a Judicialização. Ambos são comumente confundidos, pois advêm de discussões e decisões de magistrados, contudo, a Judicialização⁶ representa um contexto muito mais amplo no cenário jurídico, onde muitas vezes devido a este contexto, dá oportunidades e espaços para o Ativismo, entretanto, essa não é a discussão central do trabalho, devendo tal distinção ser abordada em outro momento.

Porém, ao falar-se em Ativismo Judicial, vislumbra-se que este pode ser encontrado até mesmo em casos de Judicialização mas, ao contrário desta, representa uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Ao inserir no sistema jurídico, através da Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito, se faz necessário regulamentá-lo e construí-lo sobre uma base jurídica forte. Para isso, diversos princípios e direito fundamentais são postos à

⁶ “É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.” (STRECK, 2014, p. 65)

disposição dos cidadãos, como mecanismos de viabilização de direitos e deveres para com o Estado, além, é claro, de garantias de atuação do Estado dentro da sociedade – um cenário diverso do visto no Estado Absolutista ou no Estado Liberal. Outrossim, com esta base forte construída sob princípios e regras fundamentais, há também como consequência uma base maleável, por haver uma necessidade de interpretação destas normas para sua aplicabilidade. Com essa maleabilidade da norma, tem-se diversas possibilidades de interpretação, abrindo-se brechas para posturas ativistas no Poder Judiciário. Com estas brechas encontradas por meio do entendimento e aplicação da norma constitucional, é possível haver diversas interpretações acerca do texto constitucional, ampliando sua aplicabilidade, dando ao Judiciário uma atuação mais vasta e intensa, expandindo a norma para que seu sentido e forma alcancem situações em que o legislador, ao criar a norma, deixou de abranger⁷.

É neste cenário em que o Ativismo ganha força e apoio social e midiático. Muitas vezes, a expressão da vontade do magistrado colocada na decisão o qual proferiu é tida com representação da sociedade, que responde a uma falsa sensação de impunidade na aplicação do Direito. Contudo, essa sensação e anseio social não estão muitas vezes representados nas normas legislativas. “[...] Nem toda resposta juridicamente errada é, por ser errada, ativista; aliás, a postura pode ser ativista e, a resposta jurídica, correta. A questão é que, pelo só fato de ser ativista, há um problema de princípio que a torna errada, na sua formulação. É uma questão de dever judicial.” (STRECK, 2016).

E é nesta lógica de dever judicial de aplicabilidade e interpretação da norma ao caso concreto, onde alguns magistrados tomam a liberdade de fazerem uma leitura como bem entendem ou

⁷ “O que ‘vale’, afinal? A letra da Constituição ou a solução ‘justa’ mediante interpretação livre? O debate é secular e não se pode esperar resposta definitiva. Mas, em nível descritivo, já temos uma resposta institucional do Supremo. Os ministros não consideram a letra da Constituição como relevante obstáculo quando a solução que essa letra dita lhes parece disfuncional.” (FALCÃO; ARGUELHES; RECONDO, 2017, p. 64)

querem da norma, estendendo-a até que possa alcançar a matéria judicializada. No entanto, quando visualizado sucessivos casos ativistas é possível se deparar com magistrados fazendo uma reconstituição da Carta Maior de acordo como necessitam.

Em síntese, “a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, com destaque para a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário” (GERVASONI; LEAL, 2013 p. 966). Nesse sentido, um dos princípios constitucionais que mais vem sofrendo com posturas ativistas é o Princípio da Presunção de Inocência, o qual novamente foi posto em discussão pelo STF após a decisão em plenário no *Habeas Corpus* 126.292 de 2016.

Sendo assim, com essa manifestação ativista de grande parte dos Ministros do STF, a instabilidade sobre questões antes claramente expressas na Constituição tornam-se comprometidas com uma interpretação de acordo com a vontade do Ministro. Nessa linha de raciocínio é que vem sendo abordado no STF a discussão sobre o Princípio da Presunção de Inocência, princípio esse com seu texto expresso na Constituição no artigo 5º, LVII, e como não bastasse, fora novamente mencionado no Código de Processo Penal em seu Artigo 283. Para tanto no próximo tópico será abordado o princípio em espécie, para facilitar a compreensão de como a Constituição, o processo penal e a sociedade vêm a ser impactado com tal interpretação exacerbada da norma.

2 Princípio fundamental do processo penal: princípio da presunção de inocência

O Princípio da Presunção de Inocência foi um grande salto democrático para a sociedade, rompendo, assim, com um passado inquisitorial no âmbito do processo penal, garantindo um tratamento mais digno ao acusado, bem como a promoção ao respeito e aplicabilidade de direitos e garantias fundamentais. Com

a inserção desse princípio no ordenamento brasileiro, bem como no processo penal, inverte-se uma lógica de juízo de culpabilidade presente no antigo sistema inquisitorial, como aponta Lopes Jr:

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. (LOPES JR., 2017, p. 94)

Com essa significativa mudança no sistema de processo, agora o acusado deve ser tratado durante todo o processo criminal como inocente, até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como traz o diploma legal da Constituição Federal e o Código de Processo Penal:

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:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988).

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941) [grifo nosso].

Conforme dispõe o texto legal, a inversão do ônus do processo deixa de ser um juízo de culpabilidade, ou melhor dizendo, uma presunção de culpabilidade. Agora, diferente do retratado no modelo inquisitorial, há uma presunção de inocência do indivíduo, cabendo assim ao Estado provar durante a fase processual de que esse acusado é culpado e, portanto, inverter o ônus de inocência. Esse novo sistema, alicerçado por esse princípio tão fundamental,

garante um processo mais democrático e digno ao cidadão acusado de ter cometido algum injusto penal.

Salienta-se ainda a importância desse princípio no sentido de prevenir o cometimento de injustiças para com os cidadãos acusados. Quando dito, de maneira clara, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, remete-se à ideia de que cabe ao Estado aniquilar quaisquer chances de dúvidas e incertezas sobre quem cometeu determinado fato narrado, caso contrário, estar-se-ia condenando antecipadamente alguém - que, inclusive, no futuro, poderia vir a comprovar sua inocência, tornado seu tempo preso um grave erro jurídico.

É de valor ressaltar que este princípio em hipótese alguma veda a prisão, desde que essa seja no curso do processo ou da investigação, com ordem escrita e fundamentada do juiz. Para tanto, traz a legislação as hipóteses de prisão temporária e preventiva. Todavia, quando o STF diz que o cumprimento antecipado da sentença condenatória não fere tal princípio constitucional, se está afirmando a implementação de uma prisão preventiva obrigatória para o acusado. Assim, aplicada independentemente de preenchidos os requisitos necessários⁸ para tal medida, vista não como regra, mas como exceção do sistema processual penal brasileiro, há grave impacto em desfavor do direito à liberdade - tal argumento, contudo, será melhor abordado no próximo item.

Portanto, é indubitável a relevância de tal princípio como base de todo um sistema penal, importando assim em um processo mais democrático e garantidor de direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna. Contudo, quando o STF, através de posturas ativistas, extrapola sua interpretação sobre um princípio positivado na regra

⁸ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)” (BRASIL, 1941)

do Artigo 5º, LVII, o qual tem um texto tão claro e conciso, causa severos danos e incertezas sobre o futuro normativo, bem como se ainda há garantias constitucionais ou se a Carta Magna se encontra refém das vontades de 11 Ministros.

3 O STF legislando? Os impactos dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber

Após definidas as questões de delimitação de conceitos acerca dos conteúdos do presente trabalho, quais sejam Ativismo Judicial e Presunção de Inocência, cumpre analisar os votos dos Ministros, em especial no HC 152.752. Para tanto, deter-se-á a dois votos específicos para o trabalho, os votos do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Rosa Weber. Interessante salientar que foi escolhido o voto do Ministro Gilmar Mendes por esse adotar uma terceira abordagem ao tema, qual seja, aguardar os recursos pendentes no STJ, para só assim, após julgados os recursos, começar o cumprimento da pena. Ainda, questões que induziram a análise desse voto foram questões de que o posicionamento do Ministro seria algo um tanto quanto duvidoso, devido ao fato de mudar em diversos casos semelhantes o seu entendimento da matéria entre 2016 e 2018.

Ademais, o voto da Ministra Rosa Weber tornou-se pertinente à análise pois este foi considerado por juristas como um voto derradeiro para o atual entendimento da Corte, bem como por ter utilizado de princípios da Colegialidade e Segurança Jurídica para fundamentar seu voto, adotando uma postura contrária ao seu entendimento, apenas para seguir o posicionamento da Corte.

Em seu voto, voto esse semelhante ao proferido no HC 126.292, o Ministro Gilmar Mendes alega que tal princípio, estando positivado como regra no artigo 5º, LVII da Constituição Federal não é absoluto, logo, poderá ter uma interpretação diversa da que traz o texto constitucional. Ainda sustenta o Ministro que em determinados casos, com algumas lacunas vistas no texto legal,

cabará à Corte interpretar a norma, para preencher tais lacunas dentro de um espaço de razoabilidade:

Com efeito, o princípio vigente de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, não é absoluto. Estabelece o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, in verbis: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. [...] em determinadas situações é possível identificar uma maior ou menor incompletude das normas constitucionais, sendo papel da Corte Constitucional identificar possíveis lacunas e colmatá-las dentro de um plano de razoabilidade (BRASIL, 2018)

De outra banda, a posição dada pelo Ministro demonstra-se equivocada. De fato, a Corte tem o dever por assim dizer de interpretar a norma quando visto determinada incompletude para aplica-la ao caso concreto. Todavia, tanto o texto constitucional, bem como o texto trazido no Código de Processo Penal são claros e concisos, impossibilitando margens para interpretações. Ainda, tal princípio não é absoluto, mas apenas deixa de ser absoluto quando tal princípio após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória inverte o ônus de inocente do acusado. Obrigar o indivíduo a cumprir antecipadamente sua pena, antes haver uma certeza jurídica incontestável, estaria o Poder Judiciário criando uma aberração jurídica de uma prisão preventiva obrigatória para o acusado⁹.

Ainda, em outro trecho, o Ministro Gilmar Mnedes afirmar que:

Situações excepcionais, para hipóteses de crimes graves, em que normalmente se impõe o regime fechado, pode-se dar início ao cumprimento da pena a partir do segundo grau de julgamento. Haveria cautelaridade na aplicação imediata da pena, em hipóteses

⁹ Em 2013 o STF já havia se manifestado acerca da tentativa de criar uma prisão preventiva obrigatória, vide <https://www.conjur.com.br/2013-nov-04/stf-reafirma-apanas-gravidade-crime-nao-justifica-prisao-preventiva>

tais, como para a garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal. (BRASIL, 2018)

Decidir de tal maneira como posta nesse trecho causa um estranhamento ou incerteza acerca do rumo em que o Processo Penal e toda a Constituição Federal poderão adentrar. De maneira alguma Juiz ou Ministro poderão decidir em “situações excepcionais”, não é esse o papel de um aplicador da lei, mas sim, aplicar a lei ao caso, sem juízo de valoração de qual caso é mais grave ou importante que os demais. Deturpar o sentido do Princípio da Presunção de Inocência, aplicando a pena antes do trânsito em julgado, em crimes graves, ocorreriam julgamentos de exceção, em uma trágica tentativa de buscar um culpado a todo o custo para aumentar o prestígio do Poder Judiciário para com a sociedade¹⁰.

Ainda o Ministro, para legitimar a execução antecipada da pena utiliza de fundamentos da prisão preventiva, como exemplo a garantia da ordem pública, “a garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime” (2018, p. 20). Porém, sustentar um ato tão gravoso ao cidadão quanto à prisão antecipada em uma cláusula genérica, demonstra não um cuidado com a aplicação da lei, mas sim uma falsa tentativa de legitimar os entes públicos perante a sociedade, conforme aponta Lopes Jr.

É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. [...] Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia uma grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado. [...] No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco

¹⁰ “no fundo, o desejo de ver castigado o culpado ‘parte de uma bondade natural’. Pode ser explicado, sobretudo, pela impossibilidade em que se vê o homem de permanecer inativo ou indiferente diante de um mal qualquer.” (GUYAU, 2007, p. 48)

de reiteração de delitos [...] Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo em casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. (LOPES JR, 2017, p. 650,651)

Por fim, alterar o marco de quando deve começar a execução antecipada da pena, não diminui ou acaba com os efeitos de tal interpretação ativista acerca da norma, apenas protraí no tempo um erro essencialmente grotesco quanto à leitura e interpretação da Constituição, que causará graves consequências aos acusados de qualquer conduta criminosa.

Em paralelo a isso, mantendo o entendimento originário da Corte, a Ministra Rosa Weber proferiu seu voto alegando princípios da colegialidade e da segurança jurídica, votando mesmo que contrário à Constituição Federal.

Anoto, em segundo lugar, questão que antecede, ontologicamente, o próprio dimensionamento da garantia fundamental assegurada no art. 5º, LVII, da Constituição, objeto do mérito, que diz com a segurança jurídica, segurança jurídica que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados.

Nesse enfoque, a imprevisibilidade, segundo entendo, por si só qualifica-se como elemento capaz de degenerar o Direito em arbítrio. Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o Tribunal como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência (BRASIL, 2018).

De fato, manter total respeito ao princípio da Segurança Jurídica é caráter essencial para todo o sistema e, principalmente, para a garantia e aplicabilidade das normas, em fomento à Constituição Federal. Todavia, aplicar e decidir conforme a Segurança Jurídica de maneira alguma é calar-se diante de tamanha

irregularidade e interpretação abusiva do texto do artigo 5º, LVII da Constituição.

O princípio da Segurança Jurídica traz para o jurista total segurança de que a lei, a norma, será aplicada ao seu caso conforme deve ser. É aplicar a norma ao caso. Quando necessário a interpretação dessa norma para preencher lacunas legislativas, impedindo da norma alcançar a tal ponto, cabe ao Magistrado ou Ministro utilizar-se de princípios e pensamentos jurídicos ou analogicamente utilizar outra norma jurídica para decidir sobre o caso.

No entanto, ao decidir conforme a Corte, apenas para manter o entendimento, é caso de flagrante omissão para com a Constituição e com a interpretação às avessas feitas pela corte para com o artigo 5º, LVII. Submeter-se a decidir da mesma maneira, mesmo que essa maneira demonstre-se claramente errônea, é tornar-se coautor de uma aberração jurídica que é a execução antecipada da pena.

No mesmo voto a Senhora Ministra afirma que:

A relação do Tribunal com o precedente se dá em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos da adequação, da evolução e do aperfeiçoamento do Direito, de outro. Sem deixar de apresentar consistência, o sistema deve reter flexibilidade suficiente para o seu desenvolvimento ao acomodar espaço para mudança e evolução. (BRASIL, 2018)

De fato, o Direito deve estar em constante aperfeiçoamento para adequar-se à sociedade em que está inserido e tem o dever de regula-la, contudo, esse princípio em questão, não comporta espaço para flexibilidade desta natureza, o qual vira a compor um sério gravame jurídico ao acusado. Toda norma tem seu limite de interpretação, porém essa interpretação adotada pela Corte vem a impor algo que o ordenamento jurídico brasileiro não comporta.

Por fim, ao analisar os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber, é notável a interpretação ativista que ambos tem acerca

da matéria, ou até mesmo, aceitando o entendimento da Corte, em manter um posicionamento sobre um tema com tamanha importância no ordenamento jurídico. Com isso, a questão de aplicabilidade da norma torna-se uma grande incerteza, além do mais, um princípio tão essencial para o Processo Penal bem como para a sociedade, fora afrontado, onde os danos e riscos decorrentes dessa decisão vem causando transtornos, seja para o Poder Judiciário e o sistema carcerário, seja para os acusados, agora, obrigados a cumprir uma pena, sem a existência de uma certeza jurídica provada pelo Estado, qual seja, aquele inocente agora é culpado.

4 Conclusão

Sendo assim, constata-se que o Ativismo Judicial é um modo de decidir cada vez mais frequente entre os magistrados. Todavia, o cenário preocupante que decisões pautadas na própria vontade dos magistrados trazem ao sistema jurídico é de uma grande insegurança jurídica de como a norma será aplicada. Pautando-se em sua moral ou na vontade social de punir a todo o custo, interpretações à vontade do aplicador da lei, trazem, muitas vezes, consequências drásticas ao acusado, mas não só a quem fora acusado de um processo criminal, mas a toda a ordem jurídica e também a Constituição Federal.

Com esse cenário de magistrados decidindo com mais frequência pautados em sua consciência, é que foi deturpado o sentido e aplicação do princípio da presunção de inocência, positivado tanto na Constituição Federal, bem como no Código de Processo Penal, sendo este um dos princípios basilares do modelo de processo vigente hoje no Brasil. Com esse atual posicionamento do STF sobre a matéria, cria-se assim uma aberração jurídica no sistema, onde permanecem confusos todos os aplicadores do Direito acerca de quando deverá começar a aplicação da pena.

O fato é que agora, o STF criou dois trânsitos em julgado da sentença penal condenatória, em uma falha tentativa de separar fato e direto no processo criminal. O maior efeito dessa posição é que até a segunda instância, o STF diz ser discutida matéria de fato, ou seja, provas, autoria, dentre outros. Esgotado a discussão em primeira e segunda instância, esgotam-se as matérias de fato, onde a culpabilidade do agente já estaria comprovada, esse um grave equívoco de interpretação. Quando discutido o processo criminal no STJ e STF, ai estariam apenas discutindo matéria de direito, caso haja alguma violação de direito.

Entretanto, o texto constitucional é expresso em seu texto ao dizer “antes do trânsito em julgado”. Portanto, estaria assim aplicando uma pena antes de haver qualquer certeza sobre quem realmente cometeu o delito, e se esse indivíduo deve mesmo cumprir uma pena. Como já enfatizado antes, com tal posição, haveria assim uma prisão preventiva obrigatória para todos os acusados. Por fim, constata-se ao analisar o HC 152.752 que a posição ativista dos votos analisados caracterizam uma clara violação ao texto constitucional, refletindo em diversas ilegalidades ao processo e ao acusado, ilegalidades essas que não faziam mais parte do sistema processual penal.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752**, Relator Min. Edson Fachin, voto Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/.pdf>>. Acesso em: 24 abril 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752**, Relator Min. Edson Fachin, voto Min. Rosa Weber. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/voto-rosa.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

GERVASONI, Tássia A.; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Ativismo judicial?** O “antes” e o “depois” da constituição de 1988 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um estudo a partir da noção de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 953-970, set./dez. 2013.

GUYAU, Jean-Marie. **Crítica da idéia de sanção**. Tradução de Regina Schöpke e Mauro Baladi. São Paulo: Martins, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos** acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), UNISINOS, 12 de julho de 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

As violações das liberdades individuais e substantivas segundo Amartya Sen e os reflexos sociais na formação do indivíduo no campo da criminologia

Vicente Teston Machado¹
Gisiane Machado da Silveira²

Introdução

Atualmente, diante de um processo constante de desenvolvimento da humanidade, é possível constatar, não raras vezes, situações de violações de direitos fundamentais aos cidadãos. Este processo, deveras, comum em uma cultura capitalista, vem sendo objeto de estudos sob diversos campos da multidisciplinariedade. Entretanto, é no campo da sociologia e da criminologia, que o estudo ora proposto transitará, com escopo de analisar como o meio social interfere no processo de desenvolvimento dos indivíduos em situação de vulnerabilidade traçando um paralelo ao estudo da criminologia, em específico a subcultura delinquente e suas vertentes.

¹ Advogado. Pós graduado em Ciências Criminais (LFG/Anhanguera).

² Advogada. Pós graduada em Direito Penal e Processo Penal da IMED/RS.

1. A multidisciplinariedade entre a sociologia e a criminologia e a influência do meio social para o indivíduo.

Nesse momento, importante depreender breve relato acerca do conceito e características da criminologia, a qual pode ser conceituada como uma ciência empírica (baseada na observação e na experiência) e interdisciplinar que tem por objetivo de análise, o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e o controle social das condutas criminosas.

