ANO 24 - Nº 289 - DEZEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

Audiências de Custódia – *Um ano desde a Resolução CNJ 213*

Em 15 de dezembro de 2016 a Resolução CNJ 213 completará um ano.

Com seus dispositivos e protocolos de atuação, o Brasil, enfim, venceu a inércia de 23 anos, desde a ratificação do Pacto de São José, que tornou a Convenção Americana de Direitos Humanos direito positivo em território brasileiro.

A disciplina das audiências de custódia, ainda que por via heterodoxa, traz de simbólico o reconhecimento dos descaminhos pelos quais a prisão preventiva enveredou.

Nem todos, porém, ainda se sensibilizaram para o fato de que um ser humano é alvo das decisões que campeiam o sistema de justiça criminal e de que essa pessoa conta uma história de vida, integra um determinado contexto familiar e interage socialmente. Nem todos ainda se aperceberam de que a ideia de prender sem ver e se importar com aquele que se submete à prisão, sem ouvir e sem ter contato algum com essa pessoa, nem esboçar o menor interesse e preocupação em saber se a prisão em si mesma foi executada com moderação, se houve excessos e ofensa à integridade da pessoa detida, transpira um comportamento absolutamente contrário ao regime de estrita legalidade a que se submete esse instituto.

Dados do último censo penitenciário divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (de dezembro de 2014) registram que o Brasil apresenta a **quarta maior população prisional do planeta**. Desde o final dos anos noventa até os dias atuais, o Brasil **saltou da casa dos quase 100.000 para pouco mais de 622.000 presos**. E o mais impressionante: **40% desse contingente é de presos provisórios**.

Ocorre que aproximadamente 250.000 é o déficit de vagas do sistema prisional brasileiro, **cuja taxa de ocupação, hoje, tem no expressivo índice de 1,9 presos por vaga, a dimensão do colapso humanitário que experimentamos**, até porque, nesse mesmo intervalo de tempo, **o número de presos em nosso país não cresceu na mesma proporção da disponibilização de novas vagas no sistema prisional**.

Resultado disso é que os já hostis e barbarizados espaços de confinamento sofisticaram-se em crueldade, tortura e maus tratos dispensados a todos aqueles ali inseridos. Pior do que isso: não logramos no Brasil, com a cultura do "prender cada vez mais, construir mais presídios e aumentar o contingente de presos", alcançar uma sociedade mais pacificada.

O cárcere, tal como ele é praticado entre nós, só serve para uma coisa: reforçar os mecanismos de reprodução de um ciclo pernicioso de violência que, como padrão estrutural, só acentua a vulnerabilidade das pessoas e os índices de criminalidade.

Essa é a razão pela qual as audiências de custódia, ainda que não exclusivamente, representam um dos investimentos mais significativos que a justiça brasileira, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça, ousou bancar nos últimos tempos. Ao oferecer um novo procedimento para racionalizar a "porta de entrada" dos espaços de confinamento em todo o país, a iniciativa que partiu desde o CNJ, a bem da verdade, buscou depurar o filtro dos requisitos que se manejam para validar a decretação de uma prisão, reconectando a justiça com a sua dimensão mais humanista. Prisão em flagrante e qualquer outra modalidade de prisão, em **não sendo ratificada através de audiência de custódia**, não tem validade![1]

Realmente, se temos uma Convenção Americana de Direitos Humanos que, uma vez lida em conformidade com a nossa Constituição Federal, desenha-nos uma série de compromissos, e não zelamos, como intérpretes e cumpridores desse arcabouço normativo, pela aplicação material dessas prescrições, é porque somos seletivos na escolha do que devemos ou não devemos respeitar, atuar e aplicar o direito. Reconhecer e admitir esse dilema, publicamente, já é um bom começo. Mais que isso: é uma etapa necessária para permitir a (re)discussão, com alguma maturidade e seriedade, de propostas que possam levar à redução dos danos que a utilização do "instrumento prisão" provoca.

Atualmente, faz-se necessário investir na **fase de expansão ou interiorização** das audiências de custódia. Uma fase ainda mais complicada que a fase de "desmistificação inicial". Porém, os modelos de referência em cada um dos estados onde as audiências de custódia já funcionam servem para aplacar dúvidas e lidar com os aspectos ainda desconhecidos dessa prática.

Ainda, faz-se necessária a promoção de vários ajustes, a fim de que o instituto da audiência de custódia não venha a ser descaracterizado, como rotineiramente ocorre com institutos despenalizadores que, sob a ação da cultura punitivista das instituições forenses, acabam relegados a formalidades inócuas. Em alguns locais onde as audiências de custódia foram instaladas, percebeu-se que o padrão das decisões pouco mudou, demonstrando que o contato imediato com o cidadão preso nem sempre é o que basta para vencer a insensibilidade do representante do Poder Judiciário e a utilização da prisão processual como panaceia universal.[2]

Por outro lado, a apuração judicial de agressão e violência policial ainda deixa muito a desejar, apesar de esse ser um dos objetivos principais das audiências de custódia. Dados colhidos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)[3] na capital paulista demonstram que os juízes questionaram o preso sobre violência policial apenas em 42% dos casos. O Ministério Público, por seu turno, perguntou sobre a ocorrência de violência apenas em 8% dos casos, o que causa perplexidade, na medida em que essa é justamente a instituição constitucionalmente

| Editorial

Lei de Responsabilidade Política
Sérgio Salomão Shecaira, Alberto Silva Franco e Rafael de Souza Lira ____ 2

Não se nasce mulher, mas se morre por ser mulher
Soraia da Rosa Mendes e Priscila Akemi Beltrame ____ 4

Projeto de Lei da Câmara 7/16 – a inconstitucionalidade da decretação de medidas protetivas pelo delegado de polícia (proposto art. 12-B da Lei Maria da Penha)
Matheus Silveira Pupo ____ 5

Liberdade existencial e liberdade comunicativa como fundamento da culpabilidade: as propostas de Figueiredo Dias e Klaus Günther na superação da aporia finalista da liberdade da vontade
Bruno Tadeu Buonicore ____ 7

A relevância da omissão de funcionário público perante atos de tortura no ordenamento jurídico brasileiro
Evelyn Gomes de Lima ____ 9

A interceptação previamente degravada verificada *a posteriori*
Philipe Benoni Melo e Silva ____ 11

A aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial
Frediano José Momesso Teodoro ____ 14

A experiência da privação ampliada vivida pelas mulheres de origem marroquina na Bélgica
Júlia Palmeira Macedo ____ 15

COM A PALAVRA, A ESTUDANTE

O exame criminológico e a seletividade do Sistema de Justiça Criminal
Nathalia De Biase Mulatinho ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ____ 1981

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1983
Superior Tribunal de Justiça ____ 1984
Tribunais Regionais Federais ____ 1985
Tribunais de Justiça ____ 1986

responsável pelo controle externo da atividade policial. Há, ainda, portanto, a cultura que normaliza a prática da brutalidade policial, internalizada pelo próprio Poder Judiciário e pelo Ministério Público.

Teremos que caminhar muito para vermos todo o Brasil, efetivamente, em toda a sua extensão territorial, realizando audiências de custódia. Teremos de caminhar mais ainda para que as audiências de custódia, gradualmente implementadas, com mais de duas décadas de atraso, pelo esforço de instituições jurídicas e movimentos sociais, não sejam desconfiguradas e engolfadas pelas vetustas práticas antidemocráticas que permeiam nossa justiça criminal. Mas um fato é incontestável: avançamos sobre um modelo de atuação que já não mais admite qualquer possibilidade de retrocesso. Um procedimento que, por sua essência, valoriza e prestigia o respeito à alteridade e a humanização do jurisdicionado, caminhando no sentido de atenuação do monstruoso processo de encarceramento em massa da pobreza e, quem sabe, contribuindo para que, um dia, o Brasil saia do "pódio da vergonha", deixando de ser um dos países que mais encarceram no mundo.

Notas:

(1) O que a Resolução CNJ 213 fez foi reforçar, em verdade, o que o Supremo Tribunal Federal já havia desnudado na ADPF 347 e está na raiz do que se assenta como "estado de coisas inconstitucional". É dizer, o culto a um "modelo" asséptico de legalidade tão superficial em que os atores do sistema de justiça foram forjados a atuar, e estão acostumados a lidar, serve de (con)causa e explica a razão pela qual o Brasil, nos dias de hoje, coloca-se entre as nações com um dos maiores contingentes prisionais do planeta.

(2) Dados preliminares compilados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a título de exemplo, demonstram que, no período de setembro a outubro de 2016, na comarca de Jundiaí, os juízes responsáveis pela audiência de custódia converteram a prisão em flagrante em preventiva em 70% dos casos, o que, obviamente, demonstra que, mesmo com a implementação do instituto, diversos juízes permanecem firmes na opção por violar a Constituição Federal e o mandamento de excepcionalidade das prisões processuais. Por outro lado, nas comarcas de Osasco e da Capital, o índice de soltura, que orbitava em torno de 20%, subiu para cerca de 50% com a implementação das audiências de apresentação. O índice demonstra que a prisão processual ainda não é entendida como excepcional pelos juízes, mas o aumento do índice de solturas afigura-se como de extrema relevância na caminhada para a superação do encarceramento em massa (dados obtidos por meio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com base na Lei de Acesso à Informação).

(3) Instituto de Defesa do Direito de Defesa. *Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo*. São Paulo, 2015, p. 67.

Lei de Responsabilidade Política

Sérgio Salomão Shecaira, Alberto Silva Franco e Rafael de Souza Lira

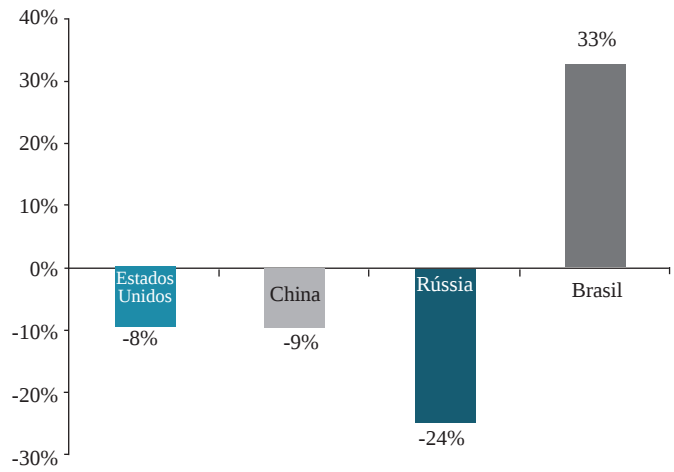
Lá se vão alguns anos desde que o Brasil aprovou a Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Tal lei impôs à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios um controle dos gastos condicionado à capacidade de arrecadação de tributos desses entes federativos. A aprovação da Lei, não sem muitos debates e polêmicas, atribuiu uma nova cultura orçamentária e política para aqueles entes públicos. A lei previu, pois, um mecanismo de maior controle nas contas públicas: passou a haver maior rigor para que o governo não contraísse empréstimos ou dívidas. Em outras palavras, um mecanismo de fiscalização e transparência.

Pois bem. Recentemente tivemos um retorno da discussão, ainda que sob outra roupagem, com a tramitação da PEC 241 (55 no Senado). O Governo Federal, que a defende, propõe que, a partir de 2017, as despesas primárias da União fiquem limitadas ao que foi gasto no ano anterior, corrigido pela inflação. Ou seja, em 2017, a despesa em termos reais (isto é, descontada a inflação ocorrida em 2016) ficará igual à realizada em 2016. Por sua vez, em 2018, o limite anual será o teto de 2017 acrescido da inflação, em 2017. E assim por diante, enquanto a PEC estiver em vigor (por 20 anos). Novamente o objetivo é o de exercer um controle mais efetivo da despesa pública.

Um fato novo no plano orçamentário é inescondível. A crise de 2008 atingiu os países de formas distintas e determinou um repensar mundial no enfrentamento das despesas estatais. Se o cobertor era curto em 2008, imagine agora em que temos desemprego, desajustes das contas públicas, *deficit* fiscal e outros problemas não enfrentados no período de bonança.

Se é verdade que saúde e educação são consideradas pelos políticos as prioridades consagradas nas últimas eleições, onde e como reduzir gastos de outras áreas?

Na área político-criminal, alguns países que são notórios encarceradores e que têm a mesma dimensão do problema como o Brasil adotaram políticas restritivas na esfera do encarceramento. Encontraram na política repressiva uma maneira – não por humanismo – de reduzir custos. Veja-se, a propósito, o quadro a seguir. Ele é indicativo das políticas públicas adotadas pelos países, após a crise de 2008, no que tange às taxas de encarceramento, fazendo clara economia orçamentária:

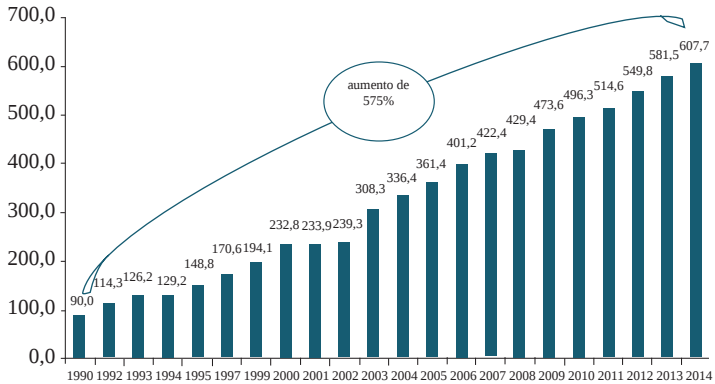


*Comparação entre 2008 e 2013 (último dado disponível)

Vê-se, claramente, que os Estados Unidos, o país mais encarcerador do mundo, criou políticas públicas para reduzir a resposta prisional. E o fez de diferentes formas. Estados modificaram a concessão da liberdade, seja antecipando o Livramento Condicional de condenados, seja convertendo suas penas privativas de liberdade em prestação de serviços à comunidade. Algumas figuras típicas tiveram diminuição de pena carcerária.(1) Um amplo debate sobre a descriminalização das drogas tem sido levado a cabo, especialmente quando falamos da maconha e seus derivados. Somente nas últimas eleições, nove Estados americanos, após plebiscito, mudaram suas políticas em relação à *cannabis*. A China, segunda nação com mais condenados, diminuiu seu número de encarcerados em 9%. A Rússia foi ainda mais radical. Mesmo tendo chegado a mais de 1 milhão de encarcerados (1.009.863, em 1998) teve contínuos cortes em sua população carcerária, diminuindo em mais de 300.000 seu número de presos. E o Brasil? Nosso país ignorou a crise mundial e após 2008 aumentou em 33% o número de condenados, assumindo a liderança mundial daquelas nações que mais incrementam a utilização de suas unidades prisionais.