Para Penteadó Filho (2013, p.21), a criminologia “*é uma ciência do “ser”, empírica, na medida em que o seu objeto é visível ao mundo real e não no mundo dos valores*”. Nesse contexto multidisciplinar proposto, imperioso destacar o correlacionamento entre a sociologia jurídica e jurídico-penal, segundo BARATTA:

Partindo-se da distinção entre comunidade, como organização compreensiva da vida humana em comum, e o direito como uma parte dela, pode-se dizer que o objeto da sociologia jurídica é, por um lado, a relação entre mecanismos de ordenação do direito e de comunidade, e por outro lado, a relação entre o direito e outros setores da ordem social. Portanto, a sociologia jurídica tem a ver tanto com as estruturas normativas da comunidade, em geral, como também com as condições e efeitos das normas jurídicas, em especial (BARATTA, 2002, p. 21).

Ainda, em referência ao autor, a sociologia jurídica se ocupa com modos de ação que serão postos em relação com comportamentos, que têm como consequência normas jurídicas ou são efeitos da mesma, onde fazem parte do estudo a ação direta e indireta de grupos de interesse na formação e aplicação do direito, como também a reação social ao comportamento desviante, enquanto precede a íntegra, como controle social não-institucional, o controle social do desvio, por meio do direito e dos órgãos oficiais de sua aplicação (BARATTA, 2002, p.22).

Note-se o quão vasto pode ser, e não só para as pesquisas empíricas, o concurso interdisciplinar de métodos e de aportes de

disciplinas diversas no estudo de muitos dos principais problemas da sociologia jurídica contemporânea. (BARATTA, 2002, p. 22).

Nesta perspectiva, por conta desta transdisciplinariedade, mostram-se consonantes com algumas questões pontuais trazidas à baila na obra “Desenvolvimento como liberdade”, de Amartya Sen³.

O qual refere que o desenvolvimento como liberdade, propõe uma análise pontual acerca do processo de desenvolvimento dos povos, enfatizando às mazelas sociais acarretadas a partir da supressão de direitos individuais e substanciais dos indivíduos. Para SEN, às chamadas liberdades, são elementos que se traduzem em diferentes campos, mas que denotam a possibilitar ao indivíduo condições mínimas para uma vida adequada em sociedade.

Segundo Sen (2000, p.19):

Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2000, p.19).

Desse modo, tangenciando tal contexto social histórico para o viés da criminologia, denota-se que todos esses fatores sociais no qual o indivíduo está inserido, passam a interferi-lo no processo de formação. O que Sen, virá a chamar de “condição de agente”.

Resgatando, de certa forma, os estudos realizados pela Escola de Chicago, a qual discutiu os múltiplos aspectos da vida urbana para traçar os conceitos básicos do pensamento criminológico.

Rememorando, tal estudo dividiu a cidade em cinco zonas: 1^a zona, comercial com grandes bancos e empresas; 2^a zona de transição, possuindo moradias com menor poder aquisitivo,

³ AMARTYA SEN é economista e filósofo, de nacionalidade indiana (Santiniketan) e formado pela Universidade de Cambridge. Contribuiu imensamente para estabelecer uma nova compreensão acerca de conceitos tais como miséria, pobreza, fome e bem-estar social, sendo premiado em 1998, com o prêmio Nobel. É autor também de, entre outras importantes obras, *Desenvolvimento como liberdade e Sobre Ética e Economia*.

pensões baratas e comércio podre; 3ª zona é composta por residências e trabalhadores pobres, mas em ascensão que não querem se distanciar dos seus trabalhos; 4ª zona que possui blocos habitacionais com uma família por residência, e por fim, a 5ª zona onde estão localizadas as residências das pessoas com maior poder aquisitivo e que normalmente, passam o dia longe das casas.

A partir desse zoneamento, foi relacionado o comportamento de cada pessoa residente na sua faixa, bem como o nível e tipo de criminalidade existente, concluindo que os maiores índices de delitos se correlacionam com os locais mais degradantes com segregação econômica, sendo que esses lugares possuindo maior diversidade cultural produzindo seus próprios códigos morais e comportamentais. (SHECAIRA, 2004, 163-166)

Nesse sentido, há que se estabelecer que as condutas desviantes praticadas por indivíduos, tem de ser vista como um fenômeno social, portanto consequência do meio comunitário onde o mesmo encontra-se inserido. A partir de então, o que se constata é um ciclo fomentador da (sub)cultura social/criminal, e a tendência, é que o mesmo encontre extrema dificuldade de sair desta margem. O rompimento desse paradigma é conceituado pela criminologia como teoria do etiquetamento social.

Feito tais ressalvas, passemos a análise específica da obra de Sen, sobretudo no que interessa ao discurso ora proposto, qual seja, o indivíduo, suas condições enquanto cidadão da sociedade democrática, os reflexos prejudiciais a partir da supressão de liberdades individuais e substanciais do cidadão.

Sendo assim, em Desenvolvimento como liberdade, Sen, traz uma reflexão em torno das problemáticas políticas e sociais inerentes ao mundo contemporâneo globalizado, sobretudo no que tange a questões básicas como serviços públicos de educação, infraestrutura e saneamento básico, distribuição de riquezas, dentre outros.

O desenvolvimento e liberdade, trazidos como elementos titulares da obra, desenvolvem uma análise distinta, vez que o

desenvolvimento é considerado um meio da economia atual, principalmente em se tratando do quadro evolutivo das sociedades capitalistas atuais. Ou seja, é um elemento essencial para o sistema econômico em geral dos Estados, pois através dele se medirá o grau de riqueza alcançado por seus habitantes, auferida pelo Produto Interno Bruto.

Assim, para que se chegue ao PIB elevado, busca-se a ascensão do desenvolvimento, situação almejada por qualquer governo. Nesse raciocínio, o autor deixa claro que tal situação, objeto de desejo pelos governos, poderá se dar, sob qualquer preço, o que está diretamente ligado às mazelas sociais presentes nas maiorias dos sociedades pós modernas.

A partir dessa perigosa constatação, estabelece-se que diante do anseio de se obter patamares elevados ao PIB, e por consequência o desenvolvimento acaba-se por violar alguns elementos imprescindíveis ao estrutura social do Estado, como a democracia de forma direta, as liberdades individuais e substantivas, bem como os direitos civis.

Graças à formação voltada a economia, SEN pode dar uma dimensão exata da problemática instalada nos povos em processo de desenvolvimento. Indagando o leitor no seguinte sentido *“De que adianta um modelo de desenvolvimento baseado na riqueza econômica se isto não se reflete na melhoria das condições de vida das pessoas?”*. Segundo o mesmo, tais distorções, serão o ponto de partida para que se busque um novo modelo de desenvolvimento, baseado na expansão das melhorias das condições de vida dos cidadãos.

Nesse sentido, o novo modelo proposto, perpassa pela teoria de justiça onde a liberdade é elevada como a temática central do processo estrutural da sociedade. Nessa perspectiva, a liberdade compreende dois seguimentos: As liberdades individuais e as substantivas.

Neste aspecto, Zambam (2009, p. 15), sustenta que:

O valor moral substantivo da liberdade é indispensável para a estruturação e a avaliação da justiça, porque identifica as relações entre as pessoas, a organização das instituições sociais, o modelo de desenvolvimento sustentável, os valores que sustentam o ordenamento social e as relações internacionais a partir da garantia e do exercício das liberdades substantivas. A pessoa, desse modo, está na condição de agente e sujeito ativo, com as categorias essenciais para poder participar e influenciar a organização da sociedade, independentemente do acesso aos bens e aos recursos de que dispõe ou dos interesses previamente estabelecidos (ZAMBAM, 2009, p.15).

Já para Sen (2000, p. 52):

O papel constitutivo relaciona-se à importância liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana. As liberdades substitutivas incluem capacidades elementares como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc. (SEN, 2000, p. 52).

Nesse cenário, importante referência se faz a partir do valor moral substantivo para uma sociedade igualitária. É imperioso se ter presente que a liberdade é uma condição essencial para o modelo de desenvolvimento proposto por Sen, sendo que, segundo Zambam (2009, p.17) *“sem liberdade não se pode falar do valor da pessoa como sujeito ativo, das condições de justiça social, do modelo de desenvolvimento sustentável, das relações entre as culturas, da utilização equilibrada dos recursos naturais, da superação das gritantes desigualdades existentes no seu interior ou do compromisso com as condições de existência das futuras gerações”*.

Neste sentido, segue:

A liberdade é uma dimensão indispensável para a consideração das condições de justiça, por isso, com valor intrínseco, próprio e, nesse sentido, inegociável e não dependente de planos ou objetivos previamente estabelecidos, especialmente representados por

interesses individuais, corporativos ou outros. O valor moral substantivo da liberdade identifica, caracteriza e diferencia as múltiplas áreas das relações humanas e da organização social, imprimindo uma dinâmica tal que no seu conjunto se evidenciam a promoção e o fortalecimento da liberdade (ZAMBAM, 2009, p.17).

São elementos muito além do que o *status* de homem livre, condição inerente aos cidadãos, sobretudo à luz dos direitos individuais do homem e do cidadão, elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Para o mesmo, as liberdades individuais e substantivas são elementos meio para que chegue ao desenvolvimento.

Nesse sentido, Sen (2000, p.263):

A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais oportunidade de buscar novos objetivos – tudo aquilo que valorizamos; Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir e viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que ao estamos sendo forçados a algo de restrições impostas por outros. A distinção entre o “aspecto de oportunidade” e o “aspecto de processo” da liberdade por ser significativa e também de longo alcance (SEN, 2000, p.263).

Oportuna é a referência desta concepção de liberdade, enquanto valor moral substantivo fundamental para o ordenamento de uma sociedade. Nesse sentido, Zambam, leciona que o agir humano, “*em suas diferentes dimensões, perspectivas e necessidades integra-se e sedimenta-se por meio de uma sólida experiência de liberdade da qual dependem a sua realização pessoal e a sua integração na vida da sociedade*”. Assim, a valorização, a garantia e a promoção da liberdade são condições indispensáveis para a avaliação da justiça social, proposto por Sen.

O mesmo autor estabelece ainda que, a visão da liberdade adotada em sua teoria, envolve tanto os processos, que permitem a liberdade de ações e decisões, como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as circunstâncias pessoais e sociais (SEN, 2000, p.31).

3. Os reflexos das violações de liberdades para o indivíduo, o contexto social, a restrição de capacidades e a contribuição para a conduta desviante.

Ponto que merece atenção, no entanto, é os reflexos multivetoriais oriundos a partir da privação da liberdade, a qual poderá surgir em razão de processos inadequados (como violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos e civis), ou, através de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo de que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar de morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária).

Acerca da privação das liberdades, Zambam (2009, p.23) refere que:

A privação da liberdade compromete a realização das pessoas, ao passo que seu exercício determina a qualidade e as perspectivas da vida humana, da estrutura interna e das relações externas da sociedade. As pessoas buscam exercer a liberdade como uma característica indispensável e necessária da sua existência; para isso, dependem de diferentes fatores, especialmente oriundos do contexto sociocultural onde estão inseridas (HÖFFE, 1991). O exercício da liberdade imprime no ser humano condições que o capacitam para que, na condição de sujeito, desenvolva suas potencialidades e, por meio de uma efetiva integração social, participe ativamente do processo de organização e de desenvolvimento do conjunto da sociedade (SANCHO, 2006). (ZAMBAM, 2009, p.23).

Ainda complementa:

A negação das liberdades substantivas adultera o conceito de pessoa, reduzindo-a à condição de não sujeito e a estrutura da sociedade, especialmente as suas instituições, a um meio para a satisfação e legitimação de objetivos previamente acordados, especialmente de ordem econômica ou para a manutenção de interesses políticos. (ZAMBAM, 2009, p.15).

A pobreza como privação de capacidades, obteve atenção especial pelo autor, ao ponto que, além ser um indicativo de nível baixo de renda, deve ser vista como privação de capacidades básicas do indivíduo em relação ao convívio na sociedade.

Noutro aspecto, Adam Smith, em *A riqueza das nações*, trabalhou acerca das interpretações sociológicas da pobreza. À respeito, sustentou que o fator social onde o indivíduo está inserido possui primazia em relação aos índices de pobreza. Portanto, ser relativamente pobre em um país rico pode ser uma grande desvantagem em capacidades, mesmo quando a renda absoluta da pessoa é elevada pelos padrões mundiais. Em um país generalizadamente opulento, é preciso mais renda para comprar mercadorias suficientes a realizar o mesmo funcionamento social. (Apud, SEN, 2000, p. 245)

Ponto nevrálgico para o compartilhamento das ciências, é a constatação das dificuldades que alguns grupos de pessoas enfrentam para “participar da vida em sociedade”, e como esta convivência é crucial para o estudo da exclusão social ou teoria do etiquetamento.

Indubitável é que as privações das liberdades, individuais ou substantivas, geram imposições à vida social, de modo especial quando operada através de violência e para satisfazer os interesses políticos ou econômicos. Entretanto, conforme constatado por Zambam, o outro fator é o isolamento, que pode ter as mesmas causas ou também interesses culturais ou religiosos, são uma *“flagrante contradição à afirmação do valor moral substantivo da*

liberdade e contribuem para a instabilidade social, tanto em nível local quanto das relações internacionais” (ZAMBAM, 2009, p. 18).

Nessa seara, o autor enfatiza a necessidade da proteção, garantia e desenvolvimento das liberdades substantivas, nestes termos (ZAMBAM, 2009, p.20):

Sua efetivação é possível em qualquer situação, sem necessidade de condições ou exigências prévias, porque está respaldada por princípios seguros e por mecanismos, instrumentos e instituições que contemplam as diferenças (políticas, culturais, religiosas e outras) presentes no seu interior, ordenam as desigualdades, garantem a estabilidade política e orientam o processo de desenvolvimento sustentável. Essa dinâmica possui as condições necessárias para a justiça, a partir do que se pode afirmar que uma sociedade justa é, também, uma sociedade democrática.

No ponto, Sen trabalha com binômio “pobreza” - e suas subdivisões em renda e capacidade, e “desigualdade”, para pontuar com propriedade a desigualdade como fator ensejador de privação de oportunidade e capacidade (“capabilidades”). Questões que, sob à ótica do economista é o fator preponderante para questões mais abismais, como desemprego, aumento da taxa de mortalidade, analfabetismo, violência de gênero ou *feminicídio*, corrupção e etc.

Acerca destes elementos sociais, o autor não deixou de mencionar, ainda que de modo superficial, a estreita relação existente entre os fatores sociológicos ora abordados, com a criminalidade. Senão vejamos:

Os grandes desafios que o capitalismo enfrenta no mundo contemporâneo incluem problemas de desigualdade (especialmente de pobreza esmagadora em um mundo de prosperidade sem precedentes) e de “bens públicos” (ou seja, os bens que as pessoas compartilham, como o meio ambiente). A solução desses problemas, quase certamente requererá instituições que nos levem além da economia do mercado capitalista (SEN, 200, p. 110).

Destaca Sen (2000, p.18):

Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação da liberdade vincula-se diretamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade (SEN, 2000, p. 18).

Tais privações de liberdades substantivas impossibilitam a atuação livre nos diferentes campos da existência, porque compromete o conceito de pessoa, enfraquece a qualidade das relações individuais, familiares e sociais e a estrutura e o funcionamento das instituições que sustentam a arquitetura da sociedade. Uma sociedade comprometida com as liberdades substantivas dá aos seus membros as condições para que escolham o tipo de vida que consideram importante

Outro exemplo, que o autor buscou pontuar, mesmo que de forma superficial, foram as condutas desviantes no universo dos negócios, e a constatação da corrupção no meio público. Assim, asseverou o autor

Prevalência da corrupção é justificadamente considerada uma das piores barreiras no caminho do progresso econômico bem-sucedido – como, por exemplo, em muitos países asiáticos e africanos. Um nível elevado de corrupção pode tornar ineficazes as políticas públicas e também afastar o investimento e as atividades econômicas de setores produtivos, direcionando-as às colossais recompensas das atividades ilícitas. Pode ainda encorajar – como

já mencionado - o desenvolvimento de organizações violentas como a Máfia. (SEN, 2000, p. 312).

No campo da criminologia, a criminalidade organizada pressupõe uma potencialidade destruidora e lesiva extremamente grande, pior ainda, para a sociedade do que as infrações individuais, daí a justa preocupação dos Estados com a repressão a esta espécie de delitos.

Para Sen, a corrupção detectada como a pior barreira no caminho do progresso econômico bem sucedido, vez que além de refletir em cifras menores para o Estado, há uma tendência em ser mantida pelos gestores públicos que convivem no meio corrupto.

Para a criminologia, a expressão “*White collar crimes*”, foi apresentada pela primeira vez à sociedade americana em 1939, por Edwin Sutherland. Malgrado elaborada a partir de uma visão sociológica da criminalidade, a definição de Sutherland obteve respeito da comunidade científica e acelerou os estudos acerca do crime organizado no aspecto empresarial a partir da metade do século XX.

Os crimes do colarinho branco, têm duas características próprias e simultâneas: o *status* respeitável do autor e a interação da atividade criminosa com sua profissão.

Nesse ambiente, destacam-se os crimes contra a ordem tributária, contras relações de consumo, contra a economia popular, contra o mercado de ações, os crimes falimentares, dentre outros, de modo que seus atores, em regra, são pessoas ou grupos de pessoas de amplo prestígio social e político, com fácil trânsito em todas as áreas governamentais. As propinas, o tráfico de influência e o favorecimento são, de igual raiz, atividades correlacionadas àqueles ilícitos, que contam com o apoio de agentes públicos ímprobos e desonestos (PENTEADO FILHO, 2013, P. 94).

Os crimes do colarinho branco, à vista de sua pretensa impunidade, acabam propiciando a ocorrência da chamada cifra

dourada de criminalidade, isto é, o percentual de tais delitos que nem chega ao conhecimento das autoridades.

Ensina Elbert (2009, p.165) que a *“realização dos delitos de colarinho branco, no meio cultural empresarial, era considerada, então mais um mérito que uma mácula, conformando uma concepção subcultural dos poderosos. Dali, deduz Sutherland que o comportamento e os valores se aprendem no curso da vida social e se expressam em sistemas de trabalho, ideias e modos de relação comuns”*. Aí estava desenhado um modelo de subcultura delinvente, proporcionado pela associação diferencial.

Para Sen, a corrupção não é obra de um momento recente. As civilizações antigas deram mostras de ilegalidade e corrupção disseminadas. Algumas produziam uma literatura considerável sobre modos de reduzir a corrupção, especialmente entre os funcionários do governo. Essa literatura histórica pode oferecer algum *insight* sobre modos de impedir a corrupção atualmente. (SEN, 2000, p. 312)

Nesta perspectiva, a partir de uma abordagem sociológica por parte da criminologia, há fatores sociais – reflexos da privação da liberdade, sustentado por SEN, que demonstram haver uma relação de proximidades estre esses e a criminalidade.

As estatísticas criminais demonstram existir uma relação de proximidade entre a pobreza e a criminalidade. Não que a pobreza seja um fator condicionante extremo de criminalidade, tendo em vista a ocorrência delito acima referidos, geralmente praticados pelas camadas mais altas da sociedade.

Mas Sen, também raciocinou desta forma, quando afirmou que a tentação de ser corrupto, a aí faz um parênteses acerca do comportamento corrupto, o qual permeia toda e qualquer relação, seja no meio público ou privado, é maior quando a pessoa envolvida é relativamente pobre. (SEN, 2000, p. 313)

Salienta Shecaira (2008, p.54) que o criminoso é um ser histórico, real, complexo e enigmático, um ser absolutamente normal, pode estar sujeito às influências do meio (não aos

determinismos). E arremata, as diferentes perspectivas não se excluem; antes completam-se e permitem um grande mosaico sobre o qual se assenta o direito atual.

Por outro lado, importante se ter presente que o indivíduo se encontra em situação de hipossuficiência em relação ao Estado, motivo que, em havendo por parte desse, qualquer espécie de supressão de direitos ou deveres individuais ou coletivos, aquele, além de sofrer um imensurável prejuízo em relação à sua condição de agente em desenvolvimento, poderá, sob o prisma dos fatores sociais da criminalidade, figurar como provável “objeto” do poder punitivo do (mesmo) Estado. Tal situação, de certa forma pragmática, reflete na atualidade o cenário carcerário no Brasil.

4. Qual é o perfil da massa carcerária brasileira?

Assim, vencida à análise acerca das condições que os indivíduos estão inseridos, no que tange ao contexto social, verifica-se também, que há uma interrelação entre estas pessoas inseridas neste contexto de vulnerabilidade em relação a figura de delinquente.

Ou seja, a sociedade, de um modo geral, já possui pré-definida (quem é) a pessoa que se deseja punir. A partir deste contexto, há alguns questionamentos que merecem serem lançados em relação à análise realizada por Amartya Sen, como por exemplo, o que se esperar de indivíduos privados de suas liberdades, postos em situação de extrema vulnerabilidade?

Utilizando-se da mesma linha de raciocínio de Sen, serão abertos ao final, alguns números que refletem o impressionante cenário carcerário, principalmente qual é o perfil do preso brasileiro.

Cumprido referir ainda, que a problemática social já trazida, vai além, pois os mesmos indivíduos que se encontram à margem da sociedade, são submetidos à estigmas em decorrência do cometimento de uma espécie de conduta desviante.

Situação que merece atenção é, quais as condições que essas pessoas poderão obter oportunidades de romper com a barreira da estigmatização, posta pela própria sociedade? Ou seja, pode-se esperar que uma pessoa inserida nesta situação de hipossuficiência/vulnerabilidade, migre com suas próprias pernas para o outro lado da sociedade, ou, são necessários esforços para que o próprio Estado dê chances mínimas ao mesmo?

Prova disso é o último relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - INFOPEN⁴, divulgados pelo Ministério da Justiça, o qual demonstra que o Brasil alcançou alarmantes 726.712 pessoas presas. Contingente que dá ao país o terceiro lugar no ranking das maiores populações prisionais do mundo - perdendo apenas para Estados Unidos e China. Os dados dizem mais, revelam um crescimento de 157% no total de presos apurados desde 2000.

Nesse aspecto, o que chama a atenção é o perfil do preso na atualidade. A prevalência de baixa escolaridade segue uma constante entre a massa carcerária, o que indica que esta população já era vulnerável ou marginalizada antes de serem presas.

O estudo aponta que dois em cada três detentos são negros, e mais da metade da população prisional não frequentou ou possui ensino fundamental incompleto. Além disso, cerca de 55% deles são jovens, com 18 a 29 anos.

Nesse sentido, há uma perfeita consonância quando confronta-se estes números alarmantes com a reflexão trazida por AMARTYA SEN, acerca da pobreza como privação de capacidades. Notório é que tal condição de vulnerabilidade possui reflexos determinantes na vida dos indivíduos inseridos nesse meio, tanto que, são os mesmos estatisticamente alvo do sistema carcerário atual.

Nesse ponto a criminologia, também depreendeu análise, visto que o sistema penal é uma reprodução da realidade social.

⁴ Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 29/05/2018.

Neste contexto Baratta (2002, p. 85), explica que há quatro razões a ser analisadas sobre delinquência e valores:

Em primeiro lugar, elas colocam a ênfase sobre as características particulares que distinguem a *socialização* e os *defeitos de socialização*, às quais estão expostos muitos dos indivíduos que se tornam delinquentes. Em segundo lugar, elas mostram como esta exposição não depende tanto da disponibilidade dos indivíduos, quanto das diferenciações dos contatos sociais e da participação na subcultura. Em terceiro lugar, estas dependem, por sua vez, em sua incidência sobre a socialização do indivíduo segundo o conteúdo específico dos valores (positivo ou negativo), das normas e técnicas que as caracterizam, dos fenômenos de estratificação, desorganização e conflitualidade ligados à estrutura social. Enfim, estas teorias mostram também que, pelo menos dentro de certos limites, a adesão de valores, normas, definições e o uso de técnicas que motivam e tornam possível um comportamento “criminoso”, são um fenômeno não diferente do que se encontra no caso do comportamento conforme à lei (BARATTA, 2002, p.85).

Assim, podemos verificar que a distinção entre os comportamentos dos indivíduos está mais ligada à distinção legal (se a conduta é lícita ou ilícita) do que às intenções intrínsecas do indivíduo, ou seja, de possuir uma conduta boa ou má, social ou antissocial.

Conclusão

Nessa esteira, a partir da obra Desenvolvimento como liberdade, de Amartya Sen, buscou-se discorrer acerca das maiores problemáticas sociais instauradas nos países em desenvolvimento, historicamente, a partir da ascensão do capitalismo no mundo. Pontuou-se quais são os efeitos sociais constatados diante de violações de liberdades individuais e substantivas. Ambas são o ponto crucial para que se busque um desenvolvimento político-social dentro da teoria ora proposta, pois proporcionam condições mínimas ao indivíduo conviver e manter-se inserido em uma

sociedade justa e equitativa. Entretanto, em que pese a teoria de justiça proposta não percorrer o tema do aprisionamento desta faixa de indivíduos, buscou-se uma interrelação na criminologia, para analisar tal contexto. Nesse meandro, verificou-se a extrema dificuldade do indivíduo inserido em uma subcultura, de migrar para uma condição melhor de convivência, pois detectou-se direta correlação entre este e o perfil da massa carcerária atual, o que se sugere é buscar meios para que não se permeie uma retroalimentação desta subcultura delitiva, que ao constatou-se inicia-se no próprio meio social a que o indivíduo está em convívio.

Desta forma, restringir liberdades ao indivíduo, diante de um processo civilizatório, será incorrer em estatísticas para além do patamar alarmante da situação carcerária instaurada atualmente.

Por fim, não se parece desarrazoado, afirmar que o reconhecimento das liberdades, deve ser evoluído ao comprometimento social, caso contrário, diante da obstacularização de tal preceito, presenciaremos a privação do indivíduo de suas escolhas e oportunidades no exercício de sua condição de agente, e por consequência, a violação dos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECKER, Howard Saul, **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - disponível em < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf >, acesso em maio de 2018.

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) - disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>, acesso em maio de 2018.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

GARCÍA, Pablos de Molina, Antonio. **Criminologia**: introdução e seus fundamentos teóricos; introdução às bases da Lei 9.099/95. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia crítica**. impresso PDF, disponível em, < <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-06/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-3/Larrauri-%20La%20herencia%20de%20la%20criminologia%20critica%20%28parte%201%29.pdf>>

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doiselli Mendes. 8 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2000.

SHECAIRA, S. S. **Liberdade x Cidadania - O Futuro das Prisões ou as Prisões do Futuro**. 2008, São Paulo. Anais do Simpósio Sobre o Sistema Penitenciário. São Paulo : Secretaria da Administração Penitenciária, 2008.

_____. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAMBAM, Neuro José, **A teoria da justiça de Amartya Sen: liberdade e desenvolvimento sustentável**. Porto Alegre. 2009.

O regime disciplinar diferenciado como mecanismo ineficaz de proteção social

*Leonardo de Souza Machado*¹

*Luiza Rosso Mota*²

Uma coisa é a conquista de uma personalidade forte, capaz de romper os preconceitos. Outra coisa é adquirir os instrumentos de realização eficaz dessa liberdade. Sozinhos, ficamos livres, mas não podemos exercitar a nossa liberdade. Com o grupo, encontramos os meios de multiplicar as forças individuais, mediante a organização. É assim que nosso campo de luta se alarga e que um maior número de pessoas se avizinha da consciência possível, rompendo as amarras da alienação (Milton Santos, O Espaço do Cidadão)

Aportes Iniciais

O regime disciplinar diferenciado, criado em resposta ao crime organizado, relaciona-se diretamente com o direito penal do inimigo, já que objetiva a punição e o isolamento do agente indesejável à sociedade em prol de uma falsa sensação de segurança,

¹ Acadêmico do décimo semestre do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Endereço eletrônico: leo.souza.m@hotmail.com

² Doutoranda em Teorias da Decisão, Interpretação e Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Janeiro (UFRJ). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Público, com ênfase em Gestão Pública. Professora do curso de Direito na Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Endereço eletrônico: luiza_mota@yahoo.com.br

em desacordo com os ditames constitucionais e fatores que apontam uma ineficácia no tocante à proteção social. Responder proporcionalmente às agressões sofridas pela sociedade é um fator de vital importância ao direito punitivo Estatal, mas a questão da proporcionalidade deve ser enaltecida, coibindo os excessos desarrazoados e abusivos, baseando-se na existência da aferição de compatibilidade entre os meios e fins da atuação do Estado, principalmente no tocante a modalidades penais, mesmo que administrativamente.

Essa modalidade de cumprimento penal utiliza de terminologias vagas para punir o autor e não o fato típico cometido, impondo a ele uma pena desumana, em desconformidade com nossas garantias constitucionais. Assim, tendo em vista a forma encontrada pelo Estado para responder ao crime organizado, a problemática que conduz o presente texto consiste em analisar se o regime disciplinar diferenciado, atualmente, tem sido eficaz e, conseqüentemente, contribuído com os objetivos de proteção social que levaram à sua criação.

De fato, objetiva-se repensar a eficácia do regime disciplinar diferenciado diante dos objetivos de proteção social que levaram a sua criação. O texto é elaborado através do método de abordagem dedutivo, partindo de dados mais amplos sobre o regime disciplinar diferenciado diante do crime organizado, visando encontrar dados de cunho mais específico. Além disso, será utilizado o método procedimental comparativo, já que o estudo se baseia no confronto de elementos e dados examinados, buscando as suas semelhanças e divergências nos diferentes estágios de desenvolvimento e realidade social. Ainda, utilizar-se-á da técnica de pesquisa bibliográfica, pois se partiu de materiais já elaborados, abrangendo fontes com publicações de renome e com compromisso acadêmico, como base nos fatos expostos, objetivando abordagens e conclusões inovadoras.

1 Fundamentos da pena privativa de liberdade e a falência das penas na política criminal

O crime, como forma de violação a norma social, existe desde os primórdios da humanidade. Ao longo do tempo, se entendeu necessária à imposição de penas para coibir tais transgressões. O Estado, atualmente, possui o *jus puniendi* e a ele cabe executar tais sanções, em conformidade com os regimes constitucionais. Assim, a pena deve atingir uma finalidade harmônica aos fins democráticos estabelecidos pela Lei de Execução Penal e seu caráter retributivo, punitivo e ressocializador, selecionando os comportamentos mais ofensivos à coletividade, definindo os delitos, impondo-lhes punições e estabelecendo normas básicas para o mantimento das estruturas sociais.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, presente em nossa Constituição Federal, adotado nos procedimentos da Lei de Execuções Penal e do devido processo legal. Para a aplicação de uma pena, principalmente no tocante à crueldade, os direitos dos apenados devem ser preservados, pois junto com o direito de punir, vem o dever de reinserir o mesmo na sociedade ao analisar-se, especificamente, a pena privativa de liberdade (BRASIL, 1988).

Em relação à proteção e defesa Constitucional, se faz necessário entender que a supremacia da constituição decorre das peculiaridades que originaram a necessidade da mesma, já que devido à superioridade hierárquica é agredida a partir do momento em que passa a admitir que alguma norma seja aceita, mesmo que impulsionada pelo clamor popular. Desta forma, nasce o controle de constitucionalidade de modo prioritário perante o controle normativo, comparando as determinações constitucionais perante as leis e atos normativos, visando que os princípios básicos do Estado democrático de direito sejam mantidos.

Atualmente, a pena privativa de liberdade é tida como o centro do sistema punitivo Estatal, pois no século XIX, tornou-se

uma resposta direta ao crime, tida como o “melhor” meio para a readaptação do delinquente à sociedade. O Estado assume o poder de disciplinar e regular as normas sociais, sendo legitimado devido à necessidade da proteção aos bens jurídicos ofendidos, possuidores de grande importância social, devendo intervir apenas quando for imprescindível para a defesa dos cidadãos. “[...] as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca” (CARNELUTTI, 2002. p. 79).

O Estado não pode “agredir” o princípio básico da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, deve evitar que a pena possua caráter meramente retributivo, pois seu objetivo principal é o regresso do indivíduo recuperado à sociedade. A pena de liberdade é um instituto desacreditado devido às inúmeras violações de princípios constitucionais e às péssimas estruturas do sistema carcerário.

Ao preso deve ser garantido o respeito à sua integridade física e moral, tendo garantida a sua individualização, conforme artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), visando evitar abalos ou agressões aos seus direitos básicos já que, após o cumprimento da pena, o mesmo regressará à sociedade, voltando a conviver com uma pluralidade de pessoas e escolhas. O mínimo que se espera é que possa sair da prisão com outra mentalidade e com condições de alcançar uma vida digna fora do mundo do crime.

Sobre o prisma da realidade do sistema punitivo nacional, entende-se que mesmo sendo respeitadas algumas garantias individuais no transcorrer do processo e na execução penal, a pena privativa de liberdade enfrenta sua decadência, por falhar em sua finalidade declarada, ou seja, na reintegração do infrator e sua ressocialização.

O sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se), seja privada de bens

jurídicos, com finalidade permanente preventiva, numa medida imposta tão-somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar. [...] De outra parte, a inclinação ao delito, além de não ser demonstrável, possui o sério inconveniente de, muito freqüente, ser resultado da própria ação prévia do sistema penal, com o que se iria cair na absurda conclusão de que o efeito aberrante da criminalização serve para agravar as próprias conseqüências, e, em razão disso, para aprofundar ainda mais sua aberração (ZAFFARONI, 1997, p. 117).

Segundo Zaffaroni (1997, p.117), todo o sistema encontra-se em crise, pois prisão alguma ressocializa, reeduca ou insere novamente o indivíduo na sociedade, em condições de atingir uma vida digna. Apenas estimula a reincidência e a rejeição social, impondo um sofrimento cruel e desnecessário ao preso, em nome de uma necessidade punitiva, que deveria ser balanceada, garantindo ao apenado um cumprimento digno de sua sentença. Toda a base utilizada pelo sistema punitivo nacional é fraca e falsa, já que geram, apenas, efeitos no tocante ao poder de punir.

Na mesma linha de raciocínio, o autor disserta sobre os limites estabelecidos pelo próprio Estado, no qual tal regime nada mais faz do que agravar as próprias conseqüências, estimulando ainda mais as figuras dos líderes de organizações criminosas, fomentando as necessidades de novos surgirem (ZAFFARONI, 1997, p.17). Por este prisma, já se infere que o regime disciplinar diferenciado é falho.

Desta forma, entende-se que as penas se encontram em situação de falência, pois ao realizar-se uma interpretação da Constituição Federal, resta claro que o fator básico de uma democracia é o respeito aos princípios constitucionais, pois são eles os norteadores de toda e qualquer sanção proveniente do Estado. Esse tem o poder de punir, mas dentro dos parâmetros e princípios elencados em nossa Lei maior, sobre o prisma da proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana deveria ser um dos pilares de sustentação de todo o sistema punitivo, mas,

atualmente, as prisões nada mais são do que fatores de segregação. O condenado não possui meios de retornar a sociedade de forma realmente digna, já que as instalações são insalubres e, em grande maioria dos casos, encontram-se superlotadas. E, com isso, não é propiciada uma condição digna de cumprimento nem uma garantia de regresso à sociedade em uma condição adequada. Muitas vezes, o ingresso no sistema acaba por levar o agente a ingressar no mundo do crime, novamente.

Sabe-se que o entendimento é pacífico sobre o fato de o Estado ser responsável pela construção e administração do sistema penitenciário e, principalmente, pela manutenção de suas instalações. O direito de punir e de restringir a liberdade dos indivíduos vem em conjunto com o dever de custódia sobre eles. Entretanto, não há relação entre direitos humanos e direito processual penal e nem sequer há interesse nesse sentido, pelo menos em tempos atuais.

Silva (2009), ao afirmar que é a Constituição Federal quem determina as regras do jogo, determinando que todos devem segui-la, expõe que a principal função de um Estado democrático de direito é que as garantias e direitos de seus cidadãos devem ser assegurados acima de tudo. Desta forma, o Estado deve sempre acabar atuando como espelho dos ideais sociais, balanceado com a seguridade jurídica para que as sanções por ele aplicadas não percam a validade ou então que não acabem sendo inconstitucionais, garantindo a aplicação do positivado em lei em conjunto com os direitos e deveres, tanto dos cidadãos quanto do Estado para com esses.

Na verdade, o apenado perpassa por um “devido processo legal” até atingir o cumprimento da sentença que é proferida em seu desfavor, sendo-lhe negadas garantias durante o processo e durante a execução da pena, quando, de outro lado, há todo um arcabouço que lhe assegura garantias em todas as fases do sistema. Isso, também, pode ser vislumbrado com a imposição de um regime de cunho disciplinar, como o regime disciplinar diferenciado, previsto

na Lei de Execução Penal e insustentável socialmente, conforme será abordado na sequência.

2 Surgimento e aplicabilidade do regime disciplinar diferenciado

O regime disciplinar diferenciado foi originado em São Paulo, por meio da resolução n.º 26/2001, visando combater o crime organizado em resposta às rebeliões ocorridas em mesmo ano, de forma simultânea, em vinte e nove unidades prisionais, arquitetadas por chefes de facções criminosas, com base no exposto por Silva (2009). É uma das modalidades disciplinares mais contestadas da atualidade, devido a sua rigidez e isolamento do apenado com o mundo exterior. Devido à grande pressão midiática e comoção social, dois anos após a edição da resolução n.º 26/2001, o regime disciplinar diferenciado, foi incluído na Lei de Execução Penal (LEP), gerando uma alteração no artigo 52, passando a expor as hipóteses de cabimento para este regime (BRASIL, 1984).

Silva (200), ao analisar o regime disciplinar diferenciado, expõe que o mesmo nada mais é do que uma modalidade disciplinar carcerária de cunho especial, tido como a de maior grau de restrições e isolamento do mundo exterior. É destinado tanto ao preso provisório quanto ao condenado, pela prática de crime doloso, pelo causador de subversão da ordem ou disciplina que represente auto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal, ou pela suspeita de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando (BRASIL, 1984). A aplicação deste regime somente se procederá mediante requerimento do diretor do estabelecimento prisional ou de outra autoridade administrativa, com decisão fundamentada e embasada em provas que confirmem uma das hipóteses previstas na legislação (BRASIL, 1984).

Este regime disciplinar diferenciado, presente no artigo 52 da Lei de Execução Penal caracteriza-se por sua duração máxima de trezentos e sessenta dias, inexistindo prejuízo de repetição da sanção

por falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada. Em contrapartida, no tocante à situação do preso provisório, como ainda na há pena em concreto aplicada, usa-se a pena mínima cominada ao crime como base de cálculo, podendo ser aplicado quantas vezes forem necessárias, em decorrência de faltas graves (BRASIL, 1984).

Quanto ao tempo de aplicação de tal medida disciplinar, entende-se que a mesma é demasiadamente longa devido às condições que o apenado deve conviver, considerando o seu isolamento e as diversas situações psicológicas por ter que cumprir uma medida tão gravosa. O Estado de direito, constitucional, democrático e garantista “é o que procura o equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual [...] O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao referido modelo de Estado” (GOMES, 2016, s.p.).

Outro fator a ser analisado é o fato de o recolhimento ocorrer em cela individual, obedecendo ao disposto no artigo 45 da Lei de Execução Penal, que a cela não pode ser escura ou insalubre, existindo a necessidade de acompanhamento psicológico. O apenado terá direito a saída da cela por duas horas diárias para banho de sol, medida tida como mínima para a existência humana, visando o isolamento com o mundo externo e evitando o contato interno entre os apenados (BRASIL, 1984). Em qualquer situação, sair de uma cela por apenas duas horas sem contato tanto com o ambiente interno quanto externo, nada mais é do que uma imposição desumana ao apenado cumpridor de sentença no regime disciplinar diferenciado, pois utiliza o isolamento como forma de punição sem estar balanceado com uma forma digna e proporcional.

Na prática, o cumprimento de regime disciplinar diferenciado flagrantemente viola o princípio da legalidade penal, pois a resposta Estatal ao crime organizado foi a criação de uma sanção desumana e tida como cruel. No caso em questão, existe uma grande imprecisão terminológica em relação aos tipos de faltas disciplinares

que levariam o preso provisório ou condenado a ingressar em tal regime, em decorrência de expressões genéricas como “alto risco para a ordem do estabelecimento penal” e “fundadas suspeitas” (BRASIL, 1984), representando uma afronta às garantias individuais do apenado e à legalidade da pena.

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas as regras do devido processo legal (LOPES JÚNIOR, 2008, p.9).

Este regime constitui uma verdadeira sanção criminal, promovendo a destruição física, moral e psicológica do preso. Além disso, nota-se claramente que tais sanções não se destinam aos fatos, impondo uma forma de vingança social, tendo o castigo como o único objetivo, já que o apenado fica sujeito a condições desumanas, devido ao isolamento prolongado. Pode ocorrer depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, em médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos e sociais profundos e irreversíveis. Tais medidas implantadas são nitidamente inconstitucionais, pois além de agredirem os direitos do apenado, agride de forma direta todo o trâmite do devido processo legal e cumprimento da pena.