ANO 24 - Nº 289 - DEZEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

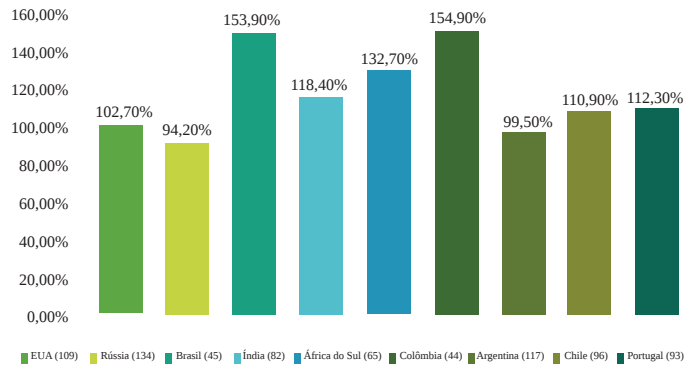
Figura 4. Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)



Fonte: Ministério da Justiça - a partir de 2005, dados do Infopen/MJ

Entre 1990 e 2014 tivemos um incremento de 575% no número de presos no Brasil. A evidente consequência disso é o crescimento do *deficit* de vagas no sistema prisional. Novamente um quadro estatístico é elucidativo:

Porcentagem de ocupação das vagas disponíveis no Sistema Carcerário



Fonte: DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) e ICPR (Institute for Criminal Police Research)

Trocando em miúdos: o Brasil tem contínuo crescimento de encarcerados e o Estado não tem a capacidade de construir prisões para abrigar todos os presos provisórios ou definitivos, de modo a cumprir um de seus fundamentos mais importantes: a dignidade da pessoa humana. O *deficit* aumenta agravando as condições carcerárias e o problema de direitos humanos se avulta, fato que, além de fortalecer o motivo de existir das facções criminosas, cria um aumento da violência intramuros que dá azo a uma perda de controle do Estado e, consequentemente, implica aumento da violência extramuros.

Sem prejuízo, a imprensa sensacionalista se encarrega de inflar os ânimos da sociedade, sob o argumento da impunidade. A despeito de o Brasil estar no *top 5* mundial de encarceramento, nasce desconforto na opinião pública induzida, a qual passa a demandar mais segurança e ainda mais encarceramento, o que tem significado mudanças no Código Penal ou em leis extravagantes, no que tocam às molduras penais, ao enrijecimento de regras de cumprimento de pena ou às condições de progressão de regime prisional.

Por sua vez, o Poder Judiciário, quando decreta prisões no lugar de arbitrar medidas cautelares alternativas, perfeitamente cabíveis, com igual ou maior grau de efetividade, agrava a condição dos presos, ignorando a preservação da dignidade dos internos no sistema, máxime os provisórios.

Diante do círculo vicioso estabelecido, a pergunta que se impõe é: o que fazer?

Este artigo propõe uma ***Lei de Responsabilidade Política*** aos poderes Legislativo e Judiciário, no que tange à aplicação de medidas cautelares no processo de conhecimento e ao controle do processo de execução da pena.

O Poder Legislativo, se encampada a ideia de sua responsabilidade política em relação ao atual sistema penitenciário brasileiro, não poderá aprovar lei federal – a não ser em situações concretas de extrema gravidade e por votação de 3/5 (três quintos) de seus membros – que redunde em alargamento do sistema punitivo, máxime quando o preceito sancionatório do tipo criminal elaborado significar a aplicação de pena mínima que enseje regime prisional semiaberto ou fechado. O sistema penitenciário brasileiro encontra-se de tal modo saturado que não comporta a absorção de nenhum novo preso, seja definitivo ou provisório. Destarte, criar novos tipos proibitivos, aumentar penas ou fazer incidir regimes mais gravosos de pena privativa de liberdade constituirão, sem dúvida, o exercício incompetente e irregular do mandato eletivo, com consequente responsabilidade política dos integrantes do Poder Legislativo. O acréscimo de sanções punitivas só encontra justificação quando se mostra necessário e possa permitir o controle estatal do sistema penitenciário. Se existe o princípio constitucional da eficiência (art. 74, II, da Constituição Federal), a gestão orçamentária, financeira e patrimonial está a demandar uma avaliação do alcance das medidas de natureza penal. Podemos, por acaso, alocar verba pública para um cárcere notoriamente ineficiente? De outra parte, para garantia dos Direitos Humanos e em face do *deficit* de vagas, quaisquer novos crimes e novas penas estarão condicionados à eficaz gestão do Poder Executivo que necessita imperiosamente zerar o *deficit* de vagas. A Lei de Responsabilidade Política, sob o enfoque penal e penitenciário, não poderá admitir um único novo encarcerado, em razão de expansão do sistema penal, enquanto as vagas não forem adequadamente disponibilizadas no sistema prisional. E, aqui, uma indagação passa a assolar as consciências dos investigadores da área: o que fazer com o atual *deficit*?

Nesse momento começa, sem dúvida, a responsabilidade política dos membros do Poder Judiciário, responsabilidade que não emana apenas de sua competência como juiz no processo de conhecimento, mas também como juiz no processo de execução penal.

Não é necessário grande esforço de análise numérica para revelar o desinteresse ou o quase enfado com que os juízes de conhecimento encararam as nove medidas cautelares diversas da prisão, incluídas no art. 319, do Código de Processo Penal, por força da Lei 12.403/2011. Do número total de presos brasileiros, 38,30% são provisórios, de acordo com a tabela do DEPEN. Isso significa que estão no aguardo de sentença criminal cerca de 232.760 (duzentos e trinta e dois mil, setecentos e sessenta) presos, o que permite afirmar que a quantidade desses presos ultrapassa o *deficit* de vagas de todo o sistema penitenciário. Se menor fosse o número de presos provisórios, por certo, seria possível cumprir a meta de zerar a falta de vagas.

Panorama detalhado do Sistema Carcerário Brasileiro

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299.7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014; DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional)

Na execução da pena, o Poder Judiciário contribui, com altíssima quota, para a mantença do atual sistema carcerário. Enquanto Poder, não estará, à evidência, desobrigado de cumprir alguns dos mais relevantes preceitos sobre a execução de pena como os dos arts. 1.º, III, e 5.º, III, XLVII, ***e***, XLIX, da Constituição Federal. Além do arcabouço

constitucional, têm ainda os magistrados um rol de dispositivos legais cuja execução lhes é afeta também. Assim, o magistrado, no exercício da execução penal, terá de levar em conta os incs. VI e VII do art. 66 e os arts. 83, 84 e 85, todos da Lei de Execução Penal.

As matérias constitucionais e legais invocadas acima necessitam de uma maior explicitação.

É inconcebível que o sistema penitenciário brasileiro não considere devidamente o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundante do Estado brasileiro. Ninguém perde sua dignidade, como pessoa humana, só e puramente por ter sido condenado e obrigado ao cumprimento de pena em prisão. Não há cogitar de execução cruel de qualquer pena. A nenhum tipo de execução de pena acomoda-se o tratamento desumano ou degradante. É assegurado a todo preso o respeito à integridade física e moral. Esse rol constitucional – sem descer a uma maior pormenorização – deixa patente o papel de extraordinária relevância de que é incumbido o juiz da execução penal. Bem por isso e para que o estrito cumprimento de normas constitucionais não seja postergado, deve o referido juiz, de acordo com os incs. V, VI e VIII do art. 66, da Lei 7.210/1984 (Execução Penal), *zelar pelo correto cumprimento da pena, inspecionar, **mensalmente**, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade e interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei*.

Se tal trabalho de controle do sistema prisional não é exercido, com persistência e eficácia, a consequência imediata é a da superpopulação carcerária, isto é, o número de presos sofre um acréscimo em uma proporção que não se adéqua à quantidade de vagas. Isso significa a existência de um caótico sistema prisional no qual os condenados e os presos provisórios são aglomerados como sardinhas em lata, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana. Ademais, quando devolvidos ao meio livre, após um processo de total dessocialização, logo voltam ao próprio sistema, em razão da prática de novos delitos. As taxas de reincidência retratam o movimento repetitivo e cansativo de uma roda-gigante: crime => sistema prisional => dessocialização => crime. O atual sistema carcerário brasileiro demonstra a existência de uma engrenagem de máquinas trituradoras de seres humanos.

O que pode ser feito, diante dessa concreta situação fática?

Antes de tudo, é imprescindível que os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados divulguem aos seus magistrados a situação de gritante injustiça na qual se apresenta o sistema carcerário atual e ponham em destaque a imperiosa necessidade de inclusão pelos magistrados, em suas decisões de caráter cautelar, outras medidas dessa natureza, além da prisão (art. 319, do Código de Processo Penal). Ademais, tarefa específica das Escolas da Magistratura, federal e estadual, será a realização de seminários e cursos que deem aos magistrados a consciência da gravidade da fase pela qual passa o sistema prisional.

Já no que tange ao controle do sistema prisional atribuído diretamente ao juiz da execução penal, é de bom alvitre que o Conselho Nacional de Justiça, a quem compete *o controle dos deveres funcionais dos juízes* (art. 103-B, § 4.º, da Constituição Federal), baixe normas no sentido do estrito cumprimento por parte dos magistrados da inspeção mensal dos estabelecimentos prisionais e a interdição de todo e qualquer estabelecimento penitenciário que funcione em condições inadequadas ou com infringência dos dispositivos constantes da Lei de Execução Penal. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados deverão emitir regras que determinem a inspeção mensal, com informação semestral à Corregedoria Geral da Justiça, no âmbito estadual, e à Corregedoria Geral da Justiça Federal, no âmbito federal, a respeito do número de pessoas detidas, por sentença condenatória ou por prisão provisória, e sobre as condições de manutenção do estabelecimento prisional. Em igual medida, as Escolas da Magistratura, federal e estadual, deverão chamar a atenção dos magistrados para o pronto exercício dos seus deveres funcionais de controle do sistema prisional. O silêncio, a carência de inspeção mensal, a falta de informações sobre o número de presos abrigados na prisão de cada comarca e a situação em que se acha a referida prisão, constituem fatores agravadores do atual momento caótico do sistema penitenciário brasileiro. A comprovação do não cumprimento dos deveres funcionais legalmente atribuídos ao juiz da execução deve acarretar sanções de ordem administrativa, idôneas a influir no acesso desse magistrado em sua carreira.

Nota

(1) Disponível em: <http://www.vera.org/download?file=3473/the-price-of-prisons-updated.pdf>. Acesso em: fev. 2012; Shecaira, Sergio Salomão; Vilardi, Naiara. Cárcere é negócio. *Boletim do IBCCRIM*, n. 232, p. 3, 2012.

Sérgio Salomão Shecaira
Professor Titular de Direito Penal
da Faculdade de Direito da USP.

Alberto Silva Franco
Desembargador aposentado do Tribunal
de Justiça do Estado de São Paulo.
Advogado criminalista.

Rafael de Souza Lira
Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Advogado criminalista.

Não se nasce mulher, mas se morre por ser mulher

Soraia da Rosa Mendes e Priscila Akemi Beltrame

A paráfrase da célebre afirmação de **Simone de Beauvoir** que dá título a este texto não é nossa, pertence à professora e pesquisadora **Lourdes Bandeira**,(1) uma das mais conceituadas militantes e estudiosas do tema da violência contra a mulher em nosso país. Contudo, dela nos apropriamos para refletir sobre o quanto a violência é um poder em si mesma, capaz tanto de matar, quanto de violar a liberdade sexual, perseguir criminalmente quem ouse denunciar todo este "estado de coisas" violador dos direitos e garantias das mulheres, ou mesmo de cercear nossa liberdade de expressão.

O ano de 2016 nem bem terminou e já é possível dizer que não deixará boas marcas na história das mulheres brasileiras. A Lei 11.340 tem nome de mulher, mas no momento em que comemoramos seus 10 anos, a Lei Maria da Penha poderia ter sido dezenas de vezes rebatizada com os nomes de incontáveis mulheres e meninas vítimas da violência patriarcal em suas mais diversas faces.

Um ano de casos emblemáticos, infelizmente não únicos. O feminicídio de Louise em Brasília. O estupro coletivo no Rio de Janeiro. A condenação de uma militante feminista por manifestação na Marcha das Vadias em São

Paulo. O ataque misógino sofrido por uma acadêmica em Rondônia. De uma ponta a outra no Brasil fomos/somos a cada dia violadas.

Brasil, março de 2016.

Em 10 de março de 2016 morreu, dentro da Universidade de Brasília, Louise Ribeiro. Uma jovem de apenas 20 anos, estudante de Biologia, assassinada pelo ex-namorado. Inconformado com o término da relação, dizendo-se depressivo, ele a dopou, amarrou suas mãos e a fez ingerir clorofórmio, causando a morte da mulher que ousou dizer-lhe "não".

Louise não foi a única vítima de morte por ser mulher. De acordo com o "Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil", em média 13 mulheres são assassinadas por dia em nosso país. Ocupamos o 5.º lugar neste *ranking* mundial, estando atrás apenas de El Salvador, Colômbia, Guatemala e da Federação Russa.

Ironicamente, em 9 de março de 2016, a Lei 13.104, que incluiu o feminicídio entre as qualificadoras do homicídio, completou seu primeiro ano de existência, o que, por si só, nada significa se padrões culturais não forem substancialmente alterados, se falar sobre subjugação e violência contra a mulher sob a perspectiva de gênero não se tornar a tônica.

Brasil, maio de 2016.

Em 25 de maio de 2016, veio ao conhecimento público, por um vídeo publicado no Twitter, imagens de uma adolescente submetida à violência sexual. As centenas de comentários que a ele foram postados estigmatizando a vítima (uma menina de 16 anos, estuprada por mais de trinta homens), mostraram o quanto em um sistema social como o nosso, marcado pela cultura patriarcal, não basta violentar a materialidade de nossos corpos, não basta nos dominar. É preciso reafirmar o poder de dominação e, de alguma forma, responsabilizar a própria vítima.

Brasil, setembro de 2016.

A Justiça paulista condenou a militante feminista R.S.P. pela prática do crime de ato obsceno por seu "comportamento" durante a Marcha das Vadias – 2013, na cidade de Guarulhos/SP.

Fato típico? Retirar a camiseta e, de peito aberto, manifestar-se pela descriminalização do aborto e contra a violência de gênero. Segundo o magistrado, o ato da militante ofendeu *"o decoro público"*, *"o sentimento coletivo a respeito da honestidade e decência dos atos, que se fundam na moral e nos bons costumes"*.

O que a decisão mostrou, todavia, é que, em pleno século XXI, o corpo feminino ainda permanece marcado por critérios de "decência" e "pudor" como forma de cerceamento da liberdade das mulheres. O que mostrou é que nossos corpos, como em tempos idos, ainda são usados como motivações vazias de sentido para a criminalização da luta por direitos humanos fundamentais que nos permanecem negados em nosso país.

Brasil, outubro de 2016.