Nucci (2013, p. 194) entende que o regime disciplinar diferenciado é uma medida tida como de cunho emergencial, baseado na necessidade da garantia à segurança tanto dos estabelecimentos penais quanto da ordem pública. Desta forma, o Estado busca atalhos para resolver questões que originaram até mesmo a sua criação, utilizando de meios inconstitucionais para

alcançar uma falsa sensação de segurança, mascarando suas falhas perante a administração do sistema punitivo e sobre a disposição de recursos para uma pena minimamente digna.

Avaliando o regime disciplinar diferenciado, tem-se que foi dado um poder de imenso alcance não balanceado, com as medidas que não limitam sua amplitude, devido ao uso de termos vagos para caracterizar o cabimento e ingresso em tal regime. Não está em conformidade com o princípio básico da legalidade, por deixar um leque imenso de possibilidades em seu ingresso, não restringindo às situações específicas no tocante ao seu cabimento, portanto, incompatível, consoante se expõe a seguir.

2.1 Direito penal do inimigo e regime disciplinar diferenciado: incompatibilidades

A terminologia “inimigo” apresenta múltiplas conversações. Entretanto, para grande parte da sociedade – ou seja senso comum –, este termo está muito próximo do conceito trazido por Jakobs (2009, p. 23), pelo qual inimigo é aquele indivíduo que rompe com as normas da sociedade, desta forma, o mesmo deixa de ser “cidadão” ao negar a autoridade estatal, devendo receber o “castigo” que o representante do Estado achar conveniente. O direito penal do inimigo, também chamado de direito penal do autor, é aquele que pune o autor pelo que ele é e não pelo fato típico cometido.

No caso do regime disciplinar diferenciado, gera um imenso “abismo” entre os direitos e garantias individuais em face ao dever de punir.

Este Regime sustenta-se na **falácia da defesa social**, erigindo o apenado a “inimigo número um” da sociedade, pelo que mereceria tratamento **desumano**, degradante, instituído oficialmente pela anatematizada lei. Por meio do isolamento, limitação de visitas e diminuição dos horários de banhos de sol, o Estado “vinga” a sociedade de todos os problemas relacionados à criminalidade,

segurança pública, **incutindo nela - sociedade - um falso sentimento de segurança** (MENEZES, 2006, s.p.). *grifos nosso*

Ao taxar-se o apenado como inimigo ignora-se o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional geral, negando aos apenados uma gama de garantias constitucionais e rompendo com os ditames fundamentais de um Estado democrático de direito. Com isso, obviamente, que as estruturas garantistas acabam por ficar “abaladas”, tendo em vista a possibilidade de novos regimes tão agressivos quanto ao regime disciplinar diferenciado. Como em qualquer teoria, o direito penal do inimigo possui diversas características tidas como próprias e extremamente bem definidas (GOMES, 2005).

Apenas o cidadão será punido com uma pena, quanto ao inimigo, entende-se que o mesmo será punido com o castigo, ligado diretamente a personalidade do autor, não sendo punido pela sua culpabilidade, mas sim por sua periculosidade presumida, pois aos seres indesejáveis é mais fácil o encarceramento; esta é a forma utilizada pelo Estado para mascarar e suavizar os problemas que o mesmo não consegue administrar, sendo uma manifestação fidedigna de um sistema penal seletivo.

O direito penal do inimigo viola o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição da República/88, já que possui como base a diferenciação do réu perante a sociedade, focado na satisfação dos desejos de determinadas classes, negando a alguns o status de cidadão, objetivando a exclusão social. Além disso, analisando o quadro jurídico de maneira geral e mais abrangente, entende-se que as leis infraconstitucionais devem andar ao lado da Lei maior, complementando a mesma de forma harmônica. A Lei nº 10.792/03, que instituiu o regime disciplinar diferenciado, ignorou a harmonia entre princípios, garantias fundamentais e tratados internacionais de direitos humanos, não cumprindo diretrizes básicas sociais e constitucionais, o que será ratificado na sequência.

3 Proteção social versus exclusão social: reflexos insustentáveis do regime disciplinar diferenciado

Sobre as diferentes óticas do direito, em conjunto com Meliá (2010, p. 92), o regime disciplinar diferenciado aparenta ser uma expressão do direito penal de terceira velocidade, tida como velocidade híbrida, partindo da aplicação da pena privativa de liberdade (primeira velocidade) unida com a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais para atingir determinada finalidade (segunda velocidade).

Com a inserção do regime disciplinar diferenciado sob o prisma misto da primeira e segunda velocidade, ocorreria a criação da chamada terceira velocidade quando da aplicação da pena privativa de liberdade com o desprezo das garantias dispostas em ordenamentos. Ou seja, a terceira velocidade, nada mais é do que o direito penal do inimigo. Baseando-se no fato do Estado não buscar essencialmente a reintegração do apenado e sim a exclusão do mesmo do convívio social, entende-se que se torna o reflexo do inimigo, em nome da almejada proteção social. Tais fatos surgem pela necessidade da reafirmação da norma, aplicando apenas o castigo e não proporcionando meios para o indivíduo transgressor reingressar com plenas condições dignas ao mundo externo.

A Lei de execução penal estabelece que a retribuição do mal causado não é o principal objetivo da pena. O norte da pena é a reintegração do condenado à sociedade, já que o próprio art.1º desta lei dispõe que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Assim como as demais leis de um Estado, reguladas por uma lei maior, deve respeitar o seu grau hierárquico, seguindo seus ditames e princípios, respeitando os direitos e garantias fundamentais por ela assegurados - na prática, falácia -.

O regime disciplinar diferenciado tampouco cumpre com as determinações impostas pela lei de execução penal, já que,

claramente, não busca reinserir o apenado na sociedade, além de ser uma afronta aos direitos e garantias constitucionais. É, na verdade, uma forma de esconder as falhas das autoridades e do Estado em propiciar condições básicas à população, na falta de políticas públicas que reduzam significativamente a violência e a ineficácia do sistema carcerário nacional.

[...] o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com característica pouco garantista tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem(em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito Penal de fato por um modelo de Direito penal do autor (BUSATO, 2005, p.2).

Não existe nenhuma menção na Lei que regule quais os crimes dolosos causam subversão à ordem e disciplina interna do sistema prisional, existindo a carência de uma nomenclatura fundamental para a aplicação de uma pena tão severa. O responsável penalmente deve ter o cumprimento da pena de forma humana e proporcional, contrapondo o que realmente acontece, é tido como inimigo perigoso e necessariamente isolado do convívio social, ou seja, exemplo da forma mais clássica da aplicação do direito penal do inimigo contra o apenado, que nada mais é do que um ser indesejado à sociedade, que deve ser retirado do ambiente social e isolado em um sistema que em nenhum momento respeita os seus direitos e garantias fundamentais.

O Estado busca maneiras mais rápidas para resolver os problemas, que não possui capacidade para gerenciar, sendo o crime organizado um deles. Com efeito, o direito penal não pode ser utilizado como mero instrumento de segurança e “manutenção social”, já que tal fato gera uma visão de necessidade de aplicação intensa e necessidade do aumento de sua aplicação e endurecimento desnecessário das normas já vigentes. É meramente ilusório

acreditar que os problemas gerados pelo crime organizado sejam resolvidos por meio de leis penais mais autoritárias que desrespeitem os direitos e garantias fundamentais, pois o real problema é a redução do nível social e a falta de investimento em programas sociais e políticas públicas.

Outro ponto polêmico consiste na progressão de regime do apenado, pois tal instituto é extremamente questionado já que para a inclusão em regime disciplinar diferenciado se faz necessário o cometimento de falta grave. E, para a progressão, se faz necessário o bom comportamento no ambiente carcerário. Assim, é necessário estabelecer um limite temporal para o cometimento de falta grave aos apenados submetidos no regime disciplinar diferenciado para que possam receber atestado de bom comportamento carcerário e ter sua progressão de regime realizada. Em contrapartida, se a falta grave tem duração indefinida, sem limitações temporais, faz-se necessário estabelecer a progressão, pois estará sempre proibida durante o tempo de punição disciplinar, ferindo diretamente o sistema progressivo defendido pela Constituição Federal 1988 - como se sabe, nem tudo que é constitucional é válido no sistema atual.

Neste contexto, entende-se necessária uma maior atuação do poder público para adequar o direito à realidade atual, mas de forma a preservar os direitos e garantias fundamentais, pois, notavelmente, a legislação penal e processual penal precisa ser reformada para que a situação possa ser revertida e o crime organizado realmente seja combatido, com medidas condizentes e tidas como proporcionais. “É inegável que a manutenção de extensa vida criminosa mesmo intramuros de prisões não se deve somente a astúcia do delinquente, mas sim também a ineficácia do Estado e seus agentes para impedir o acesso à prisão de meios que possibilitem o exercício da atividade criminosa” (CARVALHO, 2006, p. 12).

Para a aplicação da pena deve-se garantir a recuperação e reintegração do indivíduo proposta pelo Estado, mas, em se

tratando regime disciplinar diferenciado, vale ressaltar que o mesmo não possui nenhum conteúdo (res)socializador. Sua meta real é excluir “delinquentes perigosos” do convívio social, desprezando seus direitos, garantias básicas e princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Após a análise dos fundamentos apresentados para a criação e manutenção do regime disciplinar, observa-se que tal modalidade não pune o fato cometido pelo autor ou o crime que cometeu, mas sim o que ele é. Lopes Jr. (2008, p. 15), afirma que a função de prevenção geral desempenhada pela norma penal é mínima ou inexistente, sendo pacífico o entendimento de que o Estado em momento algum previne a reincidência, pois nega, desde o princípio, as garantias básicas para o desenvolvimento e acesso a condições de vida realmente humanas a todas e todos.

O regime disciplinar na modalidade diferenciada é arbitrário, pois os elementos que permitem a sua aplicação encontram-se muito abertos e, diante disso, não cabe defesa ao apenado, já que apenas “fundadas suspeitas” e uma não especificação direta torna esta aplicação extremamente precária e ineficaz. Zaffaroni (2005, p. 16) menciona que o “controle social institucionalizado” do direito penal é formado por três seguimentos que atuam simultaneamente para garantir que tal sistema permaneça no controle - policial, judicial e executivo -. O discurso oriundo destes sistemas de controle dá uma falsa impressão de prevenção de delitos, não isentando o sistema penal da influência estatal para tentar mascarar os problemas sociais os quais deveriam ser tratados desde a base, com o estímulo de políticas públicas de inserção e desenvolvimento dos indivíduos.

A título de conclusão e desconstrução

O regime disciplinar diferenciado nada mais é do que uma tentativa do Estado de mascarar as mazelas da sociedade que levaram a sua criação. Aplica-se este regime como forma de

vingança social, devido à aplicação de uma penalidade desumana, que não possui o mínimo indício de preocupação com o retorno do preso à sociedade, mas sim baseada no clamor e na segregação social, através da atividade estatal.

Tal modalidade não se trata de uma hipótese eficaz para o combate ao crime organizado, já que o mesmo cresce a cada dia, impondo insegurança à sociedade, que é agredida devido à ineficácia da administração do Estado. A restrição a direitos e garantias individuais não é a melhor resposta para resolver os problemas oriundos do descaso Estatal frente às necessidades da sociedade. Caracteriza-se o regime disciplinar diferenciado como um dos exemplos a ser refletido nesta seara, por ser fruto do direito penal de emergência, criado para amenizar a situação dos estabelecimentos penais devido ao clamor social, gerando uma modalidade de cumprimento penal extremamente repressiva, disfarçada de eficaz.

O regime disciplinar diferenciado afronta absolutamente o princípio da dignidade da pessoa humana, isso porque essa modalidade de cumprimento de pena submete o ser humano a tratamento indigno e extremamente cruel, pois além de atingir as condições físicas do preso, também incide sobre o aspecto psíquico, diante do isolamento prolongado. O regime disciplinar diferenciado agride o corpo e a alma do apenado, o trata de forma desumana dentro de uma cela, não tendo o menor respeito com a dignidade pessoal, deixando de lado a finalidade da pena, distorcendo a real ou fadada (res)socialização do apenado, atuando apenas como mecanismo de segregação social.

Com o tratamento disponibilizado pelo Estado, os apenados, em grande parte, voltam a cometer delitos, pois saem dos estabelecimentos revoltados com a situação de indignidade, com a diminuição de oportunidades, que acaba gerando a necessidade de voltar a delinquir para suprir as necessidades básicas que o Estado deve e deveria ofertar. Não existe qualquer comprometimento com as consequências prisionais, mesmo que o direito deva andar ao lado

da realidade social. As leis carecem de constantes mudanças e aperfeiçoamentos. Algumas atitudes no tocante à política criminal e no cumprimento de sentença devem ser refletidas e repensadas, para que o direito busque atingir um de seus objetivos, a real e sustentável proteção social.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa Do Brasil**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. **Lei nº 7210 de 11 de Julho de 1984 - Lei de Execução Penal**. Dispõem sobre a efetivação da sentença ou decisão criminal diante das condições do condenado e do internado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=59>. Acesso em 30 outubro de 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2 ed. Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Olavo: **As esquerdas e o crime organizado**. 3 ed. rev. e aum. São Paulo, 1994. Disponível em <<http://www.olavodecarvalho.org/livros/neindex.htm>>. Acesso em: 02 de outubro de 2014

GOMES, Luiz Flávio. **RDD e regime de segurança máxima**. Rede LFG. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061002164116149>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

GOMES, Luiz Flávio” **Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa pro homine** "Jus Navigandi, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10200/direito-dos-direitos-humanos-e-a-regra-interpretativa-pro-homine>>. Acesso em: 02 de novembro de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**.

Disponível em: < http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em 05 de março de 2012.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. vol.13 Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982-4858, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELIÁ Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas** 4. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

MENEZES, Bruno Seligman. **Regime disciplinar diferenciado – “o direito penal do inimigo brasileiro”**, IBCCRIM. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_sumario/198-168-Novembro-2006>. Acesso em: 02 de novembro de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. **Análise da In (Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado**, Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1409969/analise-da-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-fernanda-cintra-lauriano-silva>>. Acesso em 01 de novembro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Estupro de vulnerável e o erro de tipo: um estudo entre a dogmática penal e a proteção de crianças e adolescentes

*Patricia Santos da Silva*¹

*Felipe da Veiga Dias*²

Introdução

O presente estudo tem como tema o estupro de vulnerável e o erro de tipo, mais especialmente como o estupro de vulnerável é reconhecido nas aplicações do erro de tipo na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Com está delimitação se propõe como problema de pesquisa o estabelecimento de quais os parâmetros utilizados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos casos de reconhecimento do erro de tipo no estupro de vulnerável?

Assim, sintetiza-se como objetivo principal desta pesquisa a realização de um estudo dos casos em que há reconhecimento do erro de tipo no estupro de vulnerável, com base na análise da

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade Meridional – IMED – Passo Fundo – RS.

² Pós-doutorando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social”. Advogado. Passo Fundo – Rio Grande do Sul – Brasil.

jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de determinar suas bases para o reconhecimento.

O estupro de vulnerável é um tema de significativa relevância social, assim como a tutela que preserva as pessoas vulneráveis. A presente pesquisa tem enfoque específico nos menores de 14 anos, vulneráveis que merecem maior proteção estatal, conforme prevê o próprio texto constitucional (proteção integral de crianças e adolescentes).

Portanto, a relevância do tema se deve a importância imprescindível de tratar sobre o afastamento da regra geral do crime de estupro de vulnerável, pelo fato de o agente ter incorrido em erro pela falsa percepção da vulnerabilidade da vítima dado ao precoce desenvolvimento físico e mental da mesma.

Ponderar de forma absoluta os casos em que o agente incidir em erro perante a vulnerabilidade gera sérias consequências para a vida do acusado que será declarado culpado por crime que não cometeu (ou ao menos não sabia estar cometendo), além de que isso ofende vários princípios constitucionais como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, ampla defesa, presunção de inocência, adequação social, entre outros. Igualmente se tem em mente o alto valor constitucional da proteção de crianças e adolescentes, em sua peculiar condição de desenvolvimento, sendo que a resolução das situações fáticas não busca absolutizar o universo jurídico, apenas demonstrar a complexidade de interesses envolvidos e o potencial de dano envolvido em ambas as direções na defesa de direitos.

A presente pesquisa será de natureza bibliográfica, tendo como método de abordagem o dedutivo, o qual parte do raciocínio geral para chegar a uma conclusão particular, ao passo que o método de procedimento utilizado é o monográfico, mirando a contextualização e análise dos conceitos em termos teóricos. No que tange à técnica de pesquisa, se valerá da documentação indireta, utilizando-se de referências doutrinárias publicadas em documentos científicos, como obras doutrinárias, artigos, periódicos e revistas, dentre outras. Ainda, se contará com o conhecimento lançado na

jurisprudência dos tribunais. Desta forma, pretende-se recolher informações e adquirir conhecimento acerca do tema, polarizando entendimentos que irão diversificar e prestar fundamentação ao trabalho.

1. Do estupro de vulnerável a proteção de direitos sexuais da infância

A Lei nº 12.015/2009 alterou o Código Penal em seu Título VI “Dos Crimes Contra os Costumes” recebendo nova denominação, passando a ser “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. A lei alterou significativamente o texto penal, principalmente no que tange as crianças e adolescentes, trazendo um novo tipo penal denominado estupro de vulnerável, o qual se destina a proteger os que são incapazes de discernir ou consentir sobre atos ligados a atividades sexuais.

A lei estabelece o vulnerável como a pessoa menor de 14 anos de idade, ou pessoa que tenha enfermidade ou deficiência mental, e em decorrência deste não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

O estupro de vulnerável está previsto no Art. 217-A do Código Penal, que consiste em “ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” (BRASIL, 1940).

Portanto, o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, inclusive do mesmo sexo que a vítima, enquanto o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que se encaixe nas condições especificadas no artigo 217-A que estabelecem a vulnerabilidade. O bem jurídico tutelado é a dignidade sexual dos vulneráveis prezando pela proteção da integridade dos mesmos, de modo que se abandonam as antigas vinculações a ideia de “costume” na seara da proteção sexual.

A pena para o crime tipificado no art. 217-A do Código Penal é bastante significativa, tendo como elemento subjetivo o dolo específico, a pena é a de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos,

admitindo-se duas formas qualificadas sejam elas as previstas nos parágrafos 3º e 4º do dispositivo: “§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; § 4º se da conduta resulta morte: Pena – reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos” (BRASIL, 1940). A severidade na punição pode ser conectada a relevância trazida pela própria Constituição, a qual prevê que a violência sexual contra crianças e adolescentes será severamente coibida (BRASIL, 1988). Além de, por fim, ser considerado crime hediondo, conforme artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 8.072 de 1990.

O foco do legislador é na proteção do “mais fraco”, merecendo a esses uma proteção diferenciada, com o intuito de resguardar sua dignidade sexual, preocupando-se em proporcionar um saudável desenvolver, para que tenha uma vida digna e sem traumas psicológicos (JUNIOR, 2010, s/p).

A ação penal para o crime de estupro de vulnerável segue os termos do parágrafo único do artigo 225 do Código Penal, sendo ação penal de iniciativa pública, incondicionada, por ser a vítima pessoa vulnerável, demonstrando assim o interesse estatal em processar criminalmente essa espécie de conduta.

1.1 Consentimento do menor de idade

Muito se discutia sobre a presunção de violência no estupro de vulnerável, se seria ela relativa ou absoluta, fazendo com que cada julgador decidisse através do uso de critérios subjetivos, se a vítima teria ou não proteção estatal. Porém, em 2015 a jurisprudência foi pacificada, ficando definido que a presunção de violência para o crime tipificado no art. 217-A do Código Penal é absoluta, sendo irrelevante o consentimento ou experiência anterior da vítima para a tipificação do delito, conforme voto que seguiu de forma unânime na 3ª Seção do STJ, o relator Ministro Rogério Schietti defendeu:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (BRASIL, 2015)

Apesar do tema ter sido pacificado, o debate doutrinário se mantém. De um lado os que concordam com a decisão e defendem a presunção absoluta, e do outro os que defendem a relativização da vulnerabilidade daquelas vítimas que se encontram com idade de 12 ou 13 anos, argumentando que a lei tem que acompanhar o avanço da sociedade, na qual o acesso a informação está disponível e a educação sexual sendo ministrada nas escolas, concluindo que adolescentes com 12 anos de idade ou mais tem conhecimento e discernimento dos assuntos relacionados a sexualidade.