A pesquisadora e militante feminista Sinara Gumieri é violentamente agredida por um professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia. Motivo? A palestra sobre direitos sexuais e reprodutivos das mulheres proferida por ela na semana anterior naquela faculdade.

Diferentemente de liberdade de expressão, como o professor fez questão de dizer enquanto vociferava perante uma turma lotada de estudantes, suas ofensas e "opiniões" trataram-se de misoginia.

Um discurso de ódio que, guardadas as devidas proporções, não é um fenômeno isolado dentro das universidades brasileiras, em que muitos professores fazem "graça" ao falarem de estupro, violência doméstica e feminicídio, assim como ridicularizam e oprimem as alunas que a isso se contrapõem. O que se quer é a lei do silêncio.

Brasil, novembro de 2016.

No Brasil, a cada 4 minutos uma brasileira é agredida; uma mulher é estuprada a cada 11 minutos; treze mulheres são assassinadas por dia, uma a cada três por feminicídio; e cada vez mais recrudescem em violência as formas de tentar calar as nossas vozes na academia e nas ruas.

Em 20 de novembro iniciamos mais uma campanha: *16 Dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra as Mulheres*. Uma mobilização mundial que todos os anos envolve mais de 160 países a partir do dia 25 de novembro, Dia Internacional da Não Violência contra a Mulher, perdurando até 10 de dezembro, Dia Internacional dos Direitos Humanos.

Em nosso país, desde 2003, iniciamos a campanha no Dia da Consciência Negra, como forma de visibilizar a violência de gênero especialmente sofrida pelas mulheres negras. E este artigo tem como objetivo marcar esta campanha com o instrumento que aqui nos cabe: a palavra.

Quisera, em nossa análise de conjuntura, pudéssemos desenhar um retrato menos violento de 2016. Ou, ainda mais, quisera pudéssemos rascunhar um quadro mais alvissareiro para 2017. Infelizmente, não podemos.

Não enquanto as águas turvas do conservadorismo estiverem em nossos pescoços, a tentar impedir que falemos com crianças e jovens sobre igualdade, liberdade, justiça e paz entre homens e mulheres. Não enquanto a discussão de gênero for demonizada. Não enquanto ir às ruas nos impuser ameaças que nos lembrem fogueiras medievais.

Não se nasce mulher, mas por sermos mulheres somos agredidas, mortas, criminalizadas, silenciadas. Lutar contra isso é uma das tarefas que nos cabe nestes 16 dias de ativismo, e também nos demais dias de muitas nuvens escuras que ainda virão.

Nota

(1) Conforme dito na conferência de encerramento do III Colóquio de Estudos Feministas e de Gênero FINATEC – UnB.

Soraia da Rosa Mendes
Doutora em Direito, Estado e Constituição pela UnB.
Coordenadora nacional do Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, Cladem/Brasil.

Priscila Akemi Beltrame
Doutora em Direito Penal pela USP.
Coordenadora nacional do Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, Cladem/Brasil.

IBCCRIM
Fundado em 14.10.92
DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA
Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente: Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário: Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária: Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira: Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira: Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Carlos Isa

CONSELHO CONSULTIVO
Carlos Vico Mañas
Ivan Martins Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Saad
Sérgio Mazina Martins

OUVIDOR
Yuri Felix

Projeto de Lei da Câmara 7/16 – a inconstitucionalidade da decretação de medidas protetivas pelo delegado de polícia (proposto art. 12-B da Lei Maria da Penha)

Matheus Silveira Pupo

No último dia 29 de junho, sob o lema "*quem tem dor tem pressa*",[1] foi aprovado, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, parecer da lavra do Senador Aloysio Nunes Ferreira opinando pela constitucionalidade do PL 7/16, o qual propõe alteração parcial da Lei 11.340/2006.

O referido PL sugere a primeira alteração à Lei Maria da Penha após uma década de sua vigência. Antes disso, ressalte-se, o STF, no julgamento da ADI 4.424 e da ADC 19, já havia alterado a sistemática do processamento do crime de lesão corporal leve no contexto de violência doméstica, o qual passou a ser de ação penal pública incondicionada; o que gerou enorme divergência na doutrina.

Agora, com o referido PL, pretende-se a inclusão dos arts. 10-A, 12-A e 12-B na Lei Maria da Penha.

O proposto art. 10-A concede à mulher vítima de violência doméstica o direto a atendimento policial e pericial especializado, preferencialmente por servidoras mulheres, visando evitar a sua revitimização quando busca o amparo estatal. No mesmo sentido, o art. 12-A determina que os estados e o DF criem políticas e planos específicos de atendimento às vítimas de violência doméstica, dando-se prioridade à criação de delegacias e núcleos de investigação especializados.

As duas primeiras propostas de mudança legislativa mostram-se positivas, uma vez que visam mitigar justamente um dos maiores problemas apontados pelas vítimas de violência doméstica, a revitimização quando buscam atendimento policial. Afinal, em vários lugares do país não existe estrutura estatal suficiente e especializada para dar amparo às vítimas desses crimes.

No entanto, é o proposto art. 12-B que vem chamando maior atenção e causando preocupação aos operadores do Direito. Segundo o aludido dispositivo "*verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência*"[2] de "*proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;*" (art. 22, III), "*encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;*" (art. 23, I) e "*II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;*" (art. 23, II).

Observe-se que apesar de o PL não prever a possibilidade da decretação extrajudicial do "*afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida*" (art. 22, II), caso seja determinada a proibição de "*aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas*" (art. 22, III, *a*), o acusado, consequentemente, será obrigado a se afastar do lar conjugal.

Nesse contexto, o art. 12-B sugerido prevê que o delegado de polícia poderá decretar, caso constate a "*existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade*", de imediato algumas das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, devendo comunicar o juízo no prazo máximo de 24 horas (art. 12-B, § 1.º), podendo representar também pela aplicação de outras medidas cautelares, dentre elas a prisão do acusado (art. 12-B, § 2.º).

O proposto dispositivo, no entanto, *possui flagrante inconstitucionalidade*.

Explica-se: no Estado Democrático de Direito o deslinde dos conflitos de interesses com pretensões resistidas fica reservado ao Poder Judiciário (reserva de jurisdição), visto que somente este possui a imparcialidade e qualificação para a aplicação da lei ao caso concreto. O referido monopólio para solução de conflitos, segundo a lição de **Canotilho**,[3] pode ser observado sob dois enfoques a "reserva de jurisdição relativa" e a "reserva de jurisdição absoluta".

No primeiro caso, também denominado "monopólio da última palavra" ou "monopólio dos tribunais", "*significa, em termos gerais, o direito de qualquer indivíduo a uma 'garantia de justiça', efectiva e assegurada através de 'processo justo' para a defesa*"[4] de seus interesses. No ordenamento jurídico pátrio, a "reserva de jurisdição relativa" deflui principalmente do disposto no art. 5.º, XXXV, da CF.

Já no segundo caso, também chamado "monopólio da primeira palavra" ou "monopólio do juiz", é obrigatório "*submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.*",[5] ou seja, "*assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado*".[6] Além dos casos previstos expressamente no texto constitucional, a reserva de jurisdição absoluta pode decorrer de lei ordinária ou, ainda, *quando está em jogo direito fundamental.*

Nesse contexto, retornando ao objeto do presente estudo, *qualquer limitação a direitos fundamentais*, especialmente que implique numa restrição à liberdade do cidadão, está submetida à reserva absoluta de jurisdição. Afinal, "o *Poder Judiciário é o único que possui competência para apreciar o cabimento de medidas restritivas de direitos nesses termos, protegendo os direitos fundamentais e relativizando-os em face de outros bens constitucionalmente protegidos, como o interesse da investigação*".[7]

Dessa forma, *tendo como premissa que o acusado não poderá ter seus direitos fundamentais restringidos, **salvo por determinação judicial**, é clara a inconstitucionalidade do proposto art. 12-B da Lei Maria da Penha.*

Afinal, o referido dispositivo, *pelo menos*, restringe o "direito de ir e vir" (art. 5.º, XV, da CF) e o direito à propriedade (art. 5, XXII, da CF)[8] do acusado da prática de crimes no contexto de violência doméstica, todos direitos fundamentais expressamente consagrados pela Constituição.

Todavia, visando garantir um debate democrático sobre o tema, é importante indicar os fundamentos apontados pelo parecer aprovado pela CCJ do Senado para defender a constitucionalidade do aludido art. 12-B.

Em primeiro lugar, afirma-se que em alguns lugares, citando-se o Estado do Acre, apesar do texto legal determinar que o pedido de concessão de medidas protetivas deva ser analisado em 48 horas, há casos em que esse requerimento demora até seis meses para ser julgado, o que pode causar enorme prejuízo às vítimas desses crimes.

Deveras, é inaceitável que um pedido de concessão de medida protetiva demore tanto tempo para ser analisado judicialmente, uma vez que, nos casos de violência doméstica, estão em jogo questões de suma relevância, dentre estas a integridade física e psicológica das vítimas.

No entanto, a eventual falta de estrutura de alguns Tribunais, obviamente, não pode ser utilizada como fundamento para a malfadada afronta à Constituição Federal; na verdade, antes de se pensar em limitar ainda mais os direitos fundamentais, dever-se-ia cobrar do Estado o investimento nos Juizados de Violência Doméstica para que os referidos pedidos pudessem ser analisados dentro do prazo legal.

Além disso, o citado parecer da CCJ afirma que o STF, no julgamento do MS 23.452/RJ, já teria se posicionado no sentido de que há reserva de jurisdição absoluta "*somente quando ostensiva a atribuição de competência jurisdicional pelo constituinte*", sendo que "*não sendo explícita a reserva de jurisdição quanto a atribuições protetivas da vítima mulher em situação de violência doméstica e familiar, não há cogitar a inconstitucionalidade material da presente proposta*", até porque a medida protetiva poderia ser revogada pelo Judiciário a qualquer tempo.

Todavia, a análise aprofundada do mencionado aresto revela que o entendimento do Min. Celso de Mello sobre a abrangência da reserva de jurisdição é muito mais amplo do que aquele descrito no parecer da CCJ. Isso porque, no referido julgamento, que tinha como escopo os limites das CPIs, consolidou-se que "*para a legítima efetivação de determinados atos, **notadamente daqueles que impliquem restrição a direitos**, que sejam eles ordenados apenas por magistrados*".[9] Em outras palavras, para a Suprema Corte brasileira as limitações aos direitos fundamentais estão abarcadas pelo "monopólio da primeira palavra".

Ademais, a própria Constituição Federal prevê, de maneira expressa, que as restrições propostas pelo aludido PL somente possam ser deferidas por juiz, nos termos do art. 5.º, LIV, da CF (devido processo legal).

Outrossim, a eventual reversibilidade da medida também não afasta sua inconstitucionalidade. Afinal, em um Estado Democrático de Direito o efetivo cumprimento das normas constitucionais é essencial para a legitimação de todo o sistema jurídico, sendo inaceitável sua relativização em desfavor do cidadão, sob a "desculpa" de reversibilidade. Nas democracias, os fins nunca justificam os meios!

Por derradeiro, o relatório da CCJ, para defender a constitucionalidade do PL, menciona alguns exemplos de "*tutela cautelar no âmbito dos processos administrativos sancionadores*" existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Porém, a diferença entre as aludidas hipóteses e aquelas previstas no PL é gritante. Com efeito, nenhum dos exemplos citados impõe restrição a direitos fundamentais como propõe o mencionado art.12-B. Por exemplo, o afastamento provisório do servidor público durante a sindicância, obviamente, não se equipara ao afastamento compulsório da família e do domicílio. Aqui as restrições são muito maiores.

De outro lado, não se desconhece o argumento trazido por parte da doutrina favorável ao proposto art. 12-B, no sentido de que "*medidas muito mais graves, por importarem na privação da liberdade da pessoa, como a prisão em flagrante do agente e a concessão – ou não – de fiança, com o arbitramento do valor a ser recolhido pelo agente, já são atribuídas à autoridade policial, sem que ninguém, ao que se saiba, tenha agitado com a inconstitucionalidade*".[10]

A referida argumentação, entretanto, sucumbe diante do próprio texto constitucional, o qual prevê uma exceção expressa à reserva de jurisdição absoluta quando dispõe "*que ninguém será preso senão em flagrante delito **ou** por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*" (art. 5.º, LXI, da CF).

Em outras palavras, nunca se arguiu a inconstitucionalidade dos dispositivos que tratam sobre a prisão em flagrante decretada pelo delegado de polícia, uma vez que o próprio texto constitucional autoriza tal medida limitadora de direitos fundamentais. Aliás, trata-se claramente de uma das hipóteses em que a exceção confirma a regra.

Nesse contexto, resta aguardar que durante a tramitação do PL 7/16 o Poder Legislativo ou, até mesmo, o Poder Executivo reconheça a evidente inconstitucionalidade do proposto art. 12-B da Lei Maria da Penha, para que, mais uma vez, o cidadão não fique exposto a um ordenamento jurídico com normas inconstitucionais. Cabe ao Estado cumprir o arcabouço constitucional e dar efetividade ao sistema jurídico existente e não tentar resolver seus problemas estruturais na "canetada".

Notas

(1) Expressão utilizada pelo Fórum Nacional dos Delegados de Polícia, conforme nota técnica disponível em <http://www.adepol.com.br/images/documentos/nota-tecnica-pl072016_1.pdf>, pesquisado em 18 set. 2016.

(2) O Senador Aloysio Nunes apresentou complementação de voto em 29 de junho de 2016, sugerindo que no lugar de "autoridade policial" seja utilizada a terminologia "delegado de polícia", visando evitar eventual distorções na aplicação do referido dispositivo.

(3) Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed. Almedina: Coimbra.

(4) Idem, p. 662.

(5) STF, MS 23.452/RJ, Rel. Min Celso de Mello, Pleno, j. 16.09.1999.

(6) Idem.

(7) Vilares, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs.* Ônixjur, 2012. p. 113.

(8) Do qual decorrem os direitos de posse e propriedade sobre um bem, dentre esses o de permanecer em seu domicílio.

(9) STF, MS 23.452/RJ, Rel. Min Celso de Mello, Pleno, j. 16.09.1999 – com destaques.

(10) Pinto, Ronaldo Batista. *Da possibilidade do delegado de polícia decretar medidas protetivas em favor da vítima de crimes perpetrados no âmbito doméstico.* Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241074,101048Da+possibilidade+do+delegado+de+policia+decretar+medidas+protetivas>. Acesso em: 19 set. 2016.

Matheus Silveira Pupo
Coordenador Chefe do Departamento de Convênios do IBCCRIM.
Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu - Universidade de Coimbra/IBCCRIM.
Advogado.