[...] o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. [...] A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. (NUCCI, 2016, p.878)

Sem dúvidas, este ainda será tema de uma série de debates doutrinários, pois muitos questionam o grau de vulnerabilidade dos que possuem entre 12 e 14 anos de idade, sendo que parte da doutrina ao analisar as normas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica que as mesmas reconhecem a relativa capacidade de discernimento para os adolescentes (maiores de 12 anos de idade), no momento em que preveem a imposição de sanções como as medidas socioeducativas.

Todavia, sendo a favor ou não, a jurisprudência está unificada e clara, na ocorrência de estupro com vítima menor de 14 anos de idade, a presunção de violência é absoluta, sem possibilidade de discussão sobre o consentimento da vítima, pois sua anuência é inválida. Deste modo as interpretações que buscam a relativização da idade das vítimas encontram-se abandonadas jurisprudencialmente, ao mesmo tempo em que apresentam uma visão unidimensional, ignorando a conjugação das searas envolvidas, no caso as áreas Penal e do Direito da Criança e do Adolescente.

2 Direitos da Criança e do adolescente e a proteção da dignidade e integridade sexual

Faz-se mister mencionar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, pois esta influenciou positivamente o ordenamento jurídico brasileiro. Através dessa convenção o Brasil adotou na Constituição de 1988 a “Doutrina da Proteção Integral”, consagrada em seu art. 227, que dá cuidado e proteção especial à criança e ao adolescente considerando sua peculiar condição de desenvolvimento (BRASIL, 1988).

É notório a grande preocupação que se dá ao saudável desenvolver da criança e do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu art. 17 sobre o direito ao respeito, o qual consiste na preservação da integridade física e psíquica da criança e do adolescente, levando em conta a fase de desenvolvimento em que se encontram (BRASIL, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 2º faz a distinção entre criança (pessoas menores de 12 anos) e adolescentes (pessoas com idade entre 12 e 18 anos) (BRASIL, 1990). Para o Código Penal, foi definido que a criança e o adolescente menor de 14 anos de idade devem ter a total proteção penal nos casos de crimes sexuais, por não terem o desenvolvimento adequado para consentir em atos sexuais.

Portanto, como visto no item anterior, a presunção de violência nos casos de prática sexual com menores de 14 anos de idade é absoluta, não se podendo falar em consentimento, pois conforme entendimento do legislador, nessa faixa etária a pessoa está em fase de desenvolvimento, psicológico, biológico e moral, por isso, ao dispor da proteção integral nesses casos, procura-se “assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir conscientemente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual” (BITENCOURT, 2016).

Ao analisar o artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana compreende especificamente as crianças/adolescentes como indivíduos em processo de desenvolvimento, violar sua dignidade e integridade é grave, pois essa conduta pode afetar negativamente o progresso emocional da criança ou adolescente. O referido dispositivo também alude aos mesmos, direito à liberdade e ao respeito, esse último já analisado anteriormente.

Falar em liberdade de crianças e adolescentes na sociedade contemporânea possibilita reafirmar um desafio eminente de reconhecê-los como sujeitos históricos aos quais se deve garantir o exercício e a ampliação de suas liberdades substantivas. Liberdade não implica necessariamente a satisfação plena dos desejos, mas estabelecer um espectro de proteção capaz de garantir o desenvolvimento integral do sujeito como detentor de sua própria história, valores e cultura. Isso implica o repensar das práticas históricas de vigilância e controle sobre a infância, e também reafirmar que, para o exercício da liberdade, requer-se a plena garantia do acesso às oportunidades igualitárias e justas (CUSTÓDIO, 2009, p.48).

O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda em seu artigo 18 dispõe que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL,

1990). Posto isso, prezar pela dignidade da criança e do adolescente é dever atribuído a todos, seja família, Estado, ou qualquer indivíduo da sociedade.

3 Do erro de tipo

Estabelecidas as bases do tipo penal e da vulneração das vítimas, chega-se a alegação principal nestes casos, o erro de tipo, porém primeiro precisa-se estabelecer quais os contornos principais desse instituto.

Destarte, o erro é a noção falsa sobre alguma coisa ou pessoa. O erro de tipo reflete sobre as elementares constitutivas da figura típica, é a falsa representação de qualquer dessas elementares, sendo importante que o objeto do erro integre a estrutura do tipo penal (BITENCOURT, 2013, p.150), ocorre no momento em que o agente comete conduta considerada como crime, mas não sabe disso, e por uma falsa percepção da realidade, acaba incidindo em erro sobre o elemento que constitui o tipo.

O erro de tipo conforme previsto no artigo 20 do Código Penal exclui o dolo (BRASIL, 1940), no qual o agente conhece os elementos que constituem o tipo e tem a vontade de praticar o fato tido pela lei como crime, no caso do delito em análise o indivíduo deverá obrigatoriamente conhecer a idade (menor de 14 anos) da vítima, e no caso de dúvida do mesmo sobre a idade da pessoa ofendida permanece a tipicidade do delito por dolo eventual.

Nos casos de crime de estupro de vulnerável, o erro de tipo ocorre quando o agente tem relação sexual com pessoa menor de 14 anos de idade, não tendo conhecimento de sua idade, acreditando que tenha mais de 18 anos (ou ao menos idade suficiente para consentir com o ato sexual), devido a compleição física precocemente desenvolvida da mesma, assim como seu comportamento, bem como outros indícios (identificação ou local em que se encontra).

Torna-se interessante ilustrar esse raciocínio com o julgado do *Habeas Corpus* nº 73.662-9 de 1996, relator Ministro Marco Aurélio:

Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possua escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria (BRASIL, 1996).

Nestes casos, em que a falsa percepção da idade da vítima, ocasiona o cometimento pelo agente da conduta típica, a doutrina e a jurisprudência entendem que não houve dolo, pois o agente incidiu em erro sobre elementar do tipo penal (idade da vítima), portanto não havendo dolo não há tipicidade, não podendo o acusado ser condenado.

3.1 Vulnerabilidade absoluta e possibilidade de afronta a princípios constitucionais

Como já visto, a discussão sobre a presunção de violência nos crimes de estupro de vulnerável concluiu-se com a decisão do Superior Tribunal de Justiça que unificou a jurisprudência declarando ser absoluta a presunção de violência para o crime tipificado no artigo 217-A do Código Penal. Porém, não se pode deixar de avaliar que essa decisão pode colocar em xeque os princípios penais constitucionais, como por exemplo, os princípios da presunção de inocência, ampla defesa e do contraditório, caso não seja ponderada com o conjunto de interesses constitucionais e com

as peculiaridades dos casos concretos (margem essa que debate o erro de tipo).

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, trata sobre o princípio da presunção de inocência, e dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). No entanto, ao presumir que o sujeito agiu com violência ao ter relação sexual com menor de 14 anos devido à vulnerabilidade absoluta da mesma, pode-se entender pela violação do princípio da presunção de inocência, que é uma garantia fundamental da pessoa e tem aplicação imediata, mas somente se isso servisse para ignorar as hipóteses de erro, conforme já mencionado.

O Estado deve comprovar a culpa do agente, ou estará ferindo o referido princípio, o qual tem por finalidade evitar julgamentos apressados e, portanto, irresponsáveis do Judiciário, não se podendo negar ao indivíduo a devida aplicação da justiça.

A presunção absoluta não admite prova em contrário, portanto também entra em choque com os princípios do contraditório e da ampla defesa (LOPES, 2012, p. 235), ambos previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, não dando ao indivíduo a oportunidade de resposta e de ter seus argumentos apreciados de forma devida.

Os referidos princípios devem estar presentes em todas as fases do processo penal, sendo indispensável que se disponibilize as duas partes todos os meios para poderem apresentar as provas, ou então se estará restringindo o direito de defesa e acusação.

É indispensável expor a importância de o julgador analisar o caso concreto, examinando com cuidado a tipicidade material do delito e avaliando os aspectos específicos da situação, objetivando afastar sentenças equivocadas e injustas, e, portanto, inconstitucionais (seja violando as garantias do acusado seja violando a proteção integral do infante).

O rigor compreendido no texto do artigo 217-A é imprescindível para conseguir punir o abuso sexual contra a criança

e adolescente, que é o principal objetivo do legislador, todavia, há necessidade sopesar os demais limites determinados pela Constituição Federal, e negando a pessoa os seus direitos e garantias fundamentais se esta afrontando diretamente o texto constitucional (FARINAZZO JUNIOR, 2014, s/p). Isso significa, ao menos após a nova posição do Superior Tribunal de Justiça, torna-se necessário o cuidado interpretativo a fim de preservar um equilíbrio entre os interesses constitucionais envolvidos na demanda penal e da infância.

4 Análise das decisões acerca do estupro de vulnerável e do erro de tipo nos anos de 2015-2017 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Realizada uma pesquisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto aos casos em que foi acolhido o erro de tipo no crime de estupro de vulnerável contra menor de 14 anos de idade analisando quais os parâmetros utilizados para a decisão a partir de então.

Justificando que o período de 2015-2017 é devido ao fato da jurisprudência ter sido unificada em 2015 quanto a presunção de violência nesses crimes, passando a ser absoluta, com isso busca-se analisar os efeitos que a unificação causou nas decisões.

Para a análise, foi utilizado o filtro de pesquisa do site oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na seção de pesquisa jurisprudencial, em que também foram adotadas diversas combinações de palavras chave relativas ao erro de tipo no crime de estupro de vulnerável.

A partir das palavras chave “erro de tipo e estupro de vulnerável” foram obtidos o total de 50 (cinquenta) resultados, dentre eles somente 3 (três) encaixaram-se no pretendido tema, qual seja “reconhecimento do erro de tipo no crime de estupro de vulnerável”.

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÕES CONSENTIDAS. ERRO DE TIPO. LESÃO CORPORAL QUALIFICADA. OFENSA À SAÚDE. PROVA INSUFICIENTE DA AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. Estupro de vulnerável. A ofendida possuía vida sexual ativa desde os 11 anos e disse ter conhecido o réu em um bar, não sendo impossível que, nessas circunstâncias, o réu presumisse que a ofendida era legalmente capaz de se autodeterminar sexualmente. Assim a prova dos autos não permite afastar o erro de tipo. Absolvição. Lesão corporal qualificada. A prova dos autos não afasta a possibilidade de que a vítima já estivesse contaminada pelo vírus HIV quando conheceu o réu. Não houve nenhuma pesquisa que pudesse esclarecer tal circunstância e, infelizmente, o réu não era o único agente portador do vírus no meio freqüentado pela menor. Absolvição que se impõe. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70059187401, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 17/09/2015)

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. AUTOS DEVOLVIDOS AO ÓRGÃO JULGADOR PARA JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. As alegações ora apresentadas não se coadunam com o caso examinado, pois a absolvição não está fundamentada na relativização pura e simples da vulnerabilidade da vítima. Diante das circunstâncias especialíssimas do caso, a prova dos autos não permitiu afastar a hipótese de erro de tipo. ACÓRDÃO MANTIDO NA ÍNTEGRA. (Apelação Crime Nº 70059187401, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 31/03/2016)

As duas decisões supramencionadas são referentes ao mesmo processo. No caso que levou a decisão acima, a própria ofendida declarou que conheceu o acusado em um bar, e tais circunstâncias impossibilitaram que o mesmo pudesse supor que a vítima possuía menos de 14 anos de idade, por isso o tribunal absolveu o réu por erro de tipo. Ademais, existiam outros elementos probatórios que levavam ao equívoco do acusado e ao mesmo tempo corroboravam a versão da vítima, ou seja, não houve uma simples assunção da versão do acusado ou da vítima, de modo que não ocorreu a

ignorância da Corte sobre interesses penais ou da infância nesta situação fática.

Ementa: APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO CONSENTIDA ENTRE VÍTIMA E RÉU. ABSOLVIÇÃO. APELO MINISTERIAL. DESPROVIMENTO. Os elementos de convicção colacionados demonstram que a ofendida, com pouco mais de 13 anos de idade, e o denunciado, com maioria penal recém implementada, mantiveram relação sexual após encontro amoroso - conduta que, em tese, subsume-se ao tipo do artigo 217-A do CP. Inobstante, a prova angariada evidenciou que a conjunção carnal entre os jovens ocorreu de forma voluntária e consentida, desprovida de violência ou grave ameaça. Igualmente com base nos substratos colacionados, cogita-se que a adolescente não possuía compleição física adequada à idade cronológica, dando ensejo a erro de tipo. Verificado, ainda, que a menor apresentava discernimento à prática do ato. Por consequência, impositiva a manutenção da absolvição decretada nos moldes da sentença, na qual afastada, de modo extraordinário, a vulnerabilidade inserta na norma pelo legislador infraconstitucional. APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70054410980, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 13/05/2015)

Na segunda decisão citada acima, o entendimento deu-se em razão das particularidades do caso, os dois eram jovens, ele tendo completado 18 anos recentemente em relação a data do fato e ela com pouco mais de 13 anos, não houve emprego de violência, muito menos o ato aconteceu sem a vontade da vítima, pois como ela mesma relatou foi por vontade própria, o acusado em nenhum momento a obrigou a nada, e também devido a sua desenvolvida compleição física que não condiz com sua real idade, tanto como sua forma de agir configuraram um contexto de não compreensão acerca da idade da vítima. Portanto, todo conjunto probatório levou a concluir pela ausência de vulnerabilidade da vítima, e a decisão por maioria pela absolvição do réu por erro de tipo.

Realizada pesquisa utilizando as palavras chave “absolvição erro de tipo estupro”, foram obtidos 15 (quinze) resultados, dos quais 3 (três) resultados sobre o tema que se pretendia, 2 (dois) desses 3 (três) já foram mencionados na outra pesquisa, restando 1 (um) para analisar, o qual segue:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ERRO DE TIPO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. A prova produzida no curso da instrução revela que o denunciado não possuía consciência da ilicitude de seu comportamento, pois foi induzido a acreditar - tanto pelo discurso como pela aparência física - que a ofendida (adolescente com 13 anos) tinha idade biológica que tornaria legítima a conduta de com ela manter relações sexuais. Falsa percepção sobre a vulnerabilidade da vítima - elemento constitutivo do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal - que determina a ocorrência de erro de tipo, excluindo o dolo da conduta. Absolvição mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70067388926, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 10/08/2016)

Nesse derradeiro julgado também foi reconhecido o erro de tipo, pois se trata de um caso onde a vítima levou o acusado a crer que possuía idade maior do que realmente tinha. A vítima teria dito que possuía 15 anos, e que possuía um filho de um ano de idade que estava sob guarda do pai, e depois que foi morar com o acusado disse ao mesmo que seus documentos haviam sido queimados e que posteriormente teria de pedir a segunda via. Com base nesta alegação o acusado (com certo grau de inocência) se dirigiu ao Conselho Tutelar para se informar como poderia proceder para fazer os documentos de sua namorada. O relato demonstrou que o mesmo não sabia a real idade da mesma, em audiência as testemunhas foram unânimes ao dizer que a vítima disse a todos que possuía 15 anos, e que seu desenvolvimento físico e psicológico fez com que ninguém suspeitasse. Devido à particularidade do caso, o Tribunal entendeu que havia ausência da vulnerabilidade da

mesma que tinha visível discernimento sobre os atos (aqui é onde se pode apontar um certo erro interpretativo do Tribunal), restando a decisão pela absolvição do réu por erro de tipo.

Faz-se oportuno esclarecer que o restante dos julgados que foram encontrados nessa pesquisa não foram usados, pois não encaixaram-se no assunto tratado em questão, somando as duas pesquisas, no total foram descartadas 59 (cinquenta e nove) decisões. Esses julgados por não tratarem do reconhecimento do erro de tipo, após a sua leitura, foram descartados pois apesar de tratarem de estupro de vulnerável debatiam questões processuais sem tratar sobre o erro de tipo, sendo somente discutidos outros aspectos como por exemplo, sobre erro material no dispositivo da sentença.

Diante da apreciação das decisões se verifica que apesar do posicionamento jurisprudencial da presunção absoluta de violência priorizar os interesses constitucionais da infância, essa posição, até o momento, não colocou em risco as garantias constitucionais do acusado de estupro de vulnerável, como a ampla defesa e contraditório. Deste modo, os temores por violações do sistema penal ao acusado não se concretizaram, estando a prioridade na proteção sexual de crianças e adolescentes equilibrada com os ditames dogmáticos e constitucionais penais.

Conclusão

Com base no quadro delineado, a interpretação *in concreto* das situações que envolvem o estupro de vulnerável e o reconhecimento do erro de tipo no Brasil encontram-se alinhadas com os parâmetros constitucionais de infância e do campo dogmático-penal, de modo que até o presente momento modificação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça não causou nenhuma espécie de dano aos acusados em suas garantias e direitos constitucionais. Em síntese o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao seguir a uniformização de jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça demonstra a prioridade absoluta na defesa de direitos de crianças e adolescentes, porém não encerra a observação concreta da realidade posta nos casos criminais, ao reconhecer o erro de tipo em situações *sui generis*, sem, contudo, cair novamente em argumentações frágeis sobre experiência sexual ou discernimento das vítimas, o que demonstra um contexto positivo na conjugação dos elementos constitucionais de ambas as searas envolvidas.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Tratado de direito penal**: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra fé pública. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Penal (1940)**. Decreto-Lei nº 2848, de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2016.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Processamento sob o rito do art. 543-C do CPC. Recurso representativo da controvérsia. Estupro de vulnerável. Vítima menor de 14 anos. Fato posterior à vigência da Lei 12.015/09. Consentimento da vítima. Irrelevância. Adequação social. Rejeição. Proteção legal e constitucional da criança e do adolescente. Recurso especial provido. Recurso Especial nº 1.480.881 – PI. A R DE O e Ministério Público do Estado do Piauí. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ 27/08/2015. Disponível em: **WWW.stj.jus.br**. Acesso em: 02 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 73662-9-MG**- j. 21.05.1996, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 20.09.1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

FARINAZZO JÚNIOR, Roberto Arroio. Análise do artigo 217-A do código penal à luz da hermenêutica constitucional. **Revista Linhas Jurídicas** (UNIFEV). Volume 6, n. 8, p.20-25, junho de 2014. Disponível em <<http://periodicos.unifev.edu.br/index.php/LinhasJuridicas/article/view/File/102/84>>. Acesso em 15 de outubro de 2016.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. **O conceito de vulnerabilidade no direito penal**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 08 de abril de 2010. Acesso em 16 de outubro de 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

A possibilidade da relativização do critério legal no delito de estupro de vulnerável

Taynara Hella Moraes Ouriques¹

Tábata Cassenote Mendonça²

Introdução

O presente artigo constitui-se na análise da possibilidade da relativização do critério legal no delito de estupro de vulnerável, considerando os princípios norteadores do Direito Penal Brasileiro, entendimento doutrinário e jurisprudencial com relação à matéria.

O Código Penal de 1940 configurava os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, os quais com as alterações trazidas pela nº 12.015/2009 tiveram suas condutas unidas em um único tipo penal configurando o delito de estupro. Ocorre que, conforme fixado no Código Penal Brasileiro, a idade da vítima é um elemento caracterizador do delito em questão. No entanto, diferentes critérios são adotados nas decisões de casos que envolvem o ilícito do estupro de vulnerável. Em outras palavras há extrema divergência com relação à matéria, com correntes pugnano pela utilização do critério legal e outra pelo critério casuístico.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES) e pós-graduanda em Direito Processo e Processo Penal pela Faculdade Anhanguera . Endereço eletrônico: taynaraprendars@bol.com.br

² Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professora de Direito Penal e Processo Penal na Faculdade Metodista de Santa Maria. Advogada. Endereço eletrônico: tabata.mendonca@gmail.com.

Dessa forma, o estudo objetiva analisar e refletir acerca da possibilidade da relativização do critério legal nas decisões dos processos de estupro de vulnerável, assentando-se na interpretação dos Princípios do Direito Penal Brasileiro e nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul as quais elencam aspectos capazes de relativizar a vulnerabilidade da vítima. Cumpre ressaltar que não se trata de uma análise jurisprudencial, mas sim, da utilização dos argumentos embaixadores de decisões importantes que corroboram com a utilização do critério casuístico, que quer se discutir no presente trabalho.