ANO 24 - Nº 289 - DEZEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

Liberdade existencial e liberdade comunicativa como fundamento da culpabilidade: as propostas de Figueiredo Dias e Klaus Günther na superação da aporia finalista da liberdade da vontade

Bruno Tadeu Buonicore

O presente artigo busca trazer ao leitor, de forma sucinta e em suas ideias centrais, duas diferentes propostas pós-finalistas de fundamentação da culpabilidade jurídico-penal em que a liberdade individual figura como pedra angular. Diante da impossibilidade de demonstração empírica da liberdade da vontade welzeniana – do *poder-agir-de-outra-maneira* na situação concreta –, na crítica elaborada originalmente por **Engisch**,[1] passou o conceito normativo puro de culpabilidade a enfrentar uma crise pontual. Esta crise, ligada à não verificabilidade da liberdade individual nos moldes da proposta ontológica de **Welzel**,[2] foi nas últimas décadas especialmente agravada pelo movimento neurocientífico, no qual se busca demonstrar, por meio da análise empírica do sistema nervoso central, que a liberdade da vontade não passa de uma ilusão. Como exemplo desta atual corrente naturalista, pode-se citar o autor **Singer**, que afirma que: "*chegou a hora de pararmos de falar em liberdade da vontade*", já que esta representa apenas um sentimento subjetivo que não pode ganhar objetividade, não sendo mais do que uma ficção.[3]

Perante este nódulo teórico na fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, se existe ainda o intento de defender um direito penal da liberdade e, consequentemente, da responsabilidade individual, o caminho só pode ser o de buscar outra perspectiva para a liberdade individual, que se afaste da antropologia filosófica welzeniana. Nesse sentido, as propostas de **Figueiredo Dias** e de **Klaus Günther**. A primeira vem da Escola de Coimbra e continua a insistir em um modo de ontologismo, fortemente enraizado na filosofia do sujeito e existencial. A segunda vem da Escola de Frankfurt, é bastante influenciada pelo movimento da virada linguística e busca sustentação na filosofia social habermasiana.

O autor **Figueiredo Dias** trabalha com a noção central de que: "*a liberdade do concreto acto de vontade, o poder real de agir de outra maneira não pode ser alvorado em critério prático da liberdade e da culpa*".[4] A partir disso, vai buscar o fundamento da culpabilidade não na liberdade da vontade, mas em um retrato mais profundo da liberdade humana, que sustenta uma raiz ontológico-existencial. Para **Figueiredo Dias**, não se trata de saber se o homem poderia ter agido de outra maneira na situação concreta, no plano de sua vontade, trata-se muito mais de reivindicar a liberdade pessoal do homem como Ser total que age no mundo. Nesse contexto, a liberdade pessoal deve ser encarada como uma característica irrenunciável da existência humana e o seu desdobramento ético buscado em um plano antropológico-existencial ligado à máxima promoção da liberdade do Ser, anunciando-se o intento de substituição da liberdade da vontade pela liberdade existencial. **Figueiredo Dias** busca ancoragem teórica em **Platão**, **Kant**, **Schopenhauer** e **Bergson** para sustentar a tese de que a liberdade do Ser total que age no mundo – liberdade ético-existencial – age por meio da personalidade, sendo este o centro normativo que faz a ponte entre o plano ontológico-existencial e o ilícito-típico concreto.[5]

A teoria de **Figueiredo Dias** tem o mérito de deslocar o fundamento da culpabilidade do plano empírico para o plano existencial e, assim, tangenciar os ataques que tocam a não demonstrabilidade empírica da liberdade da vontade. No entanto, o modelo argumentativo do autor encontra algumas dificuldades. Entre elas, apesar de buscar o resgate de uma dimensão ética de limites para a culpabilidade, o seu conceito acaba em uma culpa da personalidade que muito se aproxima da culpa pelo caráter que tanto critica.[6] Além disso, não fica claro na proposta do autor uma ligação causal mais evidente entre o conceito de personalidade – a escolha do Ser total sobre si mesmo – e a conduta criminosa. Outro ponto problemático da teoria é que a censura jurídico-penal, que atinge os elementos desvaliosos da personalidade do agente, deve ser delimitada por critérios político-criminais. Este ponto funcionalista – passível de instrumentalização – em que chega o autor parece contradizer o seu impulso inicial de resgate de limites éticos para a culpabilidade.

Klaus Günther trabalha com um modelo argumentativo que se afasta tanto da perspectiva ontológica, quanto da funcionalista.[7] De um lado, busca um significado para a liberdade individual que seja construído intersubjetivamente e que não seja dado ontologicamente como uma especulação metafísica, um significado que seja produzido no espaço deliberativo do discurso – uma espécie de destranscendentalização do conceito. De outro lado, procura **Klaus Günther** um fundamento para este processo intersubjetivo de significação que se afaste do cálculo funcional de eficiência e de meios para fins preventivos político-criminais. A base teórica encontrada para realizar este intento é a teoria da ação comunicativa de **Habermas**. O autor trabalha com a noção de pessoa deliberativa e de cidadão como agente tanto adereçado da norma – passivo – como produtor da norma – ativo. A partir disso, substituindo a ideia de verificação da liberdade (*Feststellung*) pela ideia de atribuição da liberdade (*Zuschreibung*), a culpabilidade jurídico-penal ganha legitimidade pelo acordo democrático – comunicativo e intersubjetivo – que confere significado a uma liberdade individual a ser atribuída e distribuída.[8] Nesse cenário, a liberdade comunicativa, ou deliberativa, que se realiza por meio do discurso democrático na delimitação legal dos alcances da censura e de suas causas de exclusão, passa a ser o fundamento da culpabilidade jurídico-penal. A teoria de **Klaus Günther** contribui sobremaneira ao apontar um caminho intersubjetivo para a significação da liberdade individual, pelo qual se torna possível que a liberdade deixe o espaço subjetivo – como pressuposição metafísica – e ganhe de fato objetividade na teoria do conhecimento. Ainda assim, a teoria da liberdade comunicativa permite que alguns apontamentos críticos lhe sejam dirigidos. A primeira observação diz respeito ao fato de que, por trabalhar com o jogo procedimental democrático como fundamento, a proposta acaba por desenvolver um conceito de culpabilidade que não oferece potencial crítico nem diante do direito positivo, nem em face da política criminal dominante. Isso enfraquece a categoria da culpabilidade jurídico-penal. Além disso, no processo intersubjetivo pelo qual a liberdade individual ganha significado, essa teoria tem como base uma dupla atribuição que traz consequências problemáticas para a categoria. Atribui-se que o cidadão possui a liberdade individual que vai legitimar o processo de atribuição e distribuição da liberdade individual entre os cidadãos. Ocorre que, em países em desenvolvimento como o nosso, a noção de cidadão é apenas formal, não carregando o indivíduo muitas vezes efetivamente esta liberdade que lhe é atribuída como sujeito ativo da

ANO 24 - Nº 289 - DEZEMBRO/2016 - ISSN 1676-3661

norma, causando assim uma assimetria na fundamentação do conceito – preço pago pelo procendimentalismo de **Klaus Günther**.

Por fim, em breve conclusão, pode-se observar que existe um grande empenho tanto em **Figueiredo Dias**, quanto em **Klaus Günther**, no sentido de superar a aporia finalista da liberdade da vontade sem abrir mão de um direito penal da liberdade, um direito penal da culpabilidade individual. Estas diferentes perspectivas trazem novas soluções e novos problemas e a tarefa de trazer objetividade para a liberdade individual sem objetificar o sujeito representa um desafio teórico do qual a dogmática jurídico-penal não deve abrir mão.

Notas

(1) Engisch, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. Berlin: Gruyter, 1965. p. 1-3 e 27 e p. 21-23.

(2) Welzel, Hans. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*. Berlin: Gruyter, 1944. p. 103 e p. 111 e ss; Welzel, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Gruyter, 1969. p. 140 e ss; Welzel, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 185 e ss.

(3) Singer, W. Keiner kann anders als er ist. Verschaltungen legen uns fest. Wir sollten aufhören, von Freiheit zu reden. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. Nr. 6 vom 8. Januar 2004. p. 33; Singer, W. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt: Suhrkamp, 2003.

(4) Figueiredo Dias, Jorge de. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 54.

(5) Idem, p. 118 e ss.

(6) Ambos, Kai. A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – Sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias. Trad. Pedro Caeiro e Susana Aires. *Revista Panóptica*. Ano 03, n. 18, p. 197, mar.-jun. 2010.

(7) Günther, Klaus. *Schuld und kommunikativ Freiheit*. Frankfurt: Klostermann, 2005. p. 1-3.

(8) Idem, p. 245 e ss.

Bruno Tadeu Buonicore
Doutorando em Direito (Direito Penal) pela Universidade de Frankfurt – Alemanha (bolsista integral DAAD).
Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Advogado Criminalista.

A relevância da omissão de funcionário público perante atos de tortura no ordenamento jurídico brasileiro

Evelyn Gomes de Lima

"*O procurador me perguntou se eu havia sido torturado. Minha resposta foi o silêncio, enquanto nos olhávamos fixamente nos olhos*" (Rodolfo Konder).

1. Introdução

A prática de atos por parte de agentes estatais visando infligir intenso sofrimento físico ou mental a determinado agente, como é suscintamente caracterizado o delito de tortura, não é um fenômeno recente.

Surgida como uma forma de tratamento destinada aos escravos, a tortura passou por um processo de expansão que a levou a ser, oficialmente, um instrumento processual regulado pelo Direito no Império Romano.

Entretanto, foi na idade média que esse instrumento atingiu seu apogeu ao ser apresentado como uma evolução processual no tocante à busca da verdade real, e se tornou prática rotineira no Processo Penal, principalmente como instrumento de obtenção da confissão do acusado, marco probatório erigido ao *status* de "rainha das provas".

Com o surgimento do Direito Penal Liberal, no final do século XVIII, a prática de atos de tortura como instituto processual passou a ser gradativamente deslegitimada pelo Direito a ponto de ser considerada uma conduta criminosa. Contudo, pelo seu histórico de instrumento estatal, mesmo quando abolida, a tortura continuou arraigada na estrutura estatal e na cultura de seus agentes, de forma que, mesmo em um contexto de Estado Democrático de Direito, cujo princípio basilar é o respeito à dignidade da pessoa humana, a própria figura do Estado, por meio de seus agentes, continuou a ser algoz de seus próprios cidadãos, seja praticando diretamente os atos de tortura ou abstendo-se de evitá-los ou investigá-los.

Dessa forma, como objetivo central deste estudo, cabe analisar como o ordenamento jurídico brasileiro tratou este tema e quais são as consequências em âmbito de responsabilidade penal das condutas dos agentes públicos que não praticam atos de tortura, mas que se omitem perante eles.

2. O tratamento jurídico do crime de tortura

O sustentáculo de todo regime democrático é o respeito por parte do Estado em relação aos direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos. Nesse sentido, ensina **Norberto Bobbio** (1992, p. 34) que: "*Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo*".

Dessa forma, cabe ao Estado não somente proteger seus cidadãos contra qualquer tipo de tratamento que ofenda sua dignidade, mas, também, garantir que seus agentes, atuando investidos do poder estatal, não sejam os executores de tais atos, como bem ensina **Flávia Piovesan** (2009, p. 2): "*Como já disse o relator da ONU, a tortura é um crime de 'oportunidade', que pressupõe a certeza da impunidade. A luta contra a tortura, portanto, centra-se na criação e manutenção de mecanismos que eliminem a 'oportunidade' de torturar, garantindo a transparência das atividades de polícia. São necessárias medidas preventivas – transparência do sistema, garantia de livre acesso aos centros de detenção para grupos da sociedade civil, autoridades e mídia e treinamento de policiais e dos funcionários responsáveis pela custódia de pessoas – e repressivas – quando da denúncia de tortura, que o Estado cumpra com rigor o dever de investigar, processar e punir seus perpetradores. A tortura lança o Estado à delinquência, subvertendo a própria lógica do aparato estatal, que,*

de guardião da lei e assegurador de direitos, transforma-se em agente violador da lei e aniquilador de direitos".

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, consagrou, em seu artigo V, o princípio básico de que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.(1)

O conceito de tortura, por sua vez, está expresso na Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, em seu artigo I, item 1, como: "*qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas*".

No âmbito da legislação penal, o Brasil passou a maior parte de sua história negligenciando o tema da tortura. Somente com a promulgação da Constituição da República, em 1988, sob reflexo do fim do Regime Militar e do processo de reabertura política do Brasil, surgiu a primeira norma a tratar diretamente acerca da proibição da tortura.

Em seu art. 5.º, III, a Carta Magna prevê que ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano e degradante. Além disso, a própria norma constitucional impõe um mandado de criminalização em relação à prática de tortura ao afirmar, em seu art. 5.º, XLIII, que: "*A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, **podendo evitá-los, se omitirem***" (destaque nosso).

Contudo, apesar de o mandado de criminalização existir desde 1988, o Poder Legislativo brasileiro só editou uma lei penal específica que tipificasse a prática de tortura quase dez anos depois, em 1997, quando aprovou a Lei 9.455/1997, Lei de Tortura.

A lei, que conta com apenas quatro artigos, regula as condutas que são consideradas atos de tortura, desconsiderando, contudo, o caráter eminentemente estatal dessa conduta ao não limitar a prática desses atos a funcionários públicos. Ou seja, para a lei brasileira qualquer sujeito pode cometer o delito de tortura, desde que aja com essa finalidade.

Entretanto, como forma de aumentar a coercitividade dessa norma em relação aos agentes públicos, posto que suas condutas, quando direcionadas à prática de tortura, padecem de maior reprovabilidade, a Lei de Tortura prevê, em seu art. 1.º, § 4.º, I, um aumento de pena de um sexto até um terço.

Apesar da especificidade dessa lei, a primeira norma infraconstitucional a tratar acerca da criminalização dos atos de tortura foi o Estatuto da Criança e do Adolescente, que a preconizava como "*submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura*", e infligia uma pena ao agente torturador que podia chegar a 30 anos. Tal norma foi expressamente revogada pelo art. 4.º da Lei 9.455/1997.

3. A responsabilidade penal dos funcionários públicos pela omissão perante atos de tortura

É imperativo constitucional que sejam responsabilizados criminalmente não somente os agentes que diretamente praticarem atos de tortura, mas todos aqueles que concorrerem para essa prática, seja pelo domínio intelectual das ações, participação material ou a omissão perante a execução desse crime.

O mandado de criminalização previsto na Carta Magna brasileira cria um amplo sistema de proteção que visa obrigar os funcionários públicos a se absterem de praticar atos de tortura e a evitar que outros agentes os pratiquem, criando, em tese, um sistema de autofiscalização entre eles.

Nesse aspecto, não cabe simplesmente a um funcionário público se abster de praticar atos de tortura, mas, como medida tão importante quanto, tem ele o dever de evitar tais práticas e, na impossibilidade de fazê-lo, ao menos realizar a denúncia de quem o fez.

Segundo **Lascurain Sanchez** *apud* **Rafecas** (2009, p. 160): "*pocas dudas puede suscitar la genérica posición de garantía por Asunción de ciertas autoridades y funcionarios públicos en relación con la integridad moral de las personas. Si parte de las funciones que en marca dicho deberlas delega en otros, forma parte de su deber de garantía remanente la intervención correctora de la inadecuada prestación del delegado; su cumplimiento sólo se puede instrumentar por medio de una actividad de supervisión y vigilancia (...) la calificación de autoría se fundamenta en la contribución determinante del omitente al resultado, que es el fruto de una actividad en un ámbito cuya organización ha asumido, siendo punibles allí cuando el omitente tenga "conocimiento efectivo del curso de riesgo que se dirige a la lesión del bien jurídico. (...) Ninguna duda despierta, en cualquier caso, la responsabilidad omisiva de la autoridad o funcionario en relación con la conducta de sus subordinado en el ejercicio de sus funciones*".(2)

O supracitado autor faz clara menção à responsabilidade do superior hierárquico em evitar, por qualquer meio, a prática de tortura por parte de seus subordinados, por possuir sobre eles poder de mando capaz de fazer cessar a empresa criminal e a necessária responsabilização desse por ter se omitido em face do seu dever de vigilância sob seus subordinados.

Contudo, para o direito brasileiro, não é somente o superior hierárquico que possui esse dever, mas todo aquele que se encontra na posição de garante,(3) pois esse dever jurídico decorre diretamente da lei, como se pode perceber no art. 1.º, § 2.º, da Lei 9.455/1997, quando afirma que "*aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de **evitá-las ou apurá-las**, incorre na pena de detenção de um a quatro anos*" (destaques nossos).

Ressalte-se que as forças de segurança pública têm o dever jurídico genérico de evitar o resultado de qualquer delito e, por força do previsto no art. 1.º, § 2.º, da Lei 9.455/1997, o dever específico de evitar o resultado da tortura.

Contudo, deve-se, de pronto, diferenciar a tortura omissiva daquele que tinha o dever jurídico de evitá-la da conivência para a realização de tortura. Na primeira hipótese, o agente responderá por tortura-omissão, com base no já comentado art. 1.º, § 2.º, da Lei 9.455/1997.

Naquele último caso, o agente adere à vontade dos executores, sem realizar, entretanto, qualquer ato material de execução. Contudo, por ter criado um liame subjetivo com os executores da prática tormentosa, o agente responderá como partícipe do delito de tortura previsto no art. 1.º, I ou II, da mesma lei, conforme ensina **Capez** (2014, p. 656): "*Policiais Militares que assistem a uma cena de tortura, sem nada fazer, assentindo na realização do ato comissivo. Ao quedarem inertes, aderiram com a sua omissão a vontade dos demais policiais militares que realizavam a ação criminosa, devendo, portanto, ser responsabilizados pelo crime de tortura*" (art 1.º, I, *a*).(4)

A própria Constituição, como já citado anteriormente, em seu art. 5.º, XLIII, determina tratamento mais gravoso aos mandantes, executores e os que ***podendo evitá-los, se omitirem***. Dessa forma, o Texto Constitucional, levando em consideração a alta reprovabilidade da prática de qualquer tipo de tortura, a equipara aos crimes hediondos, ao tráfico de drogas e ao terrorismo, o que demonstra que a Carta Magna visa garantir um tratamento penal mais rigoroso e sua consequente punição àqueles que praticarem tais condutas.

Para parte da doutrina, o § 2.º do art 1.º da Lei 9.455/1997 (Lei de Tortura), em relação ao verbo evitar, é inconstitucional, pois estaria

ferindo o princípio da proporcionalidade, sob o prisma da proteção deficiente, ao impor uma pena de detenção, que varia de 1 a 4 anos, ou seja, apenas metade da pena que é devida ao autor da tortura.

Percebe-se, claramente, que a imposição de penas mais brandas a quem comete tortura por omissão é uma afronta direta ao desejo do constituinte de evitar qualquer tipo de complacência aos atos referentes à tortura, pois com essa pena, o condenado faz jus, inclusive, aos benefícios da suspensão condicional do processo,[5] *sursis* e substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Nesse sentido, posiciona-se **Guilherme de Souza Nucci** ao afirmar que "*é incompreensível a condescendência do legislador justamente com a pessoa (normalmente, autoridade) que tem poder para fazer cessar a tortura e se omite, ou que pode apurar os responsáveis pelo ato repugnante e silencia*".

Um exemplo da tibieza desse montante de pena em abstrato, a pena destinada ao crime de supressão de documento (que consiste em destruir, suprimir ou ocultar documento de que não podia dispor), que é crime contra a fé-pública, é de 1 a 5 anos, ou seja, tem pena máxima em abstrato maior que a pena aplicada na tortura por omissão, que tem por objetivo garantir a integridade física e psicológica do indivíduo.

Cabe lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, em posição contrária à maioria da doutrina, no REsp 1.163.756, entendeu constitucional a pena de 1 a 4 anos.

4. Considerações finais

O Estado, por meio de seus agentes, tem finalidade de assegurar os direitos e garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ele não deve tomar para si somente o dever de tipificar a prática de tortura, mas somá-lo ao dever de garantir que seus agentes não se esquivem desse dever geral de defesa, devendo ser responsabilizados penalmente caso se abstenham de agir.

Essa responsabilização deve ocorrer em virtude de uma medida de política criminal que visa impor a alguns agentes, em especial aos funcionários públicos, um dever específico de cuidado no que se refere à obrigação de evitar o resultado.

Dessa forma, ao prever a tipificação dos agentes que tem o dever jurídico de evitar o resultado e se abstêm de agir conforme esse dever, a Lei 9.455/1997 tem por finalidade obrigar o Estado, por meio dos servidores investidos de seu poder, a exercer atos materiais no sentido de evitar a prática de atos de tortura ou de investigar o contexto fático de tais atos.

Apesar de ser de uma eficiência duvidosa, a Lei 9.455/1997 é a medida mais importante do ordenamento jurídico brasileiro nessa neófita história de enfrentamento às práticas de tortura.

Referências

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

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

Bronzeado, Claudio Romero Filgueiras. *Tipificação da prática de tortura no Brasil e análise comparativa dos aspectos conceituais frente ao Direito Internacional* . João Pessoa: Bronzeado, 2009.

Gonçalves, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. (Coleção sinopses jurídicas; v. 24) 1. Direito penal – Legislação – Brasil I. Título. II. Série.

Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Presidência da Republica**.** *Lei 10.741 de 1.º de outubro de 2003.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

Rafecas, Daniel E. *Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal:* Parte general. Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Slokar; Alejandro Alagia. 2. ed. 7.ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2012.

Notas

(1) Nesse mesmo sentido, o art. 7.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, dispõe que "*Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas*".

(2) Rafecas, Daniel E. *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

(3) O Código Penal brasileiro, em seu art. 13, § 2.º, estabelece que o "*dever jurídico de evitar o resultado incumbe a quem:* ***(a) tenha por lei obrigação de cuidado****; (b) de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*" (destaques nossos).

(4) Capez, Fernado. *Curso de direito penal:* legislação penal especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.

(5) Art. 89 do Código de Processo Penal: "*Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.*"

Evelyn Gomes de Lima
Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires/UBA-AR.
Professor do Instituto de Ensino Superior Santa Cecilia (IESC).
Oficial da Polícia Militar do Estado de Sergipe.

A interceptação previamente degravada verificada a *posteriori*

Philipe Benoni Melo e Silva

1. Introdução

A garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo está a anunciar novos desafios para a prestação da tutela judicial, nesses novos tempos de desenvolvimento tecnológico. A proteção da privacidade, na forma como prevista no art. 5.º, XII, da Constituição Federal, abarca a correspondência, as comunicações telegráficas, os dados e as comunicações telefônicas.

O objetivo do presente artigo se prende apenas à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas. Isso porque essa garantia é excepcionada nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que coadjuvados com a devida ordem judicial.

Nesses casos, o direito à privacidade não pode ser mitigado em razão do constante e crescente desenvolvimento tecnológico, que transformou os celulares em verdadeiros microcomputadores, em que é

possível enviar mensagens de texto, acessar a internet, verificar e enviar e-mails e, o mais utilizado ultimamente, enviar mensagens por meio de aplicativos, utilizando a internet, que funcionam como verdadeiros e-mails vinculados a uma conta telefônica.

Daí por que a inquestionável disponibilização e o crescente uso desses artefatos tecnológicos da sociedade já demarcaram a mudança de paradigma no mundo do armazenamento e da comunicação de dados e informações. Por isso, essa atual realidade está a exigir nova perspectiva hermenêutica da legislação que disciplina a garantia da privacidade. E assim deve ser porque as garantias fundamentais dadas aos cidadãos, consagradas na Carta Magna de 1988, devem, em função desse novo quadro da tecnologia das comunicações, ser vistas com o olhar do século XXI, para frente, em uma visão prospectiva.

2. A proteção Constitucional e legal

A Carta Magna, já no art. 5.º, XII, prevê que "*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*", vê-se que, o que se pretende é o resguardo do direito à intimidade previsto no inciso X do mesmo artigo.

Por se tratar de norma de eficácia limitada, pois determina que o sigilo somente poderá ser decretado por ordem judicial, nas "*hipóteses e na forma que a lei estabelecer*", essa interceptação telefônica só poderia ocorrer após o implemento da legislação autorizadora. A autorização legislativa somente se deu em 1996, ocasião em que o Legislativo regulamentou o art. 5.º, XII, da Constituição, com a entrada em vigor da Lei 9.296/1996, que trata da interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependente de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça, conforme a dicção de seu art. 1.º.

No mesmo sentido, a Lei 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prevê, em seu art. 3.º, V, que o usuário do serviço de telecomunicação tem o direito "*à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas*".

Mais recentemente, a Lei 12.965/2014, considerando que o acesso à internet é essencial para o exercício da própria cidadania, previu, em seu art. 7.º, I, II e III, o seguinte:

"*Art. 7.º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:*

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial".

Como se percebe, tanto a Constituição Federal como as leis infraconstitucionais não consagram um direito absoluto. Aliás, como bem assenta o Ministro **Celso de Mello**:[1]

"*Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição*".

É de se concluir que a inviolabilidade do sigilo, garantida pela Constituição Federal e disciplinada pela legislação infraconstitucional, não é de natureza absoluta. Permite-se a quebra do princípio constitucional da inviolabilidade, desde que respeitados os parâmetros constitucionais e haja autorização judicial. Esse é o ponto nevrálgico da legalidade da quebra desse sigilo e legalidade da prova produzida. Referida mitigação da garantia, contudo, está vinculada à ordem judicial, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, sob pena de se carrear prova ilícita aos autos.

3. A necessidade de (r)evolução da jurisprudência

Antes do advento da Lei das Interceptações Telefônicas, alguns juízes autorizavam a quebra do sigilo com base no art. 57, II, *e*, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.197/1942). No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por entender que esse dispositivo não fora recepcionado pela Constituição Federal, considerava ilícitas todas as interceptações telefônicas feitas antes da Lei 9.296/1996. Portanto, somente após o implemento legislativo da Lei 9.296/1996 é que foi possível a interceptação telefônica.

Diante dessa nova possibilidade e do crescente avanço tecnológico surgido nos últimos tempos, é que alguns casos têm merecido maior atenção da doutrina. Como bem adverte o Ministro **Gilmar Mendes**:[2]

"*As peculiaridades da internet, por exemplo, interferem, certamente, sobre o tema da liberdade de expressão como conhecida antes do advento o ambiente virtual. Normas constitucionais sobre o monopólio postal também sofrem o impacto de inovações tecnológicas, como a dos correios eletrônicos*".

Assim, todas essas novidades e possibilidades tecnológicas geram impacto na interpretação do art. 5.º, XII, da Constituição Federal.

O julgamento do RE 418.416-8, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, entre outros temas debatidos, revela a necessidade de uma interpretação construtiva do inciso XII do art. 5.º da Constituição Federal, nesses novos tempos de incessante desenvolvimento da tecnologia da informação. No julgado, que se refere a fatos ocorridos no período de 1992 a 1999, o relator do processo, que foi acompanhado pela maioria, defendeu que a garantia de sigilo de que trata o art. 5.º, XII, da CF, diz respeito à comunicação de dados e não aos dados em si mesmos. Na essência, o entendimento preponderante nesse julgamento pode ser visto no excerto do voto do relator adiante transcrito:

"*Reafirmo, pois, que, na espécie, não há violação do art. 5.º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve 'quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial'. Nesse sentido o voto que proferi no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira, quando asseverei que a proteção a que se refere o art. 5.º, XII, da Constituição, 'é da comunicação de dados e não os dados, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse*".

Nesse mesmo julgado, é esclarecedor o voto lançado pelo Ministro **Cezar Peluso** a respeito da interpretação do art. 5.º, XII, da CF. O magistério de sua excelência está assim vazado:

"*É interessante observar a redação do dispositivo, porque, como de certo modo já notou o eminente relator, há realmente duas cláusulas no texto. A correspondência como tal e a comunicação telegráfica são tratadas em conjunto. A comunicação de dados, como fenômeno típico do mundo moderno e que é a rede mundial de computadores, é, ao lado da comunicação telefônica, processo muito rápido de transmissão e está na segunda cláusula. Então houve, ao que parece, preocupação de tratar em conjunto duas grandes classes ou duas grandes modalidades de comunicação, mas compreendendo todas. Sem dúvida, o inviolável, nos termos da Constituição, não são quaisquer elementos da informação*

ou de informática, mas os processos de comunicação em si. O objeto tutelado, portanto, é o processo de comunicação, enquanto restrito aos comunicantes, independentemente do conteúdo da comunicação, porque se trata, na verdade, de resguardar a privacidade dos interlocutores em ato típico de intersubjetividade".

Em função disso, o item 4.3 da ementa do julgamento do RE 418.416-8 estampa a seguinte redação:

"*Não há violação do art. 5.º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve 'quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial'*".

Cumpre evidenciar que, ao tempo em que se discutia essa temática no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os aparelhos telefônicos não possuíam as intermináveis funções que dispõem hoje os celulares. Não por outra razão, a própria Lei 9.296/1996 faz distinção, em seu art. 10, entre "comunicações telefônicas, de informática ou telemática".

É bem de ver que, no âmbito jurisprudencial, o próprio Ministro **Gilmar Mendes**, ao julgar o *HC* 91.867/PA, entendeu pela inexistência de coação ilegal na hipótese em que, após a prisão em flagrante, os policiais, ao apreenderem dois aparelhos de celular, procederam à análise dos *registros telefônicos*. Ocorre que, esse caso, mesmo tendo sido julgado no ano de 2014, dizia respeito a fatos ocorridos em 2004, antes da implementação da internet banda larga aos *smartphones*. Além do mais, dizia respeito apenas ao acesso dos policiais aos registros telefônicos efetuados pelo flagranteado. Em outras palavras, em razão de inexistir àquela época amplo acesso à internet através de telefones celulares, não houve acesso dos policiais aos efetivos diálogos do preso com quem quer que seja.