O dispositivo legal supra possui entendimento questionável quando analisado à luz dos Princípios do Direito Penal Brasileiro ou quando posto em confronto com a realidade atual da sociedade e o desenvolvimento precoce das crianças e adolescentes na vida sexual. Assim sendo, o trabalho se inicia com uma breve contextualização histórica referente ao delito de estupro de vulnerável, passando pela sua criação como delito autônomo, analisando seus elementos essenciais, abrangendo as formas qualificadas, entre outros aspectos. Em ato contínuo, é realizada uma análise acerca da aplicabilidade dos princípios do Direito Penal Brasileiro nos casos da ocorrência do delito de estupro de vulnerável, especialmente no que tange a caracterização do Direito Penal como a *ultima ratio*, bem como tratando de sua intervenção mínima.

Por fim, traz-se à discussão posicionamentos doutrinários e decisões/jurisprudências que tratam da questão, analisando seus fundamentos e tratando da possibilidade da relativização do critério legal nos casos do crime de estupro de vulnerável, conforme preconiza o mais recente posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quanto à matéria.

O presente trabalho utilizar-se-á de uma abordagem metodológica hipotética-dedutiva, partindo-se de um problema específico e uma hipótese, para uma futura confirmação após discussões, buscando-se trazer elementos embasados em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais. Esse método ainda é

complementado pelo procedimento monográfico, pois se trata de um estudo pontual sobre um tema específico. Salienta-se que como técnica de pesquisa será utilizada a técnica da documentação indireta.

O artigo em tela se insere na linha de pesquisa institucional de *Direitos Humanos e Diversidade Cultural*, pois a aplicabilidade do critério legal nas decisões de estupro de vulnerável fere de forma avassaladora os princípios constitucionais penais e os Direitos Humanos dos envolvidos.

1 O delito de estupro de vulnerável no Brasil e as alterações introduzidas pela lei nº 12.015/2009

Inicialmente, antes de se adentrar na discussão específica sobre a possibilidade da relativização do critério legal no delito de estupro de vulnerável, faz-se necessário realizar-se uma breve análise histórica a respeito da tipificação do delito em tela.

Ao longo dos anos, observa-se que a sociedade sempre encontrou dificuldades para tratar de um assunto tão complexo. Esse tema envolve muito além das sanções penais a serem aplicadas aos autores de delitos sexuais contra crianças e adolescentes; envolve história de vida, reflexos psicológicos e marcas eternas. Entretanto, o Decreto-Lei nº 2.848, o Código Penal Brasileiro, foi escrito em 1940 e compreende-se que a sociedade, de uma forma geral, passa por transformações de diversas ordens, ora gradativas, ora avassaladoras, de acordo com o mundo cultural, motivo pelo qual as legislações vigentes adéquam-se ao momento vivenciado pelo país.

Em razão disso, o Código Penal Brasileiro, na década de quarenta, classificava o ato de conjunção carnal praticado contra vítima menor de quatorze anos de idade, portadora de alienação ou debilidade mental, como o crime de estupro, previsto no artigo 213 da legislação penal, combinado com o artigo 224, também do Código

Penal Brasileiro, o qual tratava da violência presumida (BRASIL, 1940).

Na redação antiga, só seria enquadrado no crime de estupro, o fato delituoso que preenchesse três requisitos, quais sejam: vítima do sexo feminino (mulher), a prática da conjunção carnal, ou seja, o ato de penetração, e a realização da ação descrita por meio de violência ou ameaça. Salienta-se que o sujeito passivo do delito referido somente poderia ser mulher e o sujeito ativo apenas pessoa do sexo masculino (ESTEFAM, 2010) e (JESUS, 2010, p. 127).

Ademais, o Código Penal de 1940 previa, na redação do revogado artigo 224, a presunção de violência nos casos de vítima menor de quatorze anos, pessoas portadoras de alienação ou debilidade mental, em face da presença da incapacidade destas de regerem seus atos da vida civil. Observa-se que, apesar de não ser tipificado o delito de estupro contra vítima vulnerável no Código Penal de 1940, nota-se uma preocupação por parte do legislador, visando proteger às pessoas menores de quatorze anos e os portadores de alienação ou debilidade mental, haja vista a gravidade de tal ato ilícito e suas consequências na vida dos indivíduos (BRASIL, 1940).

Ocorre que, com o advento da Lei nº 12.015/2009, houveram alterações no Capítulo que versa sobre os delitos contra a dignidade sexual, inclusive, adotando a nomenclatura ora citada. No mesmo sentido, foi revogado expressamente o artigo 224, do Código Penal e instituído o delito autônomo de estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A, do Código Penal (BRASIL, 2009).

É imprescindível compreender que a legislação acima referida trata-se de um “divisor de águas”, pois classificou-se o Estupro de vulnerável como o crime definido no art. 217-A, do Código Penal, nos seguintes termos: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos: Pena de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.” (BRASIL, 2009). Tal delito também foi incluído, pela Lei nº 12.015/09, no rol dos crimes hediondos (ESTEFAM, 2010).

A prática da conjunção carnal ocorre por meio da cópula vagínica, a qual é de simples constatação. Todavia, no que tange a outros atos libidinosos há variedades de condutas. Desse modo, tem-se a conceituação de ato libidinoso adotada por Jesus, que traduz ato libidinoso como aquele “[...] que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafoço à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual” (JESUS, 2009, p. 747)

No que concerne aos aspectos dos demais aspectos de vulnerabilidade da vítima estabelecidos no Código Penal Brasileiro, no §1º do artigo 217-A, Greco (2010) refere que “foram previstas entre as causas de vulnerabilidade da vítima, ou seja, aquelas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou a que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”.

No que tange ao sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, Prado (2010, p. 623) afirma que quando o núcleo do tipo praticado for a conjunção carnal, o sujeito ativo somente poderá ser homem. No entanto, quando o ato praticado classificar-se como outro ato libidinoso, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa. É importante ressaltar que para a concretização do delito em tela, não é necessário que a ação seja praticada mediante violência ou grave ameaça.

A realidade é que na década de quarenta, momento em que foi escrito o Código Penal Brasileiro, na origem, o mundo em termos de costumes, cultura e hábitos era completamente diferente daquele que já se apresentava no ano de 2009, quando da alteração dos artigos correspondentes. As transformações da sociedade, especialmente no que tange ao livre arbítrio e a sexualidade, antes encarados de forma particular, isolada, e preconceituosa, hoje ganham vez, voz e pertinência. Salienta-se que é imprescindível que o autor do crime tenha conhecimento da condição de vulnerabilidade da vítima em questão, caso contrário, poderá alegar em suas teses o erro de tipo (GOMES; CUNHA; MAZZUOLI, 2009, p. 51).

Outrossim, de acordo com Greco (2010, p. 522) e Nucci (2013), tal delito se processa mediante ação pública incondicionada, ou seja, não necessita de representação da vítima para realização da denúncia por parte do órgão acusador, nesse caso, o Ministério Público. É punível a modalidade tentada, entretanto, é difícil a sua comprovação.

Conforme Cunha (2008, p. 237) a presunção de violência foi relativizada em razão da evolução da sociedade, dos fatos e circunstâncias diversos. Ainda, refere que não há mais espaço para a visão antiga de 1940, pois atualmente convive-se em outra sociedade contextualizada de forma diversa daquela da década de quarenta. As correntes doutrinárias que sustentam a presunção relativa, *juris tantum* estão em uma crescente no direito brasileiro, podendo ser admitida prova da não vulnerabilidade da vítima.

Vislumbra-se que a previsão autônoma do delito de estupro de vulnerável é uma evolução, é vista como um desenvolvimento por parte do legislador brasileiro, existindo uma adequação entre o Código Penal em vigor e a Constituição da República Federativa do Brasil.

Vistos e debatidos tais pontos, segue-se para a análise da possibilidade da relativização do critério legal do delito de estupro de vulnerável, a partir dos princípios do Direito Penal Brasileiro, de posicionamentos atuais emanados pelos Tribunais de Justiça Estaduais e doutrina relacionada à matéria.

2 O direito penal como a *ultima ratio* e os princípios limitadores do poder punitivo

O Direito Penal Brasileiro tutela determinados bens jurídicos considerados de grande valor para as pessoas. Nesse contexto, Toledo (1994, p. 15) conceitua o bem em um sentido mais amplo como aquilo que é digno, útil, necessário ou valioso. Em outras palavras, bens são aspectos que possuem um valor especial para os seres humanos.

Diante disso, compreende-se que o Direito Penal e Processo Penal no país selecionam determinados bens importantes para tutelar, ou seja, proporcionar proteção a tais valores. Outrossim, Teles (2004, p. 46) afirma que são considerados bens jurídicos “a vida, a liberdade, a propriedade, o casamento, a família, a honra, a saúde, enfim, todos os valores importantes para a sociedade”.

De forma precisa, Toledo (1994, p. 16), ainda discorre que os bens jurídicos são tutelados para impedir a ocorrência de ataque ou lesões efetivas. O autor ainda refere que os bens jurídicos que são protegidos pelo direito penal são aqueles imprescindíveis, ou seja, que necessitam de uma proteção especial.

Nesse sentido, os crimes sexuais contra vulnerável, previstos no Título VI, Capítulo II, do Código Penal Brasileiro possuem sanções penais que visam proteger determinado bem jurídico tutelado. Com relação ao estupro de vulnerável pode-se afirmar que o bem jurídico que busca-se tutelar e proteger é a dignidade sexual da vítima, especialmente por tratar-se de pessoa menor de 14 (quatorze) anos de idade ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (BRASIL, 2009).

Desse modo, muito se tem discutido sobre a tutela dos bens jurídicos, isso com a intenção de não se criminalizar determinada conduta que não fere o bem jurídico protegido. Nesse ínterim, Sales (2005, p. 108) e D’avila (2009, p.45) os bens jurídicos atuam como “dogmas” que gradativamente estão sendo interpretados como limites capazes de impedir a criminalização de determinada conduta e a aplicação de penalidades excessivas. Ademais, Silveira (2003, p.55) e Gomes (2002, p. 51), interpretam a que a proteção proporcionada aos bens jurídicos pela legislação penal não pode ser considerada absoluta.

No entendimento de Roxin (2006) bens jurídicos são conceituados como “pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas,

que toda gente conhece que o Estado Social deve proteger penalmente”. Desse modo, Toledo (1994), refere que crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico tutelado, ou seja, aquele que deve ser protegido de alguma forma. Nesse sentido, determinados aspectos são capazes de afastar a existência de crime mesmo que um fato seja descrito como o elencado no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” (BRASIL, 2009).

Considerando que o direito penal brasileiro adota diferentes fontes, observa-se que Jesus (1998, p. 11/12) concede um tratamento de fonte imediata a lei e denomina como fontes mediatas os costumes e os princípios gerais do direito. Diferentemente, Mirabete (2003, p.45/47) afirma que a fonte direta é a legislação, no entanto, as fontes indiretas são os costumes, os princípios gerais do direito, a doutrina, os tratados e a jurisprudência.

Observa-se que os princípios são elencados por ambos autores como uma das fontes adotadas no direito penal brasileiro e são conceituados como normas/regras que possuem lugar na consciência da população e são aceitas de forma universal, ou seja, apesar de não serem normas escritas são diretamente aplicados, orientam a disciplinam a compreensão do sistema jurídico (GONÇALVES, 2012, p. 27). Corroborar com tal entendimento o mestre Bitencourt (2010, p. 40), o qual afirma que os direitos norteadores do direito penal brasileiro exercem função orientadora do legislador, mantendo um sistema com os olhos voltados aos direitos humanos e concretizando um direito penal mínimo e garantista.

No que tange aos princípios adotados no ordenamento jurídico brasileiro, assevera-se o direito penal como a *ultima ratio*, o qual traduz que o direito penal deve ser encarado como a última opção do legislador, como ferramenta utilizada para fazer valer as regras legalmente impostas à população (NUCCI, 2013, p. 76). O princípio da intervenção mínima também é conhecido como

“princípio da subsidiariedade” e no entendimento de Prado (2014, p. 115) o direito penal só tem legitimidade para atuar na proteção/defesa de bens necessários à convivência pacífica dos cidadãos em sociedade. Ademais, as sanções penais aplicadas à determinados delitos possuem tamanha gravidade capaz de restringir direitos essenciais das pessoas, inclusive, a própria liberdade, razão pela qual a intervenção penal deve ser mínima.

No mesmo contexto, tem-se que o princípio da intervenção mínima e o princípio da *ultima ratio* devem ser considerados sinônimos, tendo em vista que sua função no direito penal brasileiro é de orientação e limitar o poder incriminador. Ainda, ressalta-se que o direito penal é tido como subsidiário, ou seja, só é provocado no momento em que não for possível solucionar determinado problema através de outras formas de proteção a bens jurídicos. (BITENCOURT, 2010, p. 43/44)

De outro modo, além do direito penal brasileiro ser tratado como a última alternativa para a solução de determinado problema/conduita, deve-se observar o princípio da proporcionalidade. Em outras palavras devem ser considerados critérios de razoabilidade quanto à aplicação de penalidades (GOMES, 2007). No mesmo sentido se manifesta Dotti (2005, p. 54), o qual afirma que a pena deve ser proporcional, haja vista que deve ser interpretada como uma exigência de dupla face. Em outras palavras, o autor refere que há duas medidas a ser analisadas, de um lado o interesse social em impor uma medida penal, porém, de outro lado é necessário que a punição não seja excedente.

Na mesma linha de pensamento, o direito penal brasileiro adota o princípio da ofensividade/lesividade, segundo o qual para a existência de determinado ilícito penal é necessária a ofensa ao bem jurídico. Ainda, Gomes (2007, p. 464), refere que tal princípio consubstancia o Direito Penal Brasileiro de forma objetiva, com a preponderância de dois pilares (bases), quais sejam: a proteção de bens jurídicos e a necessária ofensividade.

Segundo Bertasso (2008) não se pode generalizar o enquadramento penal, imputando a prática de ilícito de forma a desconsiderar determinados aspectos importantes, ou seja, as particularidades do caso, como a experiência sexual da vítima, o consentimento de relacionamento pelos responsáveis e etc, pois é essencial compreender que no mundo atual, é comum a prática sexual por menores de 14 (quatorze) anos, os quais muitas vezes possuem vida sexual ativa e praticam atos sexuais de forma consentida. Em tais casos, desproporcional seria a aplicação de sanção penal. Insta salientar a possibilidade da adoção do princípio da objetividade jurídica, a qual se traduz como “liberdade sexual no sentido de consentir na prática de ato sexual sem ser ludibriado pelo emprego de uma fraude”. (GONÇALVES, 2011, p. 530).

Portanto, considerando tantos argumentos doutrinários determinando o direito penal como a *ultima ratio*, bem como definindo sua intervenção mínima, vislumbra-se a possibilidade da aplicação dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade, ofensividade/lesividade e da objetividade jurídica sob a análise de casos concretos em que não haja violação ao bem jurídico tutelado.

3 A possibilidade da relativização da vulnerabilidade da vítima e a aplicabilidade do critério casuístico

A sociedade brasileira se modifica através do tempo, alteram-se os costumes e comportamentos da população. É necessário compreender que a mentalidade das crianças e adolescentes do ano de 1940, momento em que foi instituído o Código Penal Brasileiro, não é a mesma da atualidade. As gerações vão passando e as mudanças são visíveis. Nesse contexto, muito se tem debatido a respeito da relativização da vulnerabilidade nos casos de estupro de vulnerável, ou da possibilidade da aplicação do critério casuístico, analisando as situações de forma particular.

A criação do crime de estupro de vulnerável como delito autônomo veio de forma a proteger à dignidade sexual de crianças

e adolescentes. No entanto, não se pode protegê-los em detrimento de situações que não podem ser caracterizadas como ato ilícito. Desse modo tem se posicionado Shecaira, (2010) o qual refere que o artigo 217-A do Código Penal Brasileiro prevê o delito de estupro de vulnerável baseado na presunção absoluta, contudo, relata que ocorreram intensas modificações na cultura e na sociedade no final do Século XX, o que ocasionou um certo amadurecimento precoce na postura de crianças e adolescentes. Insta salientar que a mídia em geral, as relações sociais precoces, os meios de comunicação possibilitam um contato rotineiro de crianças e adolescentes com relações sexuais, incentivando estes a iniciarem a vida sexual ativa mais cedo (SHECAIRA, 2010).

Consoante Nucci (2009, p. 37/38) alguns critérios não podem ser ignorados em detrimento da idade estabelecida como elemento de vulnerabilidade pela legislação penal vigente, por isso, questiona-se: “Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada?” O autor clama pelo reconhecimento da realidade fática da situação. Do mesmo modo, Brodt (2010, p. 170) e Barros (2010) manifestam-se no sentido de que a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental não pode ser o único critério a constatar a vulnerabilidade da vítima.

A sociedade nos mostra diariamente que não se pode fechar os olhos para as mudanças que ocorrem nos mais diferentes contextos do mundo, e na fase da adolescência não é diferente, a atual geração demonstra que seus conhecimentos, inclusive, sobre a vida sexual iniciam a cada dia mais precocemente. Por isso, Nucci (2010, p. 411) defende fortemente a análise casuística para os julgamentos de estupro de vulnerável, considerando o ocorrido na situação concreta. Além disso, Mirabete (2004) menciona que não é possível caracterizar-se crime, por exemplo, em casos em que o menor de 14 (quatorze) anos de idade seja experiente em matéria

sexual, ou seja, situações em que o menor já mantinha relações sexuais com outras pessoas.

Ressalta-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) tem emitido em suas decisões o claro entendimento da possibilidade da relativização do critério legal em determinadas situações. Desse modo, o Tribunal de Justiça Gaúcho entende que há o requisito da idade para a configuração do ato ilícito em tela, no entanto, manifesta-se no sentido de que somente o fato do adolescente ser menor de 14 (quatorze) anos, não basta para a configuração do delito em questão.

Ocorre que, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem assentado suas decisões avaliando o caso concreto, ou seja, a situação a ser julgada. Insta salientar que na data de 20 de abril de 2017 reacendeu-se a discussão pautada na possibilidade de relativização da vulnerabilidade da vítima nos casos de estupro de vulnerável através do posicionamento emitido pela 6ª Câmara do TJ-RS, a qual entendeu que é necessário analisar o contexto real dos fatos para se verificar a vulnerabilidade da vítima. Cumpre salientar que a Des.^a Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2017, p. 04), relatora do Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, fez uso das palavras do excelentíssimo juiz de direito, prolator da decisão de 1º grau, salientando que o requisito da idade da vítima não pode ser observado de forma restrita, conforme descreve as mudanças e transformações da sociedade. Ainda, referiu que a evolução é imensa, razão pela qual as informações são passadas rapidamente, o que colabora para o desenvolvimento precoce dos jovens em diversos aspectos.

O caso referido foi analisado de acordo com a evolução dos conceitos no mundo, visualizando o fato real e seus acontecimentos. Em seu voto, a Des.^a Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2017, p. 09) ressaltou que “[...] nesse passo, nos casos em que há um relacionamento amoroso e consentimento da menor nas práticas sexuais, com a tolerância

familiar, resta relativizada a presunção de violência, em razão da idade da ofendida”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2017, p. 09).

Vislumbra-se que tal posicionamento tem sido adotado de forma majoritária pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sendo analisado o caso concreto a ser julgado. Um dos aspectos que tem sido decisivos para a relativização da vulnerabilidade pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Gaúcho é o fato dos sujeitos (vítima e réu) manterem outro que é fato da vítima apresentar experiência sexual anterior ao fato e outro pressuposto está ligado aos Princípios do Direito Penal Brasileiro, os quais limitam o poder punitivo estatal.

A questão foi muito discutida em sede de Recurso Especial Repetitivo. Nesse contexto, não se oculta o posicionamento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça o qual aprovou a Súmula 593 que dispõe sobre o estupro de vulnerável, assim anunciando: “O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”. Entretanto, considerando a atual realidade social do país, considera-se o entendimento sumulado em questão um real retrocesso, pois trata-se da intervenção do Direito Penal, inclusive nas relações amorosas pautadas no afeto e na confiança.

Por fim, do mesmo modo que os doutrinadores referidos e que o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, defende-se a possibilidade da relativização do critério legal no delito de estupro de vulnerável, pugnando pela análise de forma casuística, evitando eventuais injustiças e aplicando o direito penal brasileiro como a *ultima ratio*.