Exatamente esse novo quadro, demarcado pela evolução tecnológica e caracterizado por uma inquestionável mudança no campo da tecnologia da informação e da comunicação, a alcançar os aparelhos telefônicos (celulares), está a exigir do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, última fronteira de proteção dos direitos e garantias constitucionais, um exercício interpretativo construtivo, consentâneo com os novos tempos e os novos paradigmas.

Assim deve ser porque, hoje, em um aparelho celular, é possível ter acesso a um conteúdo violador da intimidade muito maior do que o simples acesso a conversas telefônicas, que são rápidas e passageiras. Agora, com a apreensão do celular, é possível ter acesso à conta bancária do agente, seus e-mails e conversas através de aplicativos de comunicação *online*, que podem funcionar como verdadeiras interceptações telefônicas previamente degravadas (digitadas), verificadas *a posteriori* pelos órgãos de investigação que tiverem acesso a essa prova.

Repise-se que não se defende aqui a inviolabilidade absoluta desse meio de obtenção de prova. O que se pretende é que esse tipo de (viol) ação, que se encaixa perfeitamente nos incisos X e XII do art. 5.º da CF, seja precedido de autorização judicial.

Pois bem. Passados esses anos, em 2016, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *HC* 51.531-RO, decidiu que é ilícita a devassa de dados e conversas de "*whastapp*" obtidas diretamente pela polícia em celular de apreendido em flagrante, sem prévia autorização judicial. Trata-se de decisão que é atual ao seu tempo.

Diante desse novo paradigma tecnológico, a doutrina aponta para uma proteção ao direito probatório de terceira geração,[3] aduzindo que os e-mails ou conversas instantâneas através da internet não podem ser considerados "cartas abertas" nas mãos da polícia. Faz-se essa referência, pois o art. 233 do Código de Processo Penal aduz que "*As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo*". Ao interpretar esse artigo, **Nucci**[4] afirma que, após a chegada da carta ao seu legítimo proprietário e a sua devida abertura, ela perderia o *status* de carta e adquiriria a função de documento, de modo que poderia ser apreendida pelos órgãos de investigação, independentemente de ordem judicial – daí que não se pode considerar que o *smartphone* seja uma carta aberta.

Nesse julgamento, irretocável foi o voto-vista do Ministro **Rogério Schietti** que, seguindo o relator, reconheceu que "*em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões* a priori *absolutas. Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de* whatsapp *sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente*".

Como se vê, a controvérsia atual que gira em torno da garantia constitucional da proteção ao sigilo, quando examinada com a legislação de regência em confronto com os casos inseridos na nova realidade do desenvolvimento tecnológico, desafia a hermenêutica adotada para interpretar o art. 5.º, XII, da CF, bem como o texto da Lei 9.296/1996, que regulamenta essa proteção constitucional.

4. O exemplo da Suprema Corte americana

Em caso semelhante, após prender em flagrante o cidadão norte-americano, David Riley, a polícia apreendeu seu *smartphone* e, acessando todos os seus dados sem mandado judicial, descobriu que Riley era um suposto membro de gangue envolvido em diversos assassinatos.

O processo foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, onde existiam precedentes, reconhecendo que a polícia poderia ter acesso aos dados de telefone celular, independentemente de mandado judicial, quando do incidente a uma prisão, desde que o telefone celular seja imediatamente associado com a pessoa do apreendido em flagrante.

Todavia, em 2014, ao julgar o processo de Riley, a Suprema Corte norte-americana, alterando o seu entendimento e reconhecendo que as inovações tecnológicas influenciam diretamente na proteção dos direitos e garantias fundamentais, entendeu que os telefones celulares modernos não são mais mera conveniência tecnológica, pois o seu conteúdo revela a intimidade da vida. O fato de a tecnologia agora permitir que um indivíduo transporte essas informações em sua mão, não torna a informação menos digna de proteção. A conclusão que se chegou foi no sentido de que a polícia, antes de investigar um *smartphone* apreendido, deve obter o mandado judicial.[5]

Portanto, vê-se a necessidade de a jurisprudência ser atual e acompanhar o desenvolvimento tecnológico da pós-modernidade, a fim de garantir e assegurar os mais básicos direitos e garantias fundamentais, protegendo-os, no mínimo, com a reserva de jurisdição para o cumprimento da medida, pois, como bem assenta **Aury Lopes Junior**, ao tratar da busca e apreensão, "*nessa matéria, não há espaço para informalidades, interpretações extensivas ou analogias*".[6]

5. A aplicação da legislação nacional

No caso da Lei 9.296/1996, além de autorização judicial, é preciso seguir o princípio da subsidiariedade, no sentido de que não será admitida a interceptação quando a prova puder ser produzida por outros meios disponíveis (art. 2.º, II), devendo ser a *ultima ratio* das medidas, sob pena de ser considerada prova ilícita.[7] Ademais, a medida não poderá ultrapassar o prazo de 15 dias, renovável por igual período, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova (art. 5.º).

Após a produção da interceptação telefônica, previamente autorizada judicialmente, havendo sua gravação, será determinada a sua transcrição (art. 6.º, § 1.º). Saliente-se que a doutrina reconhece a não necessidade de degravação integral das gravações, todavia é impositivo

que seja garantido às partes a integralidade dos registros para assegurar o contraditório e a ampla defesa.[8]

Observe que, seguindo os trâmites constitucionais e legais, primeiro se obtém um mandado judicial; depois, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização; e, por último, procederá a degravação das gravações efetuadas pela polícia, dando acesso às partes.

Todavia, se se adotar o entendimento de ser lícito o acesso dos órgãos de investigação a todos os dados do *smartphone* do sujeito apreendido em flagrante, sem mandado judicial, ter-se-á uma verdadeira inversão da ordem legal estabelecida. O acesso dos órgãos de investigação às conversas através de aplicativos *online*, sem a prévia autorização judicial, configura verdadeira "interceptação telefônica previamente degravada, porém verificada *a posteriori*" pela polícia, o que é inadmissível.

Assim, o acesso direto pelos órgãos de investigação às conversas através de aplicativos *online*, que já estão digitadas (degravadas), configuraria uma violação ao princípio da *ultima ratio* da medida da prova, ao prazo de duração da medida, pois tais órgãos poderiam analisar as conversas privadas do apreendido por um prazo sem fim, simplesmente voltando a *timeline* do aplicativo, o que configuraria negativa de vigência dos direitos garantidos pelo art. 5.º, X e XII, da Constituição Federal, e disciplinados pelos dispositivos da Lei 9.296/1996.

6. Conclusão

O quadro aqui exposto, de forma incipiente e, portanto, carecedor de aprofundamento, é suficiente para comprovar que o atual estágio do desenvolvimento tecnológico e o acelerado ritmo com que avançam as tecnologias de comunicação e informação estão a desafiar a orientação hermenêutica que serviu de fundamento para a interpretação de textos legais do final da década de 1980 e 1990, visto que os aparelhos telefônicos existentes naquela época em nada se assemelham aos atuais celulares, disponíveis para quase todos os cidadãos.

Quanto maior for a tendência dominante da legislação penal, maior deve ser a restrição, ou a reinterpretação, das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e, principalmente, do Direito Processual Penal.[9] Portanto, os novos tempos estão a exigir a adoção de uma hermenêutica construtiva, a fim de se harmonizar com os novos meios de comunicação do século XXI, sob pena de engessamento da garantia constitucional do sigilo telefônico.

Quando se está diante de restrição de direitos fundamentais, a forma do ato é garantia que não pode ser superada. Permitir o acesso irrestrito dos órgãos de investigação a todos os dados disponíveis em um *smartphone*, sem a devida autorização judicial, é concepção autoritária e irracional do processo penal,[10] que traz densa carga do ranço inquisitório, constituindo uma atuação contrária ao processo penal democrático. O julgamento do *HC* 51.531-RO serve de novo paradigma para solução jurídica dos atuais acordos tecnológicos presentes na humanidade.

Notas

(1) MS 23452, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 16.09.1999, *DJ* 12.05.2000, p. 20, Ement. vol. 1990-01, p. 86.

(2) Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2104. p. 97.

(3) Knijnik, Danilo. *Temas de direito penal, criminologia e processo penal*. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5.º da Constituição Federal do século XXI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 179.

(4) Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1429

(5) Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

(6) Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1100.

(7) *HC* 49.146/SE, 6.ª T., rel. Min. Nilson Naves, rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15.04.2010, *DJe* 07.06.2010.

(8) Lima, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. Único. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2014, p. 164

(9) Sánchez, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* 2ª ed. rev. amp. Ed. Civitas: 2001, p. 20

(10) Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 395.

Philipe Benoni Melo e Silva
Mestrando em Políticas Públicas pelo Uniceub.
Especialista em Direitos Indisponíveis
pela Faculdade Projeção.
Advogado.

A aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial

Frediano José Momesso Teodoro

A carreira de delegado de polícia passa a ser considerada, expressamente, carreira jurídica pela Constituição do Estado de São Paulo[1] e pela Lei Federal 12.830/2013, segundo a qual, o cargo de Delegado de Polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Não obstante às implicações de Direito Administrativo, como as benesses de equiparação dessa carreira com as demais, já estabelecidas como jurídicas, não parece correto entender que, antes da previsão expressa, o delegado de polícia não exercia carreira jurídica. Ao que parece sempre foi uma carreira necessariamente jurídica, haja vista o pré-requisito da qualidade de bacharel em Direito para a submissão da pessoa ao concurso público. Sem esquecer a explícita previsão constitucional das atribuições do delegado de polícia, assim como estas atribuições discriminadas no diploma processual penal. Inegável o reconhecimento do pressuposto de conhecimento jurídico especializado para o exercício das funções, tanto no que tange à administração pública, como à função de polícia judiciária. A própria regulação do inquérito policial, procedimento investigativo, cujos moldes estão dispostos no Código Processual Penal e na legislação penal extravagante, reforça a necessidade de especializado domínio das ciências jurídicas, seja para a identificação da tipicidade e ilicitude da conduta narrada, seja na condução da persecução penal, seja no exercício da função auxiliar ao Poder Judiciário. Enfim, razões de sobra são encontradas para consagrar a já consagrada carreira jurídica de delegado de polícia.

Porquanto a carreira de delegado de polícia seja uma carreira jurídica, cuja composição está restrita aos bacharéis em Direito, com no mínimo dois anos de atividade jurídica, e sendo assegurada ao delegado de polícia a independência funcional pela livre convicção dos atos de polícia judiciária (art. 140, §§ 3.º E 4.º, da Constituição paulista), parece-nos acertado que lhe seja permitido agir como profissional do Direito que é, adotando a necessária conformação para o exercício do poder discricionário de interpretar os fatos como penalmente relevantes ou não, de acordo com sua convicção e experiência jurídica, como já o faz diante de outras questões jurídicas não menos importantes.(2)

Conforme disposto na Exposição de Motivos da Proposta de Emenda à Constituição paulista, a qual resultou na EC 35, é objetivo principal imediato o de elevar o nível de qualificação dos profissionais ocupantes do cargo de delegado de polícia, bem como o aperfeiçoamento institucional da Polícia Civil. Desse modo, as exigências preliminares para ocupação do cargo, somadas ao curso de formação da Academia de Polícia, proporcionam ao profissional a capacidade minimamente adequada para interpretar os fatos, levando em conta a norma penal, a doutrina e a jurisprudência.

Desse modo, abre-se caminho para trazer o debate da aplicação do princípio da insignificância a um ponto um tanto mais prematuro, ou seja, o momento no qual a autoridade policial toma conhecimento do fato criminoso.

Tome-se como exemplo, um caso ordinário de prisão em flagrante ou de instauração de inquérito policial em razão de um furto simples de coisa de valor abjeto. Poderia a autoridade policial, identificando o caso de aplicação do princípio da insignificância, não lavrar o auto de prisão ou não instaurar o pertinente inquérito policial?

Qual deve ser o momento exato para se aplicar o princípio da insignificância em um caso concreto? Somente no momento da decisão judicial? Pode o órgão do Ministério Público requerer arquivamento de um inquérito policial por identificar na conduta a mera tipicidade formal?

A referida lei federal exige que o indiciamento, ato privativo do delegado de polícia, seja um ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, devendo a autoridade policial indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. Isso quer dizer que cabe ao delegado de polícia a identificação da tipicidade objetiva (formal e material), da tipicidade subjetiva e da ilicitude do fato, bem como a identificação dos elementos de culpabilidade, para definir com precisão, por exemplo, a circunscrição *ratione materiae* – com destaque às atribuições das delegacias de infância ou juventude, responsável por apurar os atos infracionais.

No seu mister, o delegado de polícia não lavra auto de prisão em flagrante ou instaura inquérito policial, quando reconhece na conduta humana a sua atipicidade. O mesmo não ocorre quando se observam as causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Entretanto, na identificação da insignificância da lesão ao bem jurídico, observa-se a atipicidade material da conduta, ainda que seja formalmente típica.

Por outro lado, a instauração de inquérito policial para apuração de fato que não se configure infração penal, já há muito, é entendida pelo Supremo Tribunal Federal como constrangimento ilegal (STF – R*HC* – Rel. Rafael Mayer – *RT* 620/367).

É certo que, assim como os magistrados, o delegado de polícia deverá ponderar os fatos e as circunstâncias a ele apresentados, ter conhecimento da jurisprudência prevalente e da doutrina o bastante para identificar a insignificante lesão ao bem jurídico, sob pena de ser responsabilizado administrativa e penalmente pelo ato de prevaricação.

Como proclama a Constituição paulista, a Polícia Civil exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica. Sendo assim, seria oportuno à consagração da garantia da razoável duração dos processos e a celeridade em suas tramitações que os Tribunais estaduais e superiores criassem meios de comunicação eficazes com as polícias judiciárias, para orientá-las sobre os posicionamentos jurisprudenciais já sedimentados quanto à aplicação do princípio da insignificância, visando, desse modo, a redução das demandas penais, proporcionando a redução do número de inquéritos policiais desnecessários e, consequentemente, a redução de ações penais.

Notas

(1) Texto alterado pela EC 35, de 03.04.2012.

(2) A exemplo do poder discricionário de identificar ou não o estado de flagrância; de interpretar um evento, distinguindo-o como infração de menor potencial ofensivo; de arbitrar fiança ou deixar de arbitrá-la, conforme os ditames processuais etc.

Frediano José Momesso Teodoro
Doutorando em Direito Penal pela PUC-SP.
Mestre em Direito Penal pela PUC-SP.
Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Paraíba-UNIVAP.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho
COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Suguimori Santos.

EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, André Felipe Pellegrino, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Pimenta Coelho Machado, Beatriz Ferreira Jubilut, Bruna Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Carlos Domênico Viveiros, Caroline Braun, Cecilia de Souza Santos, Cecilia Tripodi, Cláudia Barrilari, Clara Masiero, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Daniel Leonhardt dos Santos, Daniel Nicory do Prado, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Evandro Camilo Vieira, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Fernando Lacerda, Felício Nogueira Costa, Flávia Guimarães Leardini, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Silveira Braga, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, João Jacinto Anhê Andorfato, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno Gonçalves Leone Louveira, Leonando Biagioni de Lima, Luan Nogués Moyano, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marina Ludovico Bruno, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Matheus Herren Falivene de Sousa, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Paulo Sergio Guardia Filho, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael de Souza Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanziola Vieira, Renata Macedo Souza, Ricardo Caiado Lima, Roberto Portugal de Biazi, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Rodrigo de Castro Sardenberg, Sâmia Zattar, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Thiago Tezani, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Verônica Carvalho Rahal, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinícius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:
Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Ludmila Bello, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Mauricio, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thaís Marcelino Resende, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Girotto do Couto, Renato Watanabe de Morais e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309
microart@microart.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.
Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:
Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

A experiência da privação ampliada vivida pelas mulheres de origem marroquina na Bélgica

Júlia Palmeira Macedo

1. Introdução

A experiência do encarceramento implica diversas transformações na vida do detento, a privação da liberdade é apenas o marco inicial de uma série de outras privações que daí decorrem. Em "*The Society of Captives*", **Sykes** descreve esse modelo de privação ocasionado pela prisão, o impacto de tal vivência na identidade social dos presos, bem como os modos de adaptação a esse contexto.

Ocorre que o encarceramento não altera exclusivamente a vida dos detentos, tal experiência promove mudanças substanciais na vida de seus próximos, cujas rotinas precisam ser reconstruídas para contemplar o novo contexto do membro da família encarcerado. É nesse sentido que **Touraut** desenvolve o termo "*expérience carcérale élargie*", para abordar o modo como a pena afeta os familiares dos presos, a partir de uma perspectiva compreensiva. A autora busca o sentido que os atores desse contexto atribuem à situação social descrita, afirmando que uma experiência social vivida por um indivíduo (no caso, o encarceramento) é criadora de outras experiências sociais diferenciadas e particulares para seus próximos (Touraut, 2009, p. 9).

A Bélgica apresenta um panorama particular no que tange à sua população carceral, tendo em vista que esta é amplamente composta por pessoas de origem estrangeira, o que leva a questionamentos sobre o uso da prisão e suas transformações, decorrentes das transformações na população local (Brion, 2014). O país foi e continua sendo cenário de várias políticas favoráveis e contrárias ao fluxo migratório ao longo deste século, sendo que as estatísticas referentes à população carcerária podem ser reflexo da governamentalidade pela biopolítica (nas palavras de Foucault, 2004).

O estudo do Centro Federal de Migração de 2014 aponta que o Marrocos, a Turquia e a República Democrática do Congo representam uma parcela significativa da imigração no país. No que concerne à imigração marroquina, sabe-se que esta data de mais de 50 anos, assumindo diferentes feições ao longo das décadas, até o momento em que tal grupo representava a taxa mais alta de nacionalidades naturalizadas na Europa, em 2011 (Medhoune, 2015). Ademais, ao longo desse período, ao menos duas gerações, quiçá três, nasceram na Bélgica, de modo que são juridicamente considerados cidadãos belgas.

Ocorre que, quando se fala em população carceral, um dado interpelante é que os marroquinos, embora representem menos de 1% da população do país, são significativamente representados na população carcerária, compondo 10% desta, o que corresponde a 22 vezes a mesma relação referente aos nacionais (Brion, 2014). No entanto, tais dados podem ser ainda mais expressivos, tendo em vista que, como previamente mencionado, muitos dos detentos de origem marroquina são juridicamente cidadãos belgas e, portanto, são contabilizados nas estatísticas como nacionais.

Em vista desse contexto, esta pesquisa buscou ir ao encontro dos protagonistas de tal situação que envolve não apenas a problemática do encarceramento, mas também a das práticas criminalizantes da imigração no país. A população alvo do trabalho é composta pelas mulheres marroquinas que têm alguma relação de parentesco com detentos oriundos da mesma imigração.

No item 3, abordaremos as privações no âmbito patrimonial descritas pelas interlocutoras. Em seguida, versaremos sobre algumas privações afetivas sofridas por tais mulheres, para concluir falando sobre as privações no aspecto identitário, relacionando as tais esferas de privação com o contexto que vivem enquanto imigrantes ou descendentes de imigrantes e mulheres.

2. Metodologia

Este trabalho é uma percepção inicial da pesquisa realizada no quadro do mestrado da Universidade Católica de Louvain. A metodologia de base é teórica, sendo que o núcleo da pesquisa consiste na análise das 15 entrevistas semidirigidas realizadas com mulheres com diferentes graus de parentesco com detentos ou ex-detentos na Bélgica de origem marroquina. Somam-se ao material principal algumas entrevistas realizadas com trabalhadores do sistema de justiça penal ou de instituições externas que prestam serviços à prisão ou à comunidade imigrante.

3. Privações patrimoniais

Inicialmente, é relevante nos afastarmos de um primeiro equívoco relativo a essas mulheres: muito frequentemente elas são retratadas como inativas, tendo em vista que não realizam trabalhos externos ao lar. No entanto, as estatísticas mostram que a atividade delas cresceu em paralelo ao trabalho feminino em geral na Bélgica, a partir dos anos 60, contudo elas continuam ocupando uma posição vulnerável no mercado de trabalho na medida em que exercem cargos mal remunerados e são submetidas a condições precárias de emprego (Ouali, 2015, p. 81).

Tendo em vista que tais mulheres permanecem ocupando cargos precários no mercado de trabalho, o salário recebido pelo trabalho dos homens ainda corresponde, em geral, à fonte principal de renda dessas famílias. Em vista do encarceramento de um dos homens da família, não somente a receita familiar é reduzida, como os gastos aumentam substancialmente em função das despesas judiciárias, além das possíveis multas decorrentes do crime que, na maioria das vezes, os acusados não terão condições de arcar, sendo toda a família mobilizada para fazê-lo. Embora esta não seja uma privação particular às mulheres oriundas da imigração marroquina, o fato de estas ocuparem uma posição de vulnerabilidade no mercado de trabalho as expõe mais intensamente ao impacto financeiro.

Ademais, como veremos a seguir, as relações familiares marroquinas são estruturadas a partir de valores bem consolidados entre seus membros, de modo que a solidariedade familiar, por exemplo, é algo que impõe certa obrigação moral de contribuir com as despesas do parente encarcerado, inclusive para que ele obtenha eventuais privilégios dentro do cárcere. Esse elemento pode se apresentar em outras famílias que não tenham a mesma origem das interlocutoras, entretanto, a partir dos relatos nas entrevistas, pode-se perceber que esse valor se torna um princípio quase absoluto, independentemente da relação que exista entre a contribuinte e o encarcerado. Para ilustrar melhor o contexto, faremos referência aos depoimentos das irmãs entrevistadas, em que algumas descrevem raiva ou mágoa pelo crime cometido pelo irmão e, mesmo que afirmem que ele precisa arcar com as consequências financeiras de seus atos, elas consagram seus salários não somente para pagar as multas decorrentes do crime em questão, no intuito de isentá-los de despesas no momento da liberação, como também contribuem com doações para que estes tenham direito à cantina na prisão e possam usufruir de pequenos privilégios. A particularidade da privação patrimonial repousa na carga simbólica que esta representa para as mulheres marroquinas.

4. Privações afetivas

As privações afetivas são diversas para qualquer família que viva a experiência do aprisionamento de um membro, no entanto, para as

entrevistadas, três aspectos foram essencialmente relatados: a privação da proteção e da autonomia, além da perda de credibilidade na segurança oferecida pelo sistema de administração da justiça penal.

No que tange à proteção, percebe-se que a maioria das mulheres, independentemente do grau de parentesco, relatou que o encarceramento as deixa vulneráveis em razão da figura de proteção ocupada pelo homem nessas famílias. Algumas irmãs, embora digam que escondem dos irmãos aspectos de suas vidas por saberem da possível repressão que podem sofrer, afirmam que este é o papel deles: velar pela proteção delas e que elas não só entendem, como valorizam positivamente essa proteção. Elas afirmam que a ausência do irmão causa um impacto em suas próprias vidas, na medida em que se veem desmunidas diante de certas situações. Isso porque a presença do irmão afetaria a imagem delas nas diversas relações sociais. O conhecimento da ausência do irmão por terceiros pode implicar a exposição a um tratamento exterior que invada a discrição com a qual procuram viver. As filhas relatam que, durante a adolescência, buscaram aprender as artes marciais para se protegerem de eventuais agressões que poderiam sofrer em razão da ausência do pai.

Não necessariamente tais hipóteses correspondem a experiências vividas, mas o fato de relatarem essas impressões nos fala sobre o efeito que a ausência do familiar proporciona. A proteção é relatada como um atributo moral e físico que está fortemente associada ao que a figura masculina representa para elas, considerando as variações de acordo com os graus de parentesco. Portanto, mais uma vez, a privação se refere à significação que tais protagonistas sociais atribuem à experiência vivida e aos atores de tais relações sociais.

Com relação à autonomia, especialmente as esposas e as irmãs abordaram esse aspecto em seus depoimentos. A partir do encarceramento do parente, tais mulheres precisaram se ocupar de tarefas que originalmente corresponderiam à função do homem em seus lares (tendo em vista que as responsabilidades na família são bem marcadas em função do gênero em tais comunidades). Com isso, elas passaram a realizar atividades administrativas e burocráticas relativas à casa e às necessidades do membro encarcerado. Aqui fazemos uso do termo autonomia, a fim de tentarmos nos aproximar da forma como o sentimento foi descrito. Ou seja, tais mulheres se colocaram a executar um papel que não lhes era próprio e, eventualmente, foram privadas da autonomia de gerenciar suas rotinas de acordo com seus ritmos pessoais. Considerando a importância da solidariedade familiar, para elas é praticamente inviável pensar em não incluir tais tarefas como suas responsabilidades. Reiteramos que não se trata apenas das questões relativas ao familiar detido, mas também de assuntos que lhes concerne, no entanto, os homens se ocupavam de tratá-los. Embora essas novas experiências possam abrir espaço para a conquista da autonomia de gerenciar outros aspectos de suas vidas, para os fins deste trabalho preferimos manter o termo "privação de autonomia". Isso porque as interlocutoras vivem essa mudança mais como uma privação do que de fato gostariam de fazer, do que como a oportunidade de se tornarem independentes em outros aspectos da vida. Para ilustrar o sentimento, transcrevo a resposta de uma irmã quando lhe pergunto o que implicaram essas mudanças em sua rotina própria. Ela sintetiza sua resposta com a frase: "*isso devorou a minha vida*".

Finalmente, temos a experiência de injustiça vivida em razão da origem imigrante, o que as fez alterar a representação que tinham do sistema de administração da justiça penal. Essa alteração de representação lhes causou feridas morais, nas palavras de **Honneth**, tendo em vista que passaram a desacreditar na segurança oferecida pelo sistema de justiça quando os atores envolvidos são oriundos da imigração (mesmo que tenham nascido na Bélgica). Muitas relatam a indignação de serem nacionais e mesmo assim serem vítimas de injustiças, tanto no que concerne à criminalização dos bairros de população majoritariamente imigrante, quanto às diferenças de penas de acordo com os sujeitos envolvidos. Aqui não entraremos no debate sobre as possíveis causas de diferenciação do tratamento de imigrantes e nacionais, ou se a injustiça vivida é real ou fictícia. O intuito é o de apontar a forma como a experiência do encarceramento se relaciona a uma experiência de discriminação institucional, para boa parte das entrevistadas, e constatar como consequência disso o sentimento de que elas não usufruem da segurança desse Estado, cujo objetivo não é de protegê-las, mas, ao contrário, de puni-las. Para ilustrar esse aspecto, penso ser pertinente o comentário de uma irmã quando lhe pergunto sobre o impacto dessa experiência em sua vida: "*... Eu também tenho nojo desse sistema que não serve a nada afinal, que é podre no interior*".

5. Conclusões

A experiência vivida por tais mulheres implica várias privações em suas próprias vidas além das descritas neste trabalho. No entanto, o aspecto mais marcante da privação é o que afeta a identidade delas. A ausência do homem em razão do encarceramento muda a própria significação da mulher dentro da família, independentemente da relação de parentesco. Não foram todas as entrevistadas que descreveram essa mudança, mas, sobretudo, as esposas, as filhas e as mães.

Um exemplo é a esposa que me descreve a mágoa sentida no momento em que sua irmã bate à sua porta, às sete horas da manhã, no final de semana, para pedir-lhe um item de casa emprestado. Eu lhe peço para me explicar o porquê da mágoa e ela me relata que aquilo seria inadmissível se seu marido estivesse em casa, a irmã não ousaria fazê-lo porque respeitaria o sono do marido. Contudo, essa visita significou para ela que é considerada como solteira aos olhos da irmã, não simplesmente porque o marido está ausente, mas porque está encarcerado, o que o descredibiliza como marido.

Além desse, há outros relatos que demonstram como o reconhecimento da identidade de tais mulheres dentro da família está atrelado à presença masculina, de modo que, no caso de ausência, principalmente em razão do encarceramento, tais mulheres são duplamente penalizadas. Primeiramente pela falta do ente querido e, posteriormente, pelas consequências disso na imagem que transmitem aos demais.

Como é possível perceber, a experiência carceral se amplia na vida dessas mulheres não apenas pelas mudanças ocorridas em suas rotinas, mas principalmente devido às transformações das representações que elas elaboram da família e do exterior, e das representações que o exterior constrói delas.

Referências

Centre Fédéral Migration; Centre Interfédéral pour l'égalité des chances. <http://www.diversite.be/belgique-maroc-50-annees-de-migration. Accès en: 28.04.2015

Brion, F. Pour une éthique de l'action interculturelle. Blessures morales et attentes de reconnaissance. In: *Reconnaissance et citoyenneté:* Au carrefour de l'éthique et du politique. Presses de l'Université du Québec, 2003, p. 111-130.

_____. Cellules avec vue sur démocratie. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, La Charte- Die Keure, 2014. p. 879-940.

Charef, M. La longue histoire des migrations marocaines. *L'immigration marocaine en Belgique*: mémoires et destinées, 2015, p. 28.

Foucault, M. *Surveiller et punir.* Éditions Gallimard, 1975.

_____. *Naissance de la biopolitique*. Gallimard Seuil, 2004.

Honneth, A. *La lutte pour la reconnaissance*. Folio essais, 2000.

Ouali, N. Les travailleuses marocaines, si flexibles, si marginalisées. *L'immigration marocaine en Belgique*: mémoires et destinées, 2015. p. 81.

Rea, A. Martiniello. M. Lausberg S. Medhoune. A. *L'immigration marocaine en Belgique : mémoires et destinées*. Couleurs livres, 2015.