Conclusão

Considerando o que foi proposto pelo presente trabalho, e diante da análise que se sucedeu da doutrina, dos princípios do Direito Penal Brasileiro e da jurisprudência atual referente ao ilícito em questão, depreende-se que há a possibilidade de relativizar o critério legal nos casos de estupro de vulnerável.

A evolução da sociedade é constante e a transformação do ser humano é inerente a ele mesmo. Nesse contexto, não há como desconsiderar o amadurecimento das crianças e adolescentes e o envolvimento precoce dos mesmos na vida sexual ativa. Outrossim, não é possível ignorar que o envolvimento amoroso entre adolescentes de 13 (treze) anos com jovens de 18 (dezoito) anos tornou-se algo rotineiro. A realidade é que não existe a possibilidade de retroceder, o ordenamento jurídico brasileiro não pode caminhar para trás e a sociedade não pode fechar os olhos para as suas intensas modificações.

Corroborar com a aplicabilidade do critério casuístico nos casos de estupro de vulnerável não significa zelar pela impunidade, pelo contrário, representa analisar as situações de modo singular, buscando não cometer injustiças, afinal deve-se seguir a intervenção mínima do direito penal na vida dos cidadãos.

Os princípios do direito penal brasileiro abordados no decorrer do presente estudo atuam como limitadores do poder punitivo estatal, visando analisar a situação concreta e suas particularidades. Desse modo, casos apresentados em que a suposta vítima já tinha experiências sexuais anteriores, bem como realizou o ato com o réu de forma consentida e nas situações de relacionamento sério (namoro) não há ofensa ao bem jurídico tutelado. Imprescindível referir que não havendo ofensa ao bem jurídico protegido deve ser declarada a atipicidade da conduta.

A Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça veio a confirmar o entendimento adotado pelo referido tribunal em sede de Recurso Especial Repetitivo, posicionamento esse que coloca em

choque os princípios do direito penal. Ora, a aplicação de uma pena severa de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão em todos os casos de estupro de vulnerável, bastando a existência do critério legal é uma afronta aos princípios elencados e pode causar consequências irreversíveis na vida do indivíduo.

Outrossim, o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul possui fundamentação em elementos da realidade vivenciada pelo país e corroborado por parte da doutrina que também pugna pelo utilização do critério casuísticos nos casos do delito em questão. Assim sendo, considerando todo o exposto, não pode ser outra a conclusão senão a da possibilidade da relativização do critério legal no delito de estupro de vulnerável, buscando uma análise justa aos casos concretos.

Inobstante tais considerações, o modo como o tema é aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, demonstra clara predominância de um direito penal punitivo, baseado em conceitos estritos, ignorando inclusive, seus próprios princípios basilares. Por fim, conclui-se que a análise de tais casos por meio do critério legal deve ser tida como um real retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual defende-se a aplicabilidade do critério casuístico, de forma a analisar as situações de forma particular, declarando a atipicidade da conduta nos casos em que os critérios elencados no decorrer do trabalho demonstrarem a não ocorrência de ofensa ao bem jurídico tutelado.

Referências

BARROS, Francisco Dirceu. **Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais**. Carta Forense, 02 de março de 2010.

BERTASSO, Marcelo. **O desproporcional “estupro de vulnerável”**. Disponível em: <<http://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/o-desproporcional-estupro-de-vulneravel/>>. Acessado em: 10 de agosto de 2017.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual até dos Crimes contra a Fé Pública. V.4. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2017.

_____. Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 593. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-edita-tr%C3%AAAs-novas-s%C3%BAmulas>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo Nº 1.480.881 - PI (2014/0207538-0). Recorrente: Ministério Público do Estado do Piauí. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stj-estupro-vulneravel-estupro-menor-14.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus Nº 73.662/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14701759/embdeclno-habeas-corpus-hc-73662-mg>>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes contra a dignidade sexual**: a nova maquiagem da velha senhora. Ciências penais, vol. 13, jul /2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. vol 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLAUS, Roxin. **Estudos de Direito Penal**. Renovar; 2006;

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº 12.015/09**. 2012.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Especial. São Paulo: Saraiva. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito penal**: Introdução e princípios fundamentais: volume 1 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

_____. **Crimes contra a dignidade sexual e outras reformas penais**. Disponível em:

<http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090911125548652&mode=print>. Acesso em: 29 de agosto de 2017

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral. Vol. 2. Coordenação Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches *et* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito penal**: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4 ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 7 ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal** – Parte Especial 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, São Paulo: Atlas, 19 ed, 2003.

_____. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código penal comentado**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

_____. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia Bastos Monteiro; SILVA, Raphael Zanon da. **Doutrinas Essenciais - Direito Penal: O Crime de Estupro Sob o Prisma da Lei 12.015/09** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 8 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 2010.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Crime Nº 70067947952. Relator: Des. Igor Carvalho de Bem Osório. Sessão em 19 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Crime Nº 70074287889. Relator: Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. Sessão em 27 set. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 27 de setembro de 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Crime Nº 70073382988. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Sessão em Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 27 de setembro de 2017.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de Direito Penal**. 2 ed. Ed. Del Rey. 2005.

SHECARIA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação de massas. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org). Doutrinas essenciais. Direito Penal: parte especial II. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral. V. 4. São Paulo: Atual, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, Saraiva: São Paulo. 1994.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347: o (não) contingenciamento de valores do FUNPEN como alternativa para o efetivo cumprimento do princípio da humanidade da pena

Katiele Aparecida dos Santos Falcão¹

Gabriel Ferreira dos Santos²

1. Introdução

O presente ensaio pretende abordar a situação de violação do princípio da humanidade da pena, diante da situação calamitosa em que se encontram os estabelecimentos prisionais no Brasil, considerando a superlotação e as condições precárias a que estão submetidos os apenados.

A referida afirmativa restou devidamente explicitada quando do julgamento da ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se denunciou o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. No âmago da

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Advogada. E-mail: katielefalcao@gmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2009). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela IMED (2008). Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI (2004). Exerce a atividade de professor na IMED em Passo Fundo - RS. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal na IMED (2ª e 3ª edições). Advogado Criminalista. E-mail: gabriel.santos@imed.edu.br.

decisão da ADPF, determinou o STF o imediato descontingenciamento de valores depositados no FUNPEN.

Para o desenvolvimento do tema proposto, será analisado, brevemente, o contexto histórico da execução penal nos diferentes períodos do Brasil, compreendendo o papel que o Estado exercia na gestão dos estabelecimentos prisionais.

Será objeto de estudo, também, o Fundo Penitenciário Nacional, alcançando seus objetivos e fontes de arrecadação.

Em seguida será estudado a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, quais os apontamentos que utilizados e as medidas indicadas pela ação, bem como, também a análise se o não contingenciamento de valores do Fundo Penitenciário Nacional pode ser uma alternativa para o cumprimento do princípio da humanidade da pena.

2. Brevíssimas apreciações acerca da historicidade da execução da pena no Brasil e sua(s) forma(s) de custeio

Muito embora a prisão fosse utilizada com frequência, sua finalidade era de caráter preventivo e de custódia, sendo, portanto, utilizada para coagir o autor a efetuar o pagamento da pena pecuniária, bem como, para evitar sua fuga até que fosse julgado (AGUIRRE, 2009, p. 42).

No período colonial, as prisões e cárceres eram reconhecidos pela precariedade e ausência de condições básicas para a sobrevivência, dentre elas a higiene, falta de organização e elevado grau de insegurança (AGUIRRE, 2009, p. 37). Esses locais serviam apenas para custodiar suspeitos que aguardavam seu julgamento ou mesmo abrigar delinquentes já sentenciados que ali estavam aguardando a execução da sua pena (AGUIRRE, 2009, p. 38).

Estavam instaladas em edifícios precários, que sequer possuíam algum tipo de organização e controle gerencial dos seus confinados. Dentre as várias espécies existentes, podemos citar

(AGUIRRE, 2009, p. 38): Cadeias Municipais e de Inquisição; Postos Policiais e Militares; Casas religiosas para mulheres abandonadas; Centros privados de detenção (Padarias e fabricas onde eram recolhidos e sujeitados a trabalhos forçados, os delinquentes e escravos.); Cárceres privados em fazendas e plantações (Lugares onde eram castigados os trabalhadores indóceis).

Ainda assim, existiam algumas cidades, a exemplo do Rio de Janeiro, que apresentavam um singelo sistema organizacional, possuindo algum tipo de regulamento escrito. O certo é que o aprisionamento colonial fora regido muito mais pelos seus costumes do que pela própria legislação, sendo que a sua principal função era custodiar os delinquentes, inexistindo qualquer ideia de punição institucional ou reestabelecimento disciplinar dos seus apenados (AGUIRRE, 2009, p. 38).

Durante o período colonial, o Brasil foi marcado pela crueldade das sanções aplicadas, sendo considerado um período onde vigoraram predominantemente as sanções corpóreas como forma de punição e também de repressão.

A perversidade do direito penal vigente no período colonial restava evidente, conforme conceitua Fragoso:

A legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim em toda legislação penal de sua época. A morte, era pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldade. Eram previstas: a pena de morte natural (enforcamento no pelourinho, seguindo-se o sepultamento); morte natural cruelmente (que dependia da imaginação do executor e do árbitro dos juizes); morte natural pelo fogo (queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote); morte natural para sempre (enforcamento, ficando o cadáver pendente até o seu apodrecimento). Havia ainda penas infamantes, mutilações, confisco de bens e degredo. As penas dependiam da condição dos réus e empregavam-se amplamente a tortura. O sentido geral dessa legislação é o da intimidação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião (FRAGOSO, 1997, p. 64 - 65).

As prisões eram tomadas pela imundície e precariedade. Os presos que ali estavam confinados eram aqueles que não possuíam condição financeira, seja para pagar a multa que devolveria a liberdade, seja para se manter. O governo não financiava a estadia dos criminosos, que recorriam a esmolas para sobreviver. Entretanto, a Irmandade da Misericórdia executava um papel fundamental para a sobrevivência dos mesmos, fornecendo a alimentação mínima aos encarcerados (SALLA, 1999, p. 42).

2.1.2 Período imperial

O marco inicial para um novo momento no direito penal brasileiro foi a independência do Brasil, no ano de 1822. Por sua vez, embora fossem visíveis as alterações comportamentais da sociedade em relação ao direito penal, no país continuavam a vigorar as Ordenações Filipinas, por meio de uma lei promulgada pela Assembleia Constituinte em 1823 (DOTTI, 2005, p. 184).

Nesse sentido, leciona Fragoso:

Com a independência e, sobretudo, com a carta constitucional de 1824, tornou-se imperiosa a substituição da arcaica legislação do reino. Já o art. N.18 da Constituição determinava a feitura de um código criminal ‘fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade’, estabelecendo (nº 20) que ‘nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá em caso de alguma confiscação de bens, nem a infâmia ao réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja’. Recolhendo os ecos do movimento humanitário, estabelecia (nº 19) que ‘desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca a ferro quente, e todas as mais penas cruéis’. Tais disposições eram necessárias, pois a legislação da metrópole fora revigorada por lei da Assembléia Constituinte, de 20 de outubro de 1823 (FRAGOSO, 1977, p. 65).

As mudanças advindas da reforma penal restaram evidenciadas principalmente nas espécies de penas, que foram

reformuladas para obedecer a nova legislação, partindo da redução da aplicação da pena de morte e também da supressão dos métodos cruéis de aplicação das sanções tais como as penas exclusivamente destinadas a atingir a honra do condenado. No entanto, os açoites ainda permaneceram sendo aplicados aos escravos. Tem-se, então, a adoção da pena privativa de liberdade como espécie legítima de sanção penal (FRAGOSO, 1977, p. 190).

O primeiro estabelecimento penitenciário na América Latina foi a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Sua construção iniciou em 1834, sendo que seu término se deu em 1850, em razão dos grandes obstáculos financeiros e políticos encontrados na época. Como reflexo destas dificuldades, os novos estabelecimentos prisionais construídos não foram suficientemente eficazes na efetividade dos requisitos mínimos exigidos (AGUIRRE, 2009, p. 33 - 34).

No que tange a manutenção dos prisioneiros, a responsabilidade principal estava com o poder estatal. No entanto, dadas as carências econômicas, se fazia necessária a utilização de mão de obra prisional. Ademais, a alimentação era distribuída uma vez por dia pela Sociedade Filantrópica (SALLA, 1999, p. 48 - 53).

2.1.3 Período Republicano

Em 1889, com a Proclamação da República e os reflexos da abolição da escravatura, se mostrou imperiosa a elaboração de um novo Código Penal. Antes mesmo que o referido projeto fosse apresentado, o Governo editou o Decreto nº 774, extinguindo a pena de morte, das galés e a prisão perpétua, estabelecendo a pena máxima de trinta anos. Criou, ainda, o instituto da detração e estabeleceu a prescrição das penas (DOTTI, 2005, p. 193). O novo projeto apresentado pouco tempo depois, inseriu breves modificações e emendas.

O Código Penal de 1890 estabelecia como penas privativas de liberdade: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar. Contava ainda com o banimento, a interdição, a

suspensão e perda de emprego público e a multa. As multas consistiam no pagamento para o Tesouro Federal ou dos Estados do valor que representasse o que o condenado ganharia por dia com seus bens, essa prestação pecuniária se manteve fixada em dias (DOTTI, 2005, p. 194).

Nos estabelecimentos carcerários, os novos diretores relataram através dos documentos oficiais diversos problemas que encontraram ao assumir a função, alguns deles como a inexistência equipamentos e orientadores para oficinas de trabalho e prisioneiros que permaneciam fora das celas. As modificações realizadas na legislação não se estenderam na organização interna das prisões que resultava na divergência entre a lei e a execução das penas (SANT'ANNA, 2009, p. 264).

Com a promulgação da Constituição do Brasil de 1934, se validou a importância da garantia dos princípios fundamentais de segurança individual e coletiva, assim como proibia a aplicação de determinadas espécies de penas, tais como, a de morte - que estava ressalvada somente nas hipóteses dispostas na legislação militar em tempos de guerra; também restou vedada a pena de banimento, a prisão perpétua e o confisco (SANT'ANNA, 2009, p. 264).

Em 1937, com o Estado Novo, uma nova Constituição é outorgada. Em sua redação, a pena de morte teve sua aplicação estendida para as hipóteses de homicídio comum praticado por motivo fútil e com extremos de perversidade; suprimida também restou a garantia da personalidade da pena. Diante deste cenário, em 1940 foi publicado o novo Código Penal, com sua entrada em vigor em 1942. As penas elencadas eram a privativa de liberdade (reclusão e a detenção), bem como a pena de multa, todas como principais. Havia ainda as penas acessórias, dentre as quais, a perda de função pública, interdição dos direitos e publicação da sentença (DOTTI, 2005, p. 198 - 201).

No Código Penal de 1940, a aplicação da privação da liberdade física era aplicada na expressiva maioria dos delitos; as penas predominantemente importavam em reclusão, com limite máximo

de até trinta anos ou em detenção que se limitava até três anos, sendo raros os delitos que admitiam a pena de multa para substituir a perda da liberdade. Não existia a previsão da pena de morte (embora permanecesse no Código Penal Militar) e nas duas modalidades de privação de liberdade o trabalho estava previsto: na reclusão, poderia ocorrer tanto dentro do estabelecimento quanto em obras públicas fora dele e na detenção, poderia o condenado optar pelo trabalho de acordo com suas aptidões, desde que tivesse caráter educativo (DOTTI, 2005, p. 201).

Com a queda do Estado Novo, mudanças legislativas foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1946 devolveu os direitos e garantias individuais, na ordem da proteção da liberdade, exceto nos casos previstos em lei para prisão em flagrante ou devidamente determinada pela autoridade competente; proibida estava a pena de morte (permanecendo nos diplomas da lei militar); reestabelecida a individualização e personalidade da pena. As alterações visavam tutelar as liberdades da pessoa humana e limitar o poder punitivo do Estado. As mudanças ocorridas não se estenderam as penas privativas de liberdade, que permaneciam como a principal forma de punição para os delitos (DOTTI, 1998, p. 70 - 71).

Com a ditadura militar de 1964, mostrou-se inafastável a necessidade de substituir a Constituição de 1946, tudo de maneira a adequar a Carta Política ao regime de governo estabelecido. Entra em vigor, então, a Constituição de 1967. O termo democracia foi substituído por regime representativo. Com isso, o poder restou centralizado na União e na figura do Presidente (DOTTI, 1998, p. 253 - 255).

Em 1980, foi instituída uma comissão para elaborar um projeto de reforma da parte geral do Código Penal de 1940, sendo encaminhado ao Congresso em 1983 e originando a Lei 7.209/1984. O texto legal apresentava inovações como a extinção da divisão de penas em principais e acessórias, criando as penas restritivas de direito para os delitos de menor gravidade (DOTTI, 1998, p. 25 - 26).

A reforma da parte geral em 1984 buscava adaptar o Código Penal antigo a situação a contexto social vigente. No mesmo momento foi instituída a Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que trouxe explicitamente em seu conteúdo a ressocialização do apenado como objetivo central da execução da pena (ESTEFAM, 2012, p. 75).

Em 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, considerada como a mais democrática e avançada da história constitucional do país. Contemplado estava o princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito e a supremacia dos direitos humanos (SARLET, 2015, p. 256 – 257).

De acordo com a Lei de Execução Penal, é dever do Estado fornecer toda a assistência ao condenado, compreendendo a material, educacional, à saúde, jurídica, religiosa e social definida em lei (SILVA, 2001, p. 49).

3. O surgimento do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN

Em razão dos elevados custos, as Unidades da Federação não dispõem de recursos suficientes para promover integralmente a manutenção e também aprimoramento dos sistemas prisionais. Dessa forma, por meio da Lei Complementar nº 79 de 07 de janeiro de 1994, regulamentada pelo Decreto nº 1.093 de 20 de março de 1994, foi criado o fundo penitenciário nacional, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. (BRASIL, 2012)

A competência de gestão do Fundo foi atribuída ao Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN e os recursos são transferidos por meio de descentralização para as entidades federativas. As transferências possuem caráter voluntário e são realizadas por meio de convênios, contratos de repasse ou outros instrumentos similares que tenham por objetivo a realização de projetos de interesse comum.

Os valores arrecadados para o FUNPEN, classificados como transferências voluntárias, não possuem determinação constitucional ou legal para repasse, estando sujeitos ao contingenciamento de valores do qual dispõe o Governo Federal para obtenção do superávit primário³, limitando, assim, a efetiva execução das transferências. (BRASIL, 2012)

Precipualemente, as receitas que compõem o Fundo são regulares e se originam de dotações orçamentárias, doações de qualquer espécie de organismos, entidades, pessoas jurídicas e físicas nacionais ou estrangeiros, recursos provenientes de convênios, valores e bens perdidos em favor da União, multas decorrentes de sentenças penais condenatórias, fianças quebradas ou perdidas, custas processuais⁴, concurso de prognósticos⁵, rendimentos obtidos através da aplicação dos valores do Fundo e quaisquer outros recursos destinados por lei. (BRASIL, 1994)

O montante arrecadado dos recursos financeiros arrecadados não fica à disposição do FUNPEN. Todos os valores são remetidos à Conta Única do Tesouro Nacional, e conforme a Programação Financeira e são liberados em sistema de cotas. (BRASIL, 2012)

Quanto à destinação determinada pela lei, os valores arrecadados ao Fundo devem ser aplicados para construção, reforma, ampliação e aprimoramento dos estabelecimentos penais; para a manutenção dos serviços penitenciários; formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; aquisição de materiais de

³ Superávit primário é o resultado positivo de todas as receitas e despesas do governo, excetuando gastos com pagamento de juros. O déficit primário ocorre quando esse resultado é negativo. Ambos constituem o "resultado primário". O resultado primário é importante porque indica, segundo o Banco Central, a consistência entre as metas de política macroeconômicas e a sustentabilidade da dívida, ou seja, da capacidade do governo de honrar seus compromissos. A formação de superávit primário serve para garantir recursos para pagar os juros da dívida pública e reduzir o endividamento do governo no médio e longo prazos. In: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/superavit>

⁴ A espécie de recurso custas processuais, deixou de ser fonte de receita vinculada ao fundo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004. (BRASIL, 2012).