Sykes, G. *The Society of Captives:* A Study of a Maximum Security Prison. Princeton Classic Editions, 2007.

Touraut, C. *L'expérience carcérale élargie:* dynamiques du lien et identités à l'épreuve de l'incarcération d'un proche. Université Lumière Lyon 2, 2009.

Júlia Palmeira Macedo
Mestranda em Criminologia pela Université Catholique de Louvain, Bélgica.
Membro do Grupo de Pesquisa em Criminologia da UEFS-UNEB.
Advogada.

COM A PALAVRA, A ESTUDANTE

O exame criminológico e a seletividade do Sistema de Justiça Criminal

Nathalia De Biase Mulatinho

1. Introdução

Basta conferir olhar mais detido aos mecanismos que movem o Sistema de Justiça Criminal para que possam ser observadas as mais diversas estratégias de controle e seletividade que incidem sobre uma classe, uma faixa etária e uma raça bastante específicas da sociedade.

Quando se pensa no cometimento de delitos tipificados no Código Penal, não é imediata a conclusão de quais são as intenções do legislador. Se fosse possível buscar a vontade deste a partir da interpretação das normas, não com tranquilidade se chegaria às conclusões de seletividade que a Criminologia Crítica faz questão de apontar. Isso porque a incidência seletiva do sistema se apresenta de maneira mais palpável na *práxis* das instituições de controle (polícia, Ministério Público e Judiciário) do que, verdadeiramente, na leitura da norma.

No entanto, ao se voltar os esforços para o estudo da Execução Penal, regida pela Lei 7.210/1984, é de se ver que sua própria estrutura normativa é permeada pelas noções de que: existe um perfil de criminoso que deve ser fortemente combatido, e que os meios de repressão do indivíduo apenado são tão mais abrangentes quanto mais adequado o for a esse perfil.

Isso quer dizer que não é preciso fazer esforços hermenêuticos quando se trata da Execução Penal. O legislador foi claro ao ser pouco taxativo, violador de direitos, incoerente sistematicamente e declaradamente impositor à pessoa do apenado uma situação de ser humano de segunda categoria.

Dentre tantas ferramentas seletivas utilizadas pelo legislador da LEP, uma foi escolhida como objeto de análise no presente artigo: o exame criminológico realizado nos apenados submetidos ao regime fechado. O exame de constatação de que aqueles indivíduos pertencem não à sociabilidade, mas ao cárcere.

2. Da criação de um sujeito criminoso

O poder de punir do Estado, como expressão de força irracional, perpassa a comunidade social de maneiras bastante particulares a depender de a qual estrato os indivíduos pertençam. É dizer que o *jus puniendi* não tem a pretensão de se fazer alcançar a todos de maneira igualitária. A isso se chama seletividade do sistema de justiça criminal.

Essa seletividade, no entanto, não é aleatória, tampouco despretensiosa. Primeiramente porque, como forma de controle social que é, o sistema de justiça criminal impõe-se àqueles indivíduos que não se inserem no modelo comportamental entendido como correto pela moral vencedora/dominante.

Wacquant[1] consegue fazer um apanhado histórico referente à concorrência de mecanismos de controle que incidem sobre uma mesma classe social: o proletariado pobre e precarizado. O cárcere, como forma de contensão da pobreza precisa, portanto, alinhar-se a outras ferramentas de contensão social. A "ala penal do Estado", portanto, *"é uma agência prolífica que contribui para a produção da realidade, pela geração de categorias, relações sociais e modos de intervenção política no espaço social"*.[2]

No entanto, a fim de que possa exercer mais fortemente a regulamentação comportamental dos indivíduos desviantes, é preciso que o objeto (e sim, verdadeiramente objeto e não sujeito de direitos) tenha sua face moldada. No Brasil, em especial, esse objeto de regulação é o delinquente jovem, negro e morador da favela. É sobre esse corpo vivo que as normas encarceradoras se voltam. É sobre ele que, no cárcere, elas se intensificam.

3. Do fundamento teórico à aplicação concreta do exame criminológico: o poder da "ciência" no destino dos indivíduos apenados

De acordo com o autor **Renato Marcão**, *"a classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva"*.[3] Essa prerrogativa de o Estado poder classificar os indivíduos para, somente depois, aplicar a individualização da pena, é a chave da temática e objeto da crítica que ora será tecida.

A necessidade de individualização da pena é não apenas coerente como indispensável. Uma pessoa apenas pode ver sua liberdade ser privada a partir de suas próprias condutas – isso está, também, intimamente relacionado à aplicação das sanções disciplinares. São vedadas as punições coletivas. O ser humano apenado é um indivíduo único sobre quem devem recair as consequências individuais dos seus atos. Não há problemática nisso.

Segundo a autora **Carmen Silva de Morais Barros**:

"a individualização da pena no processo de conhecimento visa a aferir e quantificar a culpa exteriorizada no fato passado. A individualização no processo de execução visa a propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível. Daí caber à autoridade judicial adequar a pena às condições pessoais do sentenciado".[4]

No entanto, valer-se de algo aparentemente legítimo para mascarar sua atuação inversa[5] (ou seja, aquela que não é declarada) parece ser "costume" do legislador penal. Essa individualização far-se-á mediante a produção do exame criminológico o qual representa uma espécie de diagnóstico clínico produzido por equipe multidisciplinar pelo qual se poderia prever o futuro de delinquência de um sujeito.

Por meio desse exame, podem ser analisados a que problemas o sujeito apenado poderia ser submetido, bem como quais as áreas de seu comportamento que mais necessitam de monitoramente. Ou seja: após a construção da ideia de que o preso é um sujeito problemático e patológico, sua restrição é premente com vistas à proteção da sociedade.

Indubitavelmente, existe uma moral regedora das relações sociais que deve ser seguida. Quanto mais distante dos padrões de sociabilidade estiver o indivíduo apenado, mais fortemente ele será "reprovado" no exame criminológico.

Löic Wacquant fala perfeitamente que:

"tornar a luta contra a delinquência urbana um perpétuo espetáculo moral permite, efetivamente, reafirmar simbolicamente a autoridade do Estado, justamente no momento em que se manifesta sua impotência na frente de batalha econômica e social".[6]

Esse mesmo autor aduz ainda a necessidade de se compreender que o fato de as pessoas delinquirem não tem impulsos pessoais/individuais, mas reflexos de toda uma conjuntura social. Dizer isso é estar ciente de como os níveis de vulnerabilidade social influenciam diretamente na vida dos indivíduos que são selecionados pelo sistema. Valer-se de um exame criminológico para atestar a situação "problemática" de um único sujeito apenado é fechar os olhos para o ambiente social ao qual ele esteve submetido toda a vida e para o qual ele irá retornar após o cumprimento da pena (se dela ele sair vivo).

Esse "atestado de criminoso" que é o exame criminológico será produzido por uma equipe multidisciplinar. Cada um dos profissionais elaborará pareceres a respeito da personalidade, comportamento do sujeito apenado e, a partir disso, traçará seu destino. Em face da materialização da moral vencedora, esse grupo de profissionais regulamentará aqueles

indivíduos que não correspondem ao ideal de ser humano esperado. No entanto, como o envio ao cárcere já passou por um filtro de seletividade, os sujeitos apenados, fatalmente, corresponderão ao ideário de criminoso que os profissionais esperam. "Encurralado", ao apenado apenas cabe submeter-se, novamente, ao crivo moralizante do Sistema de Justiça Criminal.

A prisão, também segundo **Wacquant**, nada mais é do que um "*veículo organizacional para gerenciar a marginalidade*".[7] Suas formas de fazê-lo perpassam, essencialmente, a construção da necessidade e da aplicabilidade do exame criminológico.

E isso tudo se resume no dizer de **Zaffaroni**[8] a respeito do interacionismo simbólico. Ao serem encaminhados a uma constatação de que são essencialmente delinquentes, os sujeitos encarcerados não apenas se tornam ratificadores involuntários da lógica penal, como também se distanciam cada vez mais da superação desta. Por corresponderem ao delinquente perigoso, revoltado, problemático – sem educação – os apenados "concedem" aos profissionais que os examinam subsídio necessário à chegada de suas conclusões.

4. Da mudança quanto à aplicação do exame como forma de mascarar suas intencionalidades

Até 2003, o art. 112 da LEP dispunha que o preso apenas seria beneficiado com a progressão do regime quando, além de cumpridos os requisitos objetivos exigidos, tivesse tal direito ratificado pelo resultado do exame criminológico. Isso significa que o apenado apenas veria seu direito assegurado caso estivesse dentro dos moldes de "cidadão moralizado".

Como talvez já fosse de se esperar, a realização do exame criminológico apresentou-se mais danosa do que suas intenções apontavam. E não porque o diagnóstico é completamente falho (porque isso já é fato comprovado), mas sim porque exigir o exame como um requisito para a progressão fazia com que os apenados passassem mais tempo presos do que era necessário, haja vista a demora na realização, sua análise e a, por fim, concessão da progressão.

Em esforço coerente, o legislador retirou, portanto, do rol dos requisitos para a progressão do regime a realização do exame. Mesmo que ele ainda estivesse presente na Lei de Execução Penal, é avanço considerável retirá-lo de uma esfera em que atinge tão frontalmente o direito de progressão do regime que já é assegurado ao apenado no momento em que se vê diante da execução de uma pena privativa de liberdade.

Realmente parecia ser um avanço. Embora a discussão não tivesse sido sobre o mérito do exame, mas sobre sua aplicabilidade, é importante dar cada vez menos espaço a instrumentos seletivos como esse, de modo que esse afastamento apresentava sim um posicionamento positivo por parte do legislador.

No entanto, o STF, na figura do Ministro **Luís Roberto Barroso** entendeu por bem vincular a Súmula 26, segundo a qual: "*Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, **podendo determinar**, para tal fim, **de modo fundamentado, a realização de exame criminológico***" (destaques nossos).

Ao que se observa, é de se entender que o STF atuou no sentido diametralmente oposto àquele proposto pela LEP. Essa, ao considerar que a realização do exame era um completo óbice à concessão da progressão do regime de cumprimento de pena, constatou que não faria mais sentido manter tal disposição normativa. Retirar o exame é assegurar direitos. O STF, parecendo não se importar com tal pressuposto, trouxe de volta o exame à progressão – ainda que em caráter facultativo.

De acordo com a redação da súmula, o exame criminológico apenas poderá ser realizado quando houver penalização por crimes hediondos (ou a estes equiparados). Não haveria problemas maiores aos que já foram ora expostos se não fosse por uma questão: o crime que mais prende e mais condena pessoas no Brasil é o tráfico de drogas: crime hediondo. A prisão pelo tráfico é um dos grandes fatores de extermínio de uma juventude negra e pobre do país. A prisão por tráfico é "a cara" do crime: sujeitos secundarizados, marginalizados que são utilizados para fomentar o ideário de criminoso.

Isso ratifica o que diz **Wacquant** sobre a própria escolha de condutas que serão consideradas crime e como o Estado se posicionará para chegar não a elas, mas a seus agentes. Para ele, "*o crime oferece as matérias-primas para um trabalho coletivo de seleção política e elaboração cultural de ilegalidades específicas, que por sua vez oferecem oportunidade e um alvo para a ação do Estado e sua (re)construção*".[9]

O que se depreende é que o STF, além de não se conformar com a disposição da LEP, ainda fez questão de utilizar o exame criminológico como mecanismo de manutenção e envio de determinados indivíduos ao cárcere. Manutenção daqueles que já estão e envio daqueles que, por serem quem são, estão no espectro de seletividade imposta pelo sistema de justiça criminal. É como se o funcionamento do sistema dependesse de tal modo da criação dessas figuras tópicas que qualquer esforço para afastá-las representasse sérios riscos à sua engrenagem.

Outro questionamento diz respeito a como as faculdades do juízo podem ser facilmente transmutadas em seletividades mascaradas. A partir de todo um ideário de quem é o criminoso problemático, o julgador já está predisposto a apenas indicar a necessidade da realização do exame naqueles que entende oferecer mais perigo à sociedade. Em um sistema criminal que prende, basicamente, pequenos distribuidores de entorpecentes, a incidência do exame, fatidicamente, recairá sobre indivíduos que nada de patológico têm, mas sustentam involuntariamente aquilo que deles se espera.

Esse é o sistema de justiça criminal: uma perversão. Tal é o comentário de **Wacquant** a respeito:

"*Servir-se da prisão como de um aspirador social para limpar a escória resultante das transformações econômicas em andamento e para eliminar do espaço público o refugo da sociedade de mercado – pequenos delinquentes ocasionais, desempregados, indigentes, moradores de rua, estrangeiros clandestinos, toxicômanos, deficientes físicos e mentais deixados à deriva pelo enfraquecimento da rede de proteção sanitária e social, bem como jovens de origem modesta, condenados, para (sobre)viver, a se virarem como puderem por meios lícitos ou ilícitos, em razão da propagação de empregos precários – é uma aberração no sentido literal do termo*".[10]

O cárcere é o destino dos indesejáveis. Todas as ferramentas disponibilizadas pelo sistema de justiça criminal são manuseadas para tal.

5. Conclusão

O exame criminológico é o atestado de como o sistema de justiça criminal atua no sentido de "limpar" os não queridos pela sociedade. Aqueles que não correspondem ao ideário dos que provocam a moral vencedora. Aqueles que por serem quem são vivem uma vida de pena (apenados ou não).

Como engrenagem de seletividade, o exame criminológico precisa ser extirpado. Os sujeitos apenados não devem ser submetidos, quando no cárcere, a nenhuma imposição moral no que tange a seu comportamento. O cárcere não lhes deve ser local de pertencimento – e não pode haver nenhum atestado que diga o contrário.

Notas

(1) Wacquant, Löic. A penalidade neoliberal em ação: uma resposta aos meus críticos. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito*, v. 5, n. 2, Porto Alegre, jul. – dez. 2013.
(2) *Idem, ibidem*, p. 271.
(3) Marcão, Renato. *Curso de execução penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.
(4) Barros, Carmen Silva de Morais. Apud Marcão, Renato. *Curso de execução penal* cit., p. 33.
(5) Pereira, Vera Regina. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 135 e 136.
(6) Wacquant, Löic. A aberração carcerária. *Revista Le Mond Diplomatique*, set. 2014, p. 1.
(7) Wacquant, Löic. A penalidade neoliberal em ação: uma resposta aos meus críticos cit., p. 268.
(8) Zaffaroni, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 60.
(9) Wacquant, Löic. A penalidade neoliberal em ação: uma resposta aos meus críticos cit., p. 266.
(10) Wacquant, Löic. A aberração carcerária cit., p. 1.

Nathalia De Biase Mulatinho
Graduanda do curso de Direito na Universidade Federal de Pernambuco.

Participe por acreditar!

Acompanhe as nossas redes sociais e fique por dentro das novidades!



Associe-se

www.ibccrim.org.br

IBCCRIM