⁵ Da renda obtida através da fonte de concurso de prognósticos, que constituem três por cento do montante arrecadado para o fundo, vinte por foi retida pelas Emendas Constitucionais nº 10/1996, nº 17/1997, nº 27/2000, nº 42/2003 e nº 56/2007. (BRASIL, 2012).

caráter permanente, veículos e equipamentos; implantação de medidas pedagógicas relacionadas a profissionalização dos condenados; formação cultural e educacional dos condenados; financiamento de projetos relacionados à reinserção social; programas de assistência aos presos, vítimas e dependentes dos condenados; financiar a participação de representantes e em eventos científicos, bem como publicações e pesquisas científicas; financiar a manutenção de casas de abrigo a vítimas de violência doméstica e também custear o próprio funcionamento do Fundo. (BRASIL, 1994)

Os entes federativos devem manifestar o interesse em celebrar convênios para receber os recursos por meio de projetos, que devem ser confeccionados conforme as diretrizes estabelecidas na Portaria Interministerial nº 507/2011. Os entes que estiverem inadimplentes com o Governo Federal não poderão celebrar convênios. Obrigatoriamente, os valores remanescentes ou não utilizados até o final do exercício, devem ser devolvidos ao Tesouro Nacional. (BRASIL, 2012)

A ONG Contas Abertas divulgou em janeiro de 2017 um levantamento do saldo disponível no fundo indicando que, muito embora R\$ 1,1 bi tenham sido liberados pelo governo para construção de penitenciárias e ações de qualificação do sistema penal, resta ainda cerca de R\$ 2,4 bi disponíveis no FUNPEN. O relatório apontou, ainda, que em 2016 as disponibilidades chegaram a R\$ 3,8 bi, o que notadamente indica uma crescente arrecadação do fundo que no ano de 2000 atingia a margem de R\$ 175,2 milhões. (CONTAS ABERTAS, 2017)

4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) Nº 347

No ano de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, ajuizou no Supremo Tribunal Federal – STF, Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental⁶ com pedido de medida cautelar. A referida ADPF teve como base a representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro – UERJ, e objetivava o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, requerendo, ainda, que fossem determinadas providências para promover o cumprimento dos preceitos fundamentais previstos na Constituição.

A petição arguida retratava de forma detalhada a situação miserável em que se encontravam os estabelecimentos prisionais, compreendendo a superlotação e todas as condições desumanas a que estavam submetidos os presos. A ausência de prestação adequada dos itens básicos de sobrevivência, como por exemplo, água potável, higiene pessoal e do espaço prisional, alimentação mínima adequada, prevenção e tratamento de doenças. A devastadora violência promovida pelos detentos e até mesmo pelos agentes penitenciários, o domínio das facções criminosas. Além disso, a ausência de assistência judiciária adequada, resultando em incontáveis casos de presos que já tiveram a sua pena cumprida e ainda permanecem encarcerados, bem como, a falta de acesso à educação e ao trabalho.

O último levantamento disponibilizado pelo DEPEN através do relatório INFOPEN informa que a população carcerária do Brasil em junho de 2016, pela primeira vez na história, ultrapassava o número de 726 mil presos. Aproximadamente 352,6 pessoas presas a cada 100 mil habitantes. (BRASIL, 2016)

Este quadro dramático de superlotação do sistema penitenciário brasileiro pode ser considerado um dos fatores que impossibilitam a efetivação de políticas adequadas. O déficit é superior a 358 mil vagas,

⁶ Trata-se de uma das espécies de controle concentrado de constitucionalidade, prevista no artigo 102, § 1º da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 9.882/1999. Cabível diante de três hipóteses: evitar lesão de preceito fundamental, resultante de ato do poder público; reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público e ainda quando for relevante o fundamento de da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Deve ser proposta em face de atos já concretizados, não havendo cabimento preventivo e vedado seu cabimento quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal seu processamento e julgamento, devendo ser arguido pelos legitimados elencados no artigo 103, I a IX, da Constituição Federal. (MORAES, 2017)

e para atender a demanda carcerária seria necessário um aumento de 50% no número de vagas já existentes, aproximadamente 318 mil vagas, o que relativamente se aproxima ao número de pessoas encarceradas na condição de pena provisória. (BRASIL, 2016)

Conforme dados fornecidos em junho de 2016, 40% da população carcerária é formada por pessoas que ainda não foram julgadas e condenadas, ou seja, sem sentença condenatória. (BRASIL, 2016) Embora esse seja um dado que possui constante mutação, observa-se que o mesmo relatório em 2014 indicava o mesmo percentual de pessoas privadas de liberdade que não haviam sido condenadas. (BRASIL, 2014)

A petição inicial apontou ainda que a situação calamitosa de violação dos direitos básicos chegou ao ponto de motivar intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷ a determinar ao Estado o cumprimento de medidas provisórias direcionadas a erradicar as situações de risco e garantir providências para proteção da vida, e da integridade física, psicológica e moral dos encarcerados e diversos estabelecimentos penitenciários do país. (ADPF n° 347, 2015)

Afirma, ainda, que o encarceramento em massa não promove a segurança da sociedade, mas sim, desencadeia ainda mais a violência.

⁷ Diante das reiteradas violações de direitos humanos protagonizadas pelo sistema prisional do Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu Resolução de 13 de fevereiro de 2017 onde exigiu do país a resposta a cinquenta e duas questões relativas ao sistema penitenciário e socioeducativo, todas no sentido de que sejam apontadas soluções para a superlotação e violências que marcam as prisões brasileiras. O documento se funda em casos já denunciados na Corte, quais sejam, Complexo Penitenciário de Curado, Complexo Penitenciário de Pedrinhas, Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e Unidade de Internação Socioeducativa. Como parte integrante da referida Resolução, foi designada audiência junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos para que o Brasil prestasse explicações acerca do tema. A referida audiência foi realizada na data de 19 de maio de 2017, na Costa Rica, oportunidade em que o diretor de Políticas Penitenciárias do DEPEN, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, Jeferson de Almeida, prestou esclarecimentos. Em suma, aduziu o Diretor que desde 2011 o governo federal vem investindo R\$ 2,5 bilhões na criação de vagas prisionais. Destacou, ainda, a destinação de cifras milionárias para a compra de tornozeleiras, equipamentos e modernizações dos estabelecimentos prisionais. Por seu turno, o representante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, James Cavallaro, sustentou a necessidade da manutenção das medidas provisórias, bem como a visita de membros da Corte ao Brasil, entendendo que o país não forneceu dados precisos, nem tão pouco solucionou os problemas expostos. (AGENCIA BRASIL, 2017 e JUSTIÇA GLOBAL, 2017)

A falta de vagas condiciona o encarcerado ao convívio com outros de grau elevado de periculosidade e ao domínio das facções, afetando diretamente a perspectiva de ressocialização e aumentando os níveis de reincidência criminosa. (ADPF nº 347, 2015)

Ressalta, também, que o cenário em que se encontra o sistema carcerário é notoriamente incompatível com inúmeros preceitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação ao tratamento desumano ou degradante e tortura, a proibição de penas cruéis, o direito de ter cumprida a pena em local adequado ao delito cometido, o direito a integridade física e moral, a prestação de assistência de direitos fundamentais como a saúde, educação, acesso à justiça, trabalho, saneamento básico e alimentação adequada e a presunção da inocência. As violações também divergem dos tratados internacionais sobre os direitos humanos reconhecidos pelo país. (ADPF nº 347, 2015)

Além disso, denuncia que apesar de todo descontrole encontrado no sistema penitenciário brasileiro, a União repetidamente contingencia os valores do Fundo Penitenciário Nacional visando atingir o superávit primário orçamentário, onde a maior parte dos recursos não se encontra efetivamente disponível para a finalidade destinada na criação do fundo, o que ocasiona a drástica redução de valores para repasse aos estados, o que evidentemente contribui com a dificuldade de implantação de medidas indispensáveis para promover uma melhor condição nos estabelecimentos carcerários do país. Bem como a rigidez burocrática para o repasse de recursos aos entes federativos. (ADPF nº 347, 2015)

Em análise aos fatos narrados, o Senhor Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF nº 347, concluiu que restava incontestável a violação massificada dos direitos fundamentais dos presos. A execução das penas privativas de liberdade nas prisões assume caráter cruel e desumano, infringindo a legislação constitucional, infraconstitucional e tratados internacionais, não cumprindo com o objetivo de ressocialização e estimulando o aumento da violência.

Reafirmou que a responsabilidade por este cenário não podia ser atribuída a um único e específico poder, mas sim a todos, Legislativo, Judiciário e Executivo, e de todos os entes União, Estados e Distrito Federal, que a medida mais adequada do STF diante das violações seria de estimular a iniciativa dos demais poderes coordenando e monitorando as ações, não podendo o STF substituir o papel desses órgãos na execução de suas atribuições.

Assim, majoritariamente, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente a medida cautelar para que os juízes e tribunais passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias; a imediata liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e a vedação de novos contingenciamentos, determinando, ainda, que a União e os Estados encaminhassem relatórios que forneçam informações sobre a situação do sistema penitenciário.

Nesse mesmo sentido, a Medida Provisória nº 781 de 2017, convertida na Lei Complementar nº 13.500/2017 que altera a redação da Lei Complementar nº 79/1994 (Lei que cria o FUPEN), vedou o contingenciamento de valores do fundo, definindo critérios de transferência de valores bem como os percentuais para 2017, 2018 e 2019 (BRASIL, 2017). No entanto, a referida lei permite o uso de parte da verba para financiamento de atividades e políticas de inteligência policial para redução da criminalidade, finalidade essa que já foi questionada no Supremo Tribunal Federal pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, do Ministério Público Federal, e pelo PSOL, tudo por ferir o princípio de criação do fundo, qual seja, a melhoria nos estabelecimentos de cumprimento de pena e ressocialização dos indivíduos (CONJUR, 2017).

Ainda, em controvérsia ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e ao texto da Medida Provisória, a Desvinculação de Receitas da União (DRU)⁸ foi prorrogada até 2023 através da

⁸ Mecanismo que permite ao governo federal usar livremente 20% de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas.

Emenda Constitucional 93/2016 e ainda aumentou de 20% para 30% o percentual livre disponível para o Governo Federal, sob pretexto de conceder uma maior flexibilidade do orçamento. Impactando diretamente o FUNPEN, em razão das receitas que compõem o fundo, como os recursos de loterias e concursos de prognósticos, sobre os quais devem incidir as contribuições sociais, reduzindo assim o montante disponível através da desvinculação dessas fontes de arrecadação. (MIGALHAS, 2017)

4.1. Do princípio da humanidade da pena

Desde a clássica obra de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, é pauta do sistema punitivo a necessidade da observância do princípio da humanidade da pena, tudo de modo a evitar a crueldade que marcou as execuções penais da Idade Média.

No ponto, destaca-se o conteúdo da Declaração dos Direitos do Homem, cujo art. 5º dispõe que *“ninguém será submetido a tortura nem a punição ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”*. No âmbito do direito interno, o Texto Constitucional de 1988, consagrou a humanidade da pena também em seu art.5º, incisos XLIX e L, enfatizando a adoção do mencionado princípio no inciso XLVII do mesmo artigo.

A humanidade da pena guarda estreita correspondência com o princípio da dignidade humana.

Para Casado Filho (2012) a noção de liberdade, igualdade, justiça e tratamento digno às pessoas comumente se manifestava nas diversas sociedades formadas ao longo dos anos em diferentes estágios de evolução, embora nem sempre estivessem consolidados pela legislação. Conforme Ramos (2014) são consideradas essenciais e indispensáveis para a sobrevivência dos seres humanos.

Em que pese se referir à previsão de direitos fundamentais em nossas constituições, mesmo que os mais básicos, a presença dos direitos e garantias individuais nos acompanha desde a nossa primeira Constituição (RAMOS, 2014).

Nosso texto constitucional demonstra claramente a intenção do legislador em afirmar a característica dos princípios constitucionais de base normativa e informadora de toda ordem constitucional. Evidenciando o reconhecimento constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental para o Estado democrático de direito.

É extraído do próprio texto constitucional o entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este inerente a todos os seres humanos sem distinção de qualquer ordem ou característica. Sendo assim, que todo e qualquer ser humano está assegurado o princípio da dignidade da pessoa humana, que foi cuidadosamente previsto no texto constitucional (SARLET, 2006).

Importa salientar, que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a receber previsão legislativa nas constituições somente após a Segunda Guerra Mundial e sua consagração na Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948, ou seja, sua positivação é fato relativamente recente no plano mundial e não somente no Brasil (SARLET, 2006).

Importante frisar, que no Brasil a ratificação dos tratados internacionais, em razão do cenário ditatorial ao tempo da elaboração dos mesmos, só se deu após 1989. Ademais, há que se referir que a proteção da dignidade humana não se encontra prevista somente na Constituição, embora seja ela possuidora de nível hierárquico superior, e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (PIOVESAN, 2012).

A Lei de Execução de Penal de 1984 e o Código Penal Brasileiro de 1940, também possuem garantias e direitos fundamentais que são inerentes a pessoa humana, principalmente no que concerne o princípio da dignidade da pessoa humana.

Subtraído da dignidade da pessoa humana, o princípio da humanidade veda a imposição, aplicação e execução das penas cruéis e degradantes (SANTOS, 2012).

É dever do Estado de reconhecer o ser humano preso, antes de qualquer outro ente, como indivíduo possuidor de dignidade,

qualidade que está intrínseca a essência de cada pessoa, agindo de tal forma a prevenir e abolir qualquer tratamento que resulte em violação das suas garantias.

Assumindo assim o Estado, papel de garantidor da prestação de todos os direitos e necessidades do condenado, responsável por coibir qualquer ação que possa ferir os direitos assegurados a dignidade da pessoa humana, sua integridade física e mental e demais garantias.

O encarcerado, privado de sua liberdade considerada bem jurídico de fundamental relevância para o ser humano, não pode ser exposto a supressão de seus demais direitos garantidos por lei, principalmente no que se refere a sua dignidade, como ser humano dotado desse direito de forma intrínseca e inquestionável, de forma que o requisito para tal se baseia na existência como ser humano e não se condiciona a qualquer outro fator, restando a impossibilidade de renúncia e alienação deste direito (SARLET, 2006).

Corroborar-se a isso o disposto no art.10.1 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, o qual estabelece que *“toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”*.

O que se está a afirmar, é que a humanidade da pena deve constituir a política carcerária do País, desde a edição de leis até o efetivo cumprimento da reprimenda penal⁹. Daí a inafastável violação de tal princípio quando do ilegítimo contingenciamento de valores do FUNPEN em detrimento do financiamento das atividades e programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional, finalidade precípua do Fundo.

Não nos olvidemos, que toda a pessoa, ainda que privada de sua liberdade, mantém hígida sua condição e titular de direitos e

⁹ Nessa perspectiva, é de se observar que a ideia reitora dos tratamentos inumanos e degradantes se projeta, pois, sobre toda a atividade possível do Estado. Não limita seu raio, como, em princípio, poderia parecer ao Direito Penal e Processual Penal. Pode-se dizer que se estende a todos e a cada um dos atos do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário que têm tendência a produzir sofrimento físico ou moral ou que podem contribuir para degradação ético-social da pessoa (PRADO, 2014, p.120).

garantias fundamentais. Dito de outro modo, o que se está a afirmar é que o preso não perde sua condição de humano¹⁰, sendo imprescindível a guarda e respeito de sua dignidade.

Conclusão

Analisando o contexto histórico no qual foram criadas as penitenciárias no Brasil, verificamos que desde o início as condições insalubres e precárias estiveram presentes. Sendo assim, impossível que o ser humano sujeito a tantas violações diárias, possa ser suficientemente recuperado para retornar à sociedade, situação que se agrava diante de políticas públicas que emperram na absoluta falta de empatia que o tema sistema prisional tem frente a sociedade.

Embora os valores para custear as penitenciárias estivessem contemplados no orçamento do Estado, as unidades da Federação sempre encontram significativa dificuldade para financiar de forma integral a manutenção e aprimoramento do sistema, razão pela qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional, com o objetivo de proporcionar recursos para os supracitados fins.

Por sua vez, a efetividade de destinação dos valores depositados no FUNPEN não vem sendo alcançada. Em razão de seus valores serem classificados como transferências voluntárias, ou seja, não possuindo determinação constitucional ou legal para repasse, os mesmos estão sendo constantemente contingenciados para que o Governo Federal alcance o superávit primário do orçamento anual. Por certo, tal contingenciamento está ocasionando o congelamento das verbas do Fundo, diminuindo de forma significativa os valores disponíveis para repasse aos entes federativos. Com isso, agravada está a situação aviltante suportada pelos apenados, eis que completamente privados de qualquer humanização no tocante ao cumprimento da pena.

¹⁰ [...] a república pode ter homens submetidos à pena, “pagando suas culpas”, mas não pode ter “cidadãos de segunda”, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida. (ZAFFARONI, 2013, p.165)

Diante disso, acredita-se que o não contingenciamento dos valores do Fundo Penitenciário Nacional pode ser considerado como alternativa eficiente para que seja garantido o princípio da dignidade da pessoa humana dentro dos sistemas penitenciários brasileiros.

Referências

- AGÊNCIA BRASIL. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/brasil-e-ouvido-em-audiencia-em-corte-da-oea-sobre-sistema>>. Acesso em: 20 de julho de 2018.
- AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade da América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes; BRETAS, Marcos Luis; COSTA, Marcos Paulo Pedrosa; SÁ NETO, Flávio de. (Orgs). **História das prisões no Brasil**. Volume I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p.28-64.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Tradução: Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral** 1. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOSCHI, Jose Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 79**. De 07 de janeiro de 1994. Cria o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm>. Acesso em: 14 de maio.2017.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 13.500**. De 26 de outubro de 2017. Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13500.htm>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília. 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 14 maio 2017.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONJUR. **Governo sanciona lei que permite usar Funpen em inteligência policial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-27/governo-permite-uso-funpen-inteligencia-policia/>>. Publicado em: 27 out. 2017. Acesso em: 7 jun. 2018.

CONTAS ABERTAS. **Caos nos presídios e R\$ 2,4 bilhões disponíveis no FUNPEN**. Disponível em: <<http://www.agenciacontasabertas.com.br/noticia/caos-nos-presidios-e-r-24-bilhoes-disponiveis-no-funpen/>>. Publicada em: 04/01/2017. Acesso em: 07 jun. 2018.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2ª.ed.Rio de Janeiro:Forense,2005.

ESTADÃO. **Repasse de Fundo Penitenciário Nacional para Estados cai pela metade em 2018**. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,repasse-de-fundo-penitenciario-nacional-para-estados-cai-pela-metade-em-2018,70002128968>>. Publicado em: 22 dez. 2017. Acesso em: 07 jun. 2018.

ESTEFAM. André. **Direito penal: Parte geral**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

JUSTIÇA GLOBAL. 2017. Disponível em: < <http://www.global.org.br/blog/oea-cobra-brasil-por-problemas-estruturais-no-sistema-prisional-esocioeducativo-em-decisao-inedita/>>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

MIGALHAS. **O Fundo Penitenciário Nacional (FunPen) e o financiamento do sistema prisional**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI266838,81042-O+Fundo+Penitenciario+Nacional+FunPen+e+o+financiamento+do+sistema>>. Publicada em: 10 out. 2017. Acesso em: 07 jun. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Fundo Penitenciário**. Sem data. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/fundo-penitenciario-1>> Acesso em: 14 maio 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 14 maio 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**. 2016. Disponível em: <http://www.depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Departamento Penitenciário Nacional: Manual de convênios e outros instrumentos de repasse**. Brasília. 2016. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/convenios-1/manual-de-convenios-e-instrumentos-congeneres-depen-2016.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Fundo Penitenciário Nacional: Funpen em números**. 6.ed., Brasília. 2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/fundo-penitenciario-1/anexos-fundo-penitenciario/2012funpennumeros.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALLA, Fernando. **As Prisões em São Paulo 1822-1940**. São Paulo: Annablume, 1999.

SANT'ANNA, Marilene Antunes. Trabalho e conflitos na casa de Correção do Rio de Janeiro. In: MAIA, Clarissa Nunes; BRETAS, Marcos Luís; COSTA, Marcos Paulo Pedrosa; SÁ NETO, Flávio de. (Orgs). **História das prisões no Brasil**. Volume I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p.243-270.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SENADO NOTÍCIAS. **Entenda o assunto: DRU**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>>. Acesso em: 7 jun.2018.

SILVA, Davi André Costa. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

SILVA. Haroldo Caetano da. **Manual de execução penal**. Campinas: Bookseller. 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 maio 2017

_____. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Brasília. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 maio 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de direito penal brasileiro. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